CGU

CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ASSESSORAMENTO PERSONALIZADO

COMPÊNDIO DE PERGUNTAS FREQUENTES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E MATÉRIA ADMINISTRATIVA

EXPEDIENTE

Autoridades incentivadoras:

Jorge Rodrigo Araújo Messias
Ministro de Estado Chefe da Advocacia-Geral da União – AGU

André Augusto Dantas Motta Amaral
Consultor-Geral da União – CGU/AGU

Ivan Santos Nunes
Subconsultor-Geral da União de Gestão Pública – CGU/AGU

Bruno Moreira Fortes
Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas – CGU/AGU

Caio Castelliano de Vasconcelos
Coordenador-Geral de Gestão Estratégica – CGU/AGU

Marcelo Eugênio Feitosa Almeida
Procurador-Geral da União – PGU/AGU

Márcia Bezerra David
Subprocuradora-Geral da União – PGU/AGU

Isadora Cartaxo
Secretária-Geral de Contencioso – SGCT/AGU

Responsáveis pela revisão/consolidação do conteúdo:

Diretoria de Aquisições (DIAQ)

Andréa Garcia Sabião – CGU/AGU
Rafael Schaefer Comparin – CGU/AGU
Carolina Saraiva de Figueiredo Cardoso – CGU/AGU
Eduardo de Azevedo Marques Miranda – CGU/AGU
Nícolas Trindade da Silva – CGU/AGU

Diretoria de Obras e Serviços De Engenharia (DIENG)

Marcelo Eduardo Melo Barreto – CGU/AGU
Sérgio Melo Guimarães – CGU/AGU
Edmundo Belarmino Ribeiro dos Anjos – CGU/AGU
Diego Brunno Cardoso de Souza – CGU/AGU
Thiago Guedes Alexandre – CGU/AGU

Projeto Gráfico e Diagramação:

André Luis Batista Martins
Catarine da Silva Sá
Daniel Sampaio de Carvalho
Felipe Matheus dos Santos Silva
Gustavo Moreno de Freitas
Leonardo Sousa Borges Bernardes

Diretoria de Contratação de Serviços sem Mão de Obra Exclusiva (DISEMEX)

Camila Lorena Lordelo Santana Medrado – CGU/AGU
Mariana Montez Moreira de Almeida – CGU/AGU
Anaiv Silva Viana – CGU/AGU
Danielle de Azevedo Vieira – CGU/AGU
Flávia Gomes Moura – CGU/AGU

Diretoria de Contratação de Serviços com Mão de Obra Exclusiva (DICOMEX)

Alessandro Rodrigues Gomes da Silva – CGU/AGU
Leonardo de Queiroz Gomes – CGU/AGU
Daniel de Oliveira Lins – CGU/AGU
Liana Antero de Melo – CGU/AGU

Diretoria de Pessoal Civil e Patrimônio (DIPEP)

Armando Miranda Filho – CGU/AGU
Gustavo Henrique Catisane Diniz – CGU/AGU
Luana Focetola Regazone – CGU/AGU
Luiza Filizzola de Rezende Lana – CGU/AGU
Guilherme Brum de Almeida – CGU/AGU

Equipe técnica de colaboradores

Patricia Yurie Dias – CGU/AGU
Ramon Campos Mitchell da Silva – CGU/AGU

Brasil. Advocacia-Geral da União.

Compêndio de Perguntas Frequentes em Contratações Públicas e Matéria Administrativa – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2023.
506p.
I. Título.

APRESENTAÇÃO

A Advocacia-Geral da União passou a contar, desde a vigência do Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023, com a Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública (SCGP), que detém como uma de suas atribuições "assistir as Consultorias e Assessorias Jurídicas no desempenho de suas competências em relação às matérias que não sejam relacionadas às atividades finalísticas dos referidos órgãos".

A SCGP foi estruturada em Diretorias, com atuação voltada a temas específicos, em reverência ao princípio da especialidade. O objetivo dessa divisão orgânica foi racionalizar a análise dos processos administrativos submetidos à chancela de juridicidade do órgão consultivo, com vistas a permitir a melhor consecução do interesse público.

O presente compêndio decorre de iniciativa da Diretoria de Aquisições (DIAQ), Diretoria de Obras e Serviços de Engenharia (DIENQ), Diretoria de Contratação de Serviços sem Mão de Obra Exclusiva (DISEMEX), Diretoria de Contratação de Serviços com Mão de Obra Exclusiva (DICOMEX) e Diretoria de Pessoal Civil e Patrimônio (DIPEP).

A edição deste compêndio deflui da percepção de que a reunião de orientações sobre alguns casos já analisados em um único instrumento, dirigido aos órgãos assessorados, garantirá maior dinamismo à condução dos procedimentos de compras públicas; contratações de obras, reformas e serviços de construção civil e contratações de serviços de elaboração de projetos e de fiscalização; contratações de serviços, exceto os de engenharia, com e sem a disponibilização de trabalhadores da empresa nas instalações da administração pública federal e ao regime jurídico dos servidores públicos.

Ressalta-se que os posicionamentos jurídicos exarados no epigrafado Compêndio de Perguntas Frequentes estão alinhados com a grande maioria das teses jurídicas defendidas pelos órgãos de contencioso da AGU.

Não se pretende com este trabalho responder a todas as dúvidas da Administração, ante a impossibilidade de antever-se, sob uma perspectiva abstrata, a totalidade de dilemas a que se submete o gestor no dia a dia das contratações públicas.

Com efeito, o propósito imediato das Diretorias é apresentar as interpretações jurídicas sedimentadas sobre matérias corriqueiras na seara das licitações e contratações pública, bem como ao regime jurídico dos servidores públicos.

Aqui optou-se por veicular as teses plasmadas em Pareceres Jurídicos exarados por unidades de assessoramento consultivo da Consultoria-Geral da União, sob a forma perguntas e respostas. No entender das Diretorias, tal modelagem se revela mais útil e efetiva, sobretudo porque permite o uso de linguagem direta, simples e acessível.

Espera-se que este compêndio confira maior celeridade à solução das demandas administrativas de menor complexidade, sem prejuízo da garantia de maior segurança ao gestor público, que atuará sob a certeza de que suas decisões são juridicamente aceitas pelos órgãos de controle.

Finalmente, destaca-se que a edição deste compêndio almeja inaugurar o necessário diálogo entre as Diretorias e as Consultorias e Assessorias Jurídicas, que poderão apresentar críticas e sugestões para o aperfeiçoamento do presente documento. As atualizações serão periódicas, para que aqui repouse um verdadeiro compêndio das teses e entendimentos construídos de maneira coordenada pelos órgãos da AGU.

Brasília, 07 de novembro de 2023.

André Augusto Dantas Motta Amaral
Advogado da União
Consultor-Geral da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

QUALQUER DÚVIDA JURÍDICA COM RELAÇÃO ÀS PERGUNTAS FREQUENTES E AS SUAS RESPECTIVAS RESPOSTAS PREVISTAS NESTE COMPÊNDIO, BASTA A AUTORIDADE/SERVIDOR

ENTRAR EM CONTATO COM O ASSESSOR JURÍDICO ESPECIAL

POR MEIO DO TELEFONE

SUMÁRIO GERAL

CAPÍTULO 1

CONTRATAÇÃO PARA AQUISIÇÕES DE BENS — 7

CAPÍTULO 2

CONTRATAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA — 78

CAPÍTULO 3

CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA — 132

CAPÍTULO 4

CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA — 262

CAPÍTULO 5

SERVIDORES PÚBLICOS E PATRIMÔNIO PÚBLICO FEDERAL — 455



COMPÊNDIO DE PERGUNTAS FREQUENTES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – AQUISIÇÕES

CAPÍTULO 1

AQUISIÇÕES DE BENS

SUMÁRIO DO CAPÍTULO 1

SUPRIMENTO DE FUNDOS 11

PERGUNTA P1: É POSSÍVEL A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS LIMITES ESTIPULADOS NO DECRETO Nº 11.317, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2022, COMO REFERÊNCIA PARA OS LIMITES DE CONCESSÃO DE SUPRIMENTO DE FUNDOS E DESPESA DE PEQUENO VULTO? 11

DESPESAS DE CAPITAL 16

PERGUNTA P2: OS LIMITES E INSTÂNCIAS DE GOVERNANÇA PARA A CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS APLICÁVEIS AOS ÓRGÃOS, ENTIDADES E FUNDOS DO PODER EXECUTIVO FEDERAL INTEGRANTES DO ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL, INSCULPIDOS PELO ARTIGO 3º DO DECRETO Nº 10.193, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2019, APLICAM-SE ÀS DESPESAS DE CAPITAL? 16

REAJUSTE. REPACTUAÇÃO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO 19

PERGUNTA P3: É CABÍVEL REAJUSTE, REPACTUAÇÃO OU REEQUILÍBRIO ECONÔMICO (REVISÃO ECONÔMICA) EM RELAÇÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS REGIDA PELO DECRETO Nº 7.892, DE 23 DE JANEIRO DE 2013? 19

AQUISIÇÕES 24

PERGUNTA P4: A INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MPDG Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, É APLICÁVEL ÀS AQUISIÇÕES? 24

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO 25

PERGUNTA P5: A ETAPA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS, TAL COMO INSCULPIDA NA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MPDG Nº 5, DE 26 DE MAIO DE 2017, QUE TRATA DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS, É OBRIGATÓRIA NA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE BENS? 25

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO 27

PERGUNTA P6: É CABÍVEL REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM RAZÃO DE VARIAÇÃO CAMBIAL? 27

REGISTRO DE PREÇOS 31

PERGUNTA P7: NO ÂMBITO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS, QUAL A UNIDADE CONSULTIVA COMPETENTE PARA ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO ÓRGÃO? 31

REAJUSTE DE PREÇOS 33

PERGUNTA P8: É NECESSÁRIO PREVER CRITÉRIO DE REAJUSTE DE PREÇOS EM CONTRATOS COM PRAZO DE VIGÊNCIA INICIAL INFERIOR A 12 (DOZE) MESES? 33

PERGUNTA P9: A AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE REAJUSTE DE PREÇOS NOS ARTEFATOS DA CONTRATAÇÃO IMPOSSIBILITA SUA CONCESSÃO POR MEIO DE TERMO ADITIVO? 35

BEM COMUM 38

PERGUNTA P10: É CABÍVEL CARACTERIZAR UM BEM COMO COMUM QUANDO A VISITA TÉCNICA É INDISPENSÁVEL? 38

DISCRICIONARIEDADE 40

PERGUNTA P11: HÁ DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA DEFINIÇÃO DOS QUANTITATIVOS DE BENS A SEREM ADQUIRIDOS? 40

MICROEMPRESAS, EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 41

PERGUNTA P12: A ADMINISTRAÇÃO PODE ESTABELECER COTA INFERIOR AOS 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTOS NO ART. 48, INCISO III, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006, QUANDO DA PROMOÇÃO DE LICITAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE BENS DE NATUREZA DIVISÍVEL? 41

REGISTRO DE PREÇOS. 43

PERGUNTA P13: EM LICITAÇÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS REFERENTE À AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO, É POSSÍVEL A ADOÇÃO DO CRITÉRIO MAIOR DESCONTO SOBRE A TABELA SINAPI (SISTEMA NACIONAL DE PESQUISA DE CUSTOS E ÍNDICES DA CONSTRUÇÃO CIVIL)? 43

MINUTA DE EDITAL 45

PERGUNTA P14: DIANTE DE OCORRÊNCIA DE CERTAME DE LICITAÇÃO DESERTO, CANCELADO OU FRACASSADO, EM QUE A ADMINISTRAÇÃO OPTE POR REPETIR O PROCEDIMENTO, É NECESSÁRIO O REENVIO DA MINUTA DE EDITAL PARA ANÁLISE DO ÓRGÃO JURÍDICO? 45

ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS 47

PERGUNTA P15: É POSSÍVEL A ADESÃO DE ÓRGÃO PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA FEDERAL A ATAS DE REGISTROS DE PREÇOS DECORRENTE DE CONTRATAÇÃO BASEADA NA LEI Nº 13.303, DE 30 DE JUNHO DE 2016, QUE DISPÕE SOBRE O ESTATUTO JURÍDICO DA EMPRESA PÚBLICA, DA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E DE SUAS SUBSIDIÁRIAS, NO ÂMBITO DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS? 47

SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO 49

PERGUNTA P16: QUAIS OS CASOS EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL PODERÁ SUBSTITUIR O CONTRATO POR OUTRO INSTRUMENTO HÁBIL, COMO CARTA-CONTRATO, NOTA DE EMPENHO DE DESPESA, AUTORIZAÇÃO DE COMPRA OU ORDEM DE EXECUÇÃO DE SERVIÇO? 49

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO 53

PERGUNTA P17: É NECESSÁRIA A ELABORAÇÃO DOS ARTEFATOS DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO (DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA, ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES, MAPA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS) TAMBÉM PELOS ÓRGÃOS PARTICIPANTES NOS CASOS EM QUE HÁ VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA ENTRE ESTES E O ÓRGÃO GERENCIADOR, E NORMA DISCIPLINANDO O PLANEJAMENTO CONJUNTO? 53

DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO 56

PERGUNTA P18: É POSSÍVEL, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO Nº 1211/2021-PLENÁRIO, A INCLUSÃO, COMO DOCUMENTOS COMPLEMENTARES DA HABILITAÇÃO, DE EXPEDIENTES QUE DEVERIAM SER ENCAMINHADOS JUNTO COM A PROPOSTA, MAS NÃO O FORAM POR ERRO DO LICITANTE? 56

PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE 58

PERGUNTA P19: É NECESSÁRIA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS E PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS? 58

CONTRATAÇÃO DIRETA 60

PERGUNTA P20: NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS (DISPENSA E INEXIGIBILIDADE), AS EMPRESAS ESTRANGEIRAS QUE NÃO FUNCIONEM EM TERRITÓRIO NACIONAL DEVEM TER REPRESENTAÇÃO LEGAL NO BRASIL? 60

ARBITRAGEM. LEI Nº 14.133, DE 2021. 62

PERGUNTA P21: É CABÍVEL A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM NA CONTRATAÇÃO DE BENS COMUNS? 62

PESQUISA DE PREÇOS. 64

PERGUNTA P22: É NECESSÁRIA A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO DE PESQUISA DE PREÇOS, PARA FINS DE ANÁLISE DE VANTAJOSIDADE, NOS ACRÉSCIMOS DO OBJETO CONTRATUAL? 64

PENALIDADES. LEI Nº 8.666, DE 1993. PREGÃO 71

PERGUNTA P23: É CABÍVEL A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ARTIGO 87 DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, NA LICITAÇÃO PELA MODALIDADE PREGÃO REGIDA PELA LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002? 71



AQUISIÇÕES ONEROSAS DE BENS

SUPRIMENTO DE FUNDOS

PERGUNTA P1: É possível a aplicação imediata dos limites estipulados no Decreto nº 11.317, de 29 de dezembro de 2022, como referência para os limites de concessão de suprimento de fundos e despesa de pequeno vulto?

RESPOSTA: Não. Os limites para concessão de suprimento de fundos e despesa de pequeno vulto permanecem previstos

nos incisos I e II do artigo 23, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com valores atualizados pelo Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018, conforme regulamentação da Portaria nº 95, de 19 de abril de 2002, do Ministério da Fazenda. Ademais, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos veda a aplicação combinada desta com a Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002 e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, pertinente destacar que a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, prevê o instituto denominado Suprimento de Fundos em seu artigo 68:

> *Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.*

Prosseguindo, o Decreto nº 98.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, traz os seguintes comandos concernentes à matéria:

> *Art . 45. Excepcionalmente, a critério do ordenador de despesa e sob sua inteira responsabilidade, poderá ser concedido suprimento de fundos a servidor, sempre precedido do empenho na dotação própria às despesas a realizar, e que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação, nos seguintes casos (Lei nº 4.320/64, art. 68 e Decreto-lei nº 200/67, § 3º do art. 74):*
>
> *I - para atender despesas eventuais, inclusive em viagens e com serviços especiais, que exijam pronto pagamento; (Redação dada pelo Decreto nº 6.370, de 2008)*
>
> *II - quando a despesa deva ser feita em caráter sigiloso, conforme se classificar em regulamento; e*
>
> *III - para atender despesas de pequeno vulto, assim entendidas aquelas cujo valor, em cada caso, não ultrapassar limite estabelecido em Portaria do Ministro da Fazenda.*
>
> *§ 1º O suprimento de fundos será contabilizado e incluído nas contas do ordenador como despesa realizada; as restituições, por falta de aplicação, parcial ou total, ou aplicação indevida, constituirão anulação de despesa, ou receita orçamentária, se recolhidas após o encerramento do exercício.*

§ 2º O servidor que receber suprimento de fundos, na forma deste artigo, é obrigado a prestar contas de sua aplicação, procedendo-se, automaticamente, à tomada de contas se não o fizer no prazo assinalado pelo ordenador da despesa, sem prejuízo das providências administrativas para a apuração das responsabilidades e imposição, das penalidades cabíveis (Decreto-lei nº 200/67, parágrafo único do art. 81 e § 3º do art. 80).

§ 3º Não se concederá suprimento de fundos:

a) a responsável por dois suprimentos;

b) a servidor que tenha a seu cargo e guarda ou a utilização do material a adquirir, salvo quando não houver na repartição outro servidor;

c) a responsável por suprimento de fundos que, esgotado o prazo, não tenha prestado contas de sua aplicação; e

d) a servidor declarado em alcance.

§ 4º Os valores limites para concessão de suprimento de fundos, bem como o limite máximo para despesas de pequeno vulto de que trata este artigo, serão fixados em portaria do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pelo Decreto nº 1.672, de 1995)

§ 5º As despesas com suprimento de fundos serão efetivadas por meio do Cartão de Pagamento do Governo Federal - CPGF. (Incluído pelo Decreto nº 6.370, de 2008)

§ 6º É vedada a utilização do CPGF na modalidade de saque, exceto no tocante às despesas: (Incluído pelo Decreto nº 6.370, de 2008)

I - de que trata o art. 47; e (Incluído pelo Decreto nº 6.370, de 2008)

II - decorrentes de situações específicas do órgão ou entidade, nos termos do autorizado em portaria pelo Ministro de Estado competente e nunca superior a trinta por cento do total da despesa anual do órgão ou entidade efetuada com suprimento de fundos. (Incluído pelo Decreto nº 6.370, de 2008)

III - decorrentes de situações específicas da Agência Reguladora, nos termos do autorizado em portaria pelo seu dirigente máximo e nunca superior a trinta por cento do total da despesa anual da Agência efetuada com suprimento de fundos. (Incluído pelo Decreto nº 6.901, de 2009)

Por sua vez, em regulamentação do inciso III, do artigo 45, do Decreto nº 98.872, de 23 de dezembro de 1986, a Portaria nº 95, de 19 de abril de 2002, do Ministério da Fazenda, traz os seguintes limites relativos às despesas de pequeno vulto:

> *Art. 1º A concessão de Suprimento de Fundos, que somente ocorrerá para realização de despesas de caráter excepcional, conforme disciplinado pelos arts. 45 e 47 do Decreto nº 93.872/86, fica limitada a:*
>
> *I - 5% (cinco por cento) do valor estabelecido na alínea "a" do inciso "I" do art. 23, da Lei no 8.666/93, para execução de obras e serviços de engenharia;*
>
> *II - 5% (cinco por cento) do valor estabelecido na alínea "a" do inciso "II" do art. 23, da Lei acima citada, para outros serviços e compras em geral.*
>
> *§ 1º Quando a movimentação do suprimento de fundos for realizada por meio do Cartão de Crédito Corporativo do Governo Federal, os percentuais estabelecidos nos incisos I e II deste artigo ficam alterados para 10% (dez por cento).*
>
> *§ 2º O ato legal de concessão de suprimento de fundos deverá indicar o uso da sistemática de pagamento, quando este for movimentado por meio do Cartão de Crédito Corporativo do Governo Federal.*
>
> *Art. 2º Fica estabelecido o percentual de 0,25% do valor constante na alínea "a" do inciso II do art. 23 da Lei no 8.666/93 como limite máximo de despesa de pequeno vulto, no caso de compras e outros serviços, e de 0,25% do valor constante na alínea "a" do inciso I do art. 23 da Lei supra mencionada, no caso de execução de obras e serviços de engenharia.*
>
> *§ 1º Os percentuais estabelecidos no caput deste artigo ficam alterados para 1% (um por cento), quando utilizada a sistemática de pagamento por meio do Cartão de Crédito Corporativo do Governo Federal.*
>
> *§ 2º Os limites a que se referem este artigo são o de cada despesa, vedado o fracionamento de despesa ou do documento comprobatório, para adequação a esse valor.*
>
> *Art. 3º Os valores referidos nesta Portaria serão atualizados na forma do parágrafo único do art. 120 da Lei nº 8.666/93, desprezadas as frações.*

Pois bem. Considerando a amplitude da aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com impacto em toda a

Administração Pública, seja através de inovações incrementais como nas práticas gerencias, fez bem o novo estatuto em não revogar de imediato todo o arcabouço jurídico anterior. Na verdade, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (com a redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 28 de junho de 2023) prescreveu a revogação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 em 30 de dezembro de 2023, estabelecendo, assim, a vigência concomitante dos marcos legais durante esse período. Dessa forma, a Administração poderá escolher qual lei será aplicável à licitação que realizar nesse intervalo.

Entretanto, ao mesmo tempo que estatuiu a concomitância dos estatutos, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos determinou expressamente a vedação de aplicação combinada da Lei nº 14.133, de 2021, com a Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Pelo exposto, a solução de recepção dos regulamentos anteriores não é recomendada, a uma porque desencadearia dúvidas quanto à efetiva compatibilidade entre essas normas e a Lei nº 14.133, de 2021, e a duas porque o novo Estatuto de Licitações veda a criação de um terceiro regime, composto por parcelas da legislação anterior e outras da Lei posterior.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00006/2022/CNLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União (NUP: 00688.000717/2019-98 – SEQS.79-83); PARECER n. 00002/2021/CNMLC/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União (NUP: 00688.000716/2019-43 – SEQS. 460-462); PARECER n. 00038/2022/CLCC/CGU/AGU

NUP: 00676.000682/2022-21 - SEQS. 3-4

LEI Nº 14.133, de 2021: Art. 75, §4º. Em 30 de março de 2023, o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos publicou a Instrução Normativa SEGES/MGI nº 11, de 29 de março de 2023, autorizando "a aplicação do Decreto nº 5.355, de 25 de janeiro de 2005, que dispõe sobre a utilização do Cartão de Pagamento do Governo Federal - CPGF, pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para pagamento de despesas realizadas nos termos da legislação vigente, e dá outras providências, para o pagamento das despesas com compra de bens e prestação de serviços, de que dispõe o inciso I do art. 40 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e para o regime de adiantamento, por suprimento de fundos, de que tratam os arts. 45, 46 e 47 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986".

INDEXADOR: SUPRIMENTO DE FUNDOS. LIMITES. LEI Nº 8.666, DE 1993. VEDAÇÃO À APLICAÇÃO COMBINADA DE LEIS.

DESPESAS DE CAPITAL

PERGUNTA P2: Os limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, insculpidos pelo artigo 3º do Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, aplicam-se às despesas de capital?

RESPOSTA: Depende. Em complemento ao Decreto nº 10.193, de 2019, o Ministério da Economia editou a Portaria ME nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, segundo a qual o enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve observância ao rol discriminado das atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, e não a classificação orçamentária da despesa. Neste aspecto, enquadram-se como atividades de custeio, para fins do disposto no artigo **3º do Decreto 10.193, de 2019: a aquisição, locação e reformas de imóveis; a aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos; e a aquisição de materiais de expediente.**

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, pertinente destacar que o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, estabeleceu limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens, aplicáveis aos órgãos, entidades e fundos do Poder Executivo Federal integrantes do Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, de onde se destaca a previsão contida no seu artigo **3º:**

> *Art. 3º A celebração de novos contratos administrativos e a prorrogação de contratos administrativos em vigor relativos a atividades de custeio serão autorizadas em ato do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.*
>
> *§ 1º Para os contratos de qualquer valor, a competência de que trata o caput poderá ser delegada às seguintes autoridades, permitida a subdelegação na forma do § 2º:*
>
> *I - titulares de cargos de natureza especial;*
>
> *II - dirigentes máximos das unidades diretamente subordinadas*

aos Ministros de Estado; e

III - dirigentes máximos das entidades vinculadas.

§ 2º Para os contratos com valor inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou à autoridade equivalente, permitida a subdelegação nos termos do disposto no § 3º.

§ 3º Para os contratos com valor igual ou inferior a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada aos coordenadores ou aos chefes das unidades administrativas dos órgãos ou das entidades, vedada a subdelegação.

Prosseguindo, cabe registrar os conceitos de despesas de capital e de despesas de custeio do Glossário do Tesouro Nacional:

Despesas de Capital

As realizadas com o propósito de formar e/ou adquirir ativos reais, abrangendo, entre outras ações, o planejamento e a execução de obras, a compra de instalações, equipamentos, material permanente, títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer natureza, bem como as amortizações de dívida e concessões de empréstimos.

Despesas de Custeio

As necessárias à prestação de serviços e à manutenção da ação da administração como, por exemplo, o pagamento de pessoal, de material de consumo e a contratação de serviços de terceiros. Despesas de Exercícios Anteriores As relativas a exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com dotação suficiente para atendê-las, mas que não se tenham processado na época própria, bem como os restos a pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente. Poderão ser pagos, à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elemento, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

Sendo assim, em primeira análise dos termos dispostos no Decreto nº 10.193, de 2019, o caso concreto indicaria a competência do Ministro de Estado ou do titular de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

Todavia, destaca-se que esse ato normativo estabelece que o Ministério da Economia poderá editar normas complementares para o cumprimento

das suas disposições. Em materialização desse comando, o Ministério da Economia editou a Portaria ME nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, segundo a qual o enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve observância ao rol discriminado das atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, e não a classificação orçamentária da despesa. Veja-se:

> *Art. 2º Consideram-se atividades de custeio, para fins do disposto no art. 3º do Decreto nº 10.193, de 2019, aquelas diretamente relacionadas às atividades comuns a todos os órgãos e entidades que apoiam o desempenho de suas atividades institucionais, tais como:*
>
> *I - fornecimento de combustíveis, energia elétrica, água, esgoto e serviços de telecomunicação;*
>
> *II - os serviços de conservação, limpeza, jardinagem, mensageria, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações;*
>
> *III - realizações de congressos e eventos, serviços de publicidade, serviços gráficos e editoriais;*
>
> *IV - aquisição, locação e reformas de imóveis;*
>
> *V - aquisição, manutenção e locação de veículos, máquinas e equipamentos; e*
>
> *VI - aquisição de materiais de expediente.*
>
> *Parágrafo único. O enquadramento do objeto da contratação como atividade de custeio deve considerar a natureza das atividades contratadas, conforme disposto neste artigo, e não a classificação orçamentária da despesa.*

Pelo exposto, muito embora a aquisição de veículos, máquinas e equipamentos, de materiais de expediente e de imóveis se insiram no conceito de despesas de capital estabelecido pelo Glossário do Tesouro Nacional, a Portaria ME nº 7.828, de 2022, determina o enquadramento como atividade de custeio, considerando-se a natureza dessas atividades.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA JURÍDICA n. 00009/2022/CLCC/CGU/AGU

NUP: 00676.001470/2022-61 – SEQS. 53-54.

INDEXADOR: DESPESAS DE CAPITAL. LIMITES E INSTÂNCIA DE GOVERNANÇA. ENQUADRAMENTO.

REAJUSTE. REPACTUAÇÃO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

A P3: É cabível reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico (revisão econômica) em relação à ata de registro de preços regida pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013?

RESPOSTA: Não cabe reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico (revisão econômica) em relação à Ata de registro de preços, uma vez que esses institutos estão relacionados à contratação (contrato administrativo em sentido amplo). Eventual ocorrência de fato gerador de algum dos institutos de manutenção do equilíbrio econômico (reajuste, repactuação ou reequilíbrio econômico) deve ser reconhecida no âmbito da relação contratual. Em relação às alterações da Ata de Registro de Preços, o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, prescreve procedimento diverso, admitindo certa "negociação" entre o órgão gerenciador e os fornecedores registrados na ata, quando identificadas supervenientes discrepâncias entre os preços registrados e os valores de mercado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, importante frisar que o registro de preços não é uma modalidade licitatória, mas sim um procedimento auxiliar que facilita a atuação da Administração em relação a futuras contratações. Ele envolve procedimentos para registro formal de preços relativos, para contratações futuras.

Nesse sentido, destaca-se que o Tribunal de Contas da União firmou que a natureza jurídica da Ata de Registro de Preços não se confunde com o contrato, pelo qual "a ata de registro de preços caracteriza-se como um negócio jurídico em que são acordados entre as partes, Administração e licitante, apenas o objeto licitado e os respectivos preços ofertados. A formalização da ata gera apenas uma expectativa de direito ao signatário, não lhe conferindo nenhum direito subjetivo à contratação" (Acórdão nº 1285/2015-Plenário).

Aliás, uma característica marcante da Ata de Registro de Preços reside no fato de que ela é um instrumento de "utilização plúrima". As condições (preço, objeto, condições de fornecimento etc.), firmadas nesse instrumento, podem balizar diversas relações contratuais, com variados órgãos contratantes (seja gerenciador, participante ou não participante)

em diferentes localidades.

Assim, em relação ao atendimento de diversas pretensões contratuais e ao documento Ata de registro de preços (ARP), o SRP permite que única licitação gere uma ARP que servirá para o atendimento de diferentes pretensões contratuais, por diversos órgãos/entes públicos, sejam eles gerenciadores, participantes ou mesmo não participantes. Nesta sistemática organizacional, uma única Ata pode dar ensejo ao atendimento de diversas pretensões administrativas, as quais serão potencialmente afetadas por condições específicas, em cada execução contratual.

Nesta toada, em proteção à equação econômica do contrato, a Constituição Federal exigiu a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI), estabelecendo como princípio constitucional a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pelo qual determina a necessidade de manutenção das "condições efetivas da proposta" vencedora na licitação.

Para tanto, o legislador ordinário previu dois institutos: o reajuste (em sentido amplo), vinculado à álea ordinária, e o reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores), vinculado à álea extraordinária. A álea ordinária consiste no risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, sendo comum ao negócio efetivado. Já a álea extraordinária é compreendida como um risco ordinariamente imprevisível que, pela imprevisibilidade e onerosidade excessiva, prejudica os cálculos realizados pelas partes, quando da celebração contratual.

Por sua vez, o reajuste em sentido amplo, instrumento destinado à revisão da álea ordinária, pode ser classificado em duas espécies: reajuste em sentido estrito e repactuação. Nesse prumo, reajuste em sentido estrito, repactuação e reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores) são institutos diferentes, que podem ocorrer em diversas situações das contratações administrativas. Não obstante, o propósito de tais institutos é genericamente o mesmo, manter as condições efetivas da proposta, garantia prevista pelo próprio inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Quanto à possibilidade ou não de alteração dos preços registrados na ata do registro de preços (ARP), através da incidência de reajuste, a análise posta permite uma solução conjunta, não apenas para o reajuste, mas também para os demais institutos de manutenção do equilíbrio econômico do contrato.

Na prática, é comum que, pouco tempo após o início de vigência da Ata, o fornecedor solicite "revisão" dos preços registrados, sem adequada fundamentação do seu pleito, no mais das vezes improcedente e, quase

sempre, confundindo o pleito de revisão econômica do contrato com a faculdade administrativa de negociação (revisão) dos preços registrados em Ata.

Uma vez não cumprido o requisito da anualidade, será incabível o reajuste. Não se tratando de serviço contínuo com dedicação exclusiva de mão de obra, afetado por fatos jurídicos como o aumento salarial da categoria determinado em convenção coletiva, será incabível a repactuação. Quanto ao reequilíbrio econômico do contrato, tal espécie de revisão econômica exigirá a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, característicos da álea econômica extraordinária ou extracontratual, incompatível com o pedido de revisão fundamentado no ordinário aumento do valor de mercado. Esses são institutos jurídicos que possuem status de direito das partes, relacionados ao contrato administrativo. Assim, os instrumentos de revisão não estão relacionados à Ata de Registro de Preços, mas à contratação eventualmente produzida a partir dela.

Não convém confundir-se os institutos de revisão econômica/manutenção do equilíbrio econômico (reajuste, repactuação e reequilíbrio econômico) com o procedimento prescrito nos arts. 17 a 19 do Decreto no 7.892 de 23 de janeiro de 2013. Este regulamento admite certa "negociação" entre órgão gerenciador e fornecedores registrados na ata, quando identificadas supervenientes discrepâncias entre os preços registrados e os valores de mercado

Importante firmar que essa negociação não é um direito, mas uma possibilidade de alteração consensual, pelo órgão gerenciador, não do contrato, mas dos preços firmados na Ata de registro de preços.

Assim, quando o preço registrado, por motivo superveniente, tornar-se superior ao preço praticado no mercado, o órgão gerenciador deverá convocar o fornecedor, negociando a redução de preços e sua adequação àqueles praticados pelo mercado. Não sendo possível a negociação, o fornecedor poderá ser liberado do compromisso, tentando-se igual negociação com os demais fornecedores, se for o caso. Noutro prumo, quando o preço de mercado se tornar superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado, alegar a impossibilidade de manutenção do fornecimento nas condições assumidas, o órgão gerenciador poderá liberar o fornecedor do compromisso, sem aplicação da penalidade, bem como convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Necessário perceber que, na hipótese de o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados, a negociação não admite aumento dos valores registrados, mas apenas a liberação do compromisso, sem aplicação de penalidades. Mesmo quando o preço de mercado é inferior,

ela não obriga a redução, impondo apenas ao órgão público contratante a abertura da negociação, que pode ou não ser aceita pelo contratado. Em suma, o procedimento de negociação se diferencia dos institutos de revisão econômica, entre outras coisas, porque, não sendo propriamente um direito patrimonial, não pode ser alcançado sem a concordância da outra parte.

A manutenção do equilíbrio econômico é um fenômeno jurídico da contratação (do contrato em sentido amplo) e não da Ata de registro de preços. Identificada a ocorrência do respectivo fato gerador, a alteração do valor contratual pela incidência de um dos institutos pertinentes se dará no âmbito da relação contratual, não na Ata de Registro de Preços. Já o procedimento de negociação previsto no Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013 repercute diretamente no preço registrado na Ata, beneficiando, em caso de redução, todos os órgãos que a utilizarem a partir de então.

Por fim, outra diferença peculiar que precisa ser observada, ao perceber-se que o procedimento de negociação está relacionado intrinsecamente à Ata de registro de preços, enquanto os institutos de manutenção do equilíbrio econômico estão relacionados à contratação (mesmo que não se utilize o instrumento contratual), envolve a definição da competência para tal ação administrativa.

Enquanto o procedimento de negociação (inerente à Ata) deve ser feito pelo órgão gerenciador e afeta o valor outrora registrado, o reconhecimento do direito à manutenção do equilíbrio econômico (inerente ao contrato em sentido amplo) é feito administrativamente pelo órgão contratante e afeta o valor da contratação, não atingindo, em princípio, o valor registrado na Ata de registro de preços.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES nº 14, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2020. PARECER N. 00023/2020/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU. PARECER N. 001/2016/CPLC/CGU/AGU (NUP 00688.000183/2015-76, Seq. 49). PARECER Nº 003/2019/CPLC/PGF/AGU.

LEI Nº 14.133, de 2021: De modo diverso, o Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023, que dispõe sobre o Sistema de Registro de Preços da Nova Lei de Licitações estabelece que os preços registrados poderão ser alterados ou atualizados em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos bens, das obras ou dos serviços registrados, nas seguintes situações:

> *Art. 25. Os preços registrados poderão ser alterados ou atualizados em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos bens, das obras ou dos serviços registrados, nas seguintes situações:*

I - em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução da ata tal como pactuada, nos termos do disposto na alínea "d" do inciso II do caput do art. 124 da Lei nº 14.133, de 2021;

II - em caso de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços registrados; ou

III - na hipótese de previsão no edital ou no aviso de contratação direta de cláusula de reajustamento ou repactuação sobre os preços registrados, nos termos do disposto na Lei nº 14.133, de 2021.

Sob a ótica da Lei n. 14.133, de 2021, recomenda-se leitura do Capítulo 13 do Instrumento de Padronização dos Procedimentos de Contratação, cujo acesso pode se dar por este link:

Vale assinalar que, conforme preconizado pelo Decreto n. 11.462, de 2023, Os processos licitatórios e as contratações autuados e instruídos com a opção expressa de ter como fundamento a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, ou a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, além do Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, serão por eles regidos, desde que:

I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e

II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta.

INDEXADOR: REAJUSTE. REPACTUAÇÃO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.

PERGUNTA P4: A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, é aplicável às aquisições?

RESPOSTA: A IN SEGES/MPDG nº 5, de 2017, visa dispor sobre regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços, sob o regime de execução indireta, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Nesse sentido, inexiste obrigatoriedade quanto à observância de seus comandos nos procedimentos com objetivo de adquirir bens. Contudo, nada impede ao gestor, dentro de seu juízo de conveniência e oportunidade, extrair da IN **nº** 5, de 2017, diretrizes ao planejamento da licitação para aquisição de bens, com intuito de conferir maior segurança e eficiência ao procedimento. Ademais, convém atentar para eventual nova regulamentação infralegal sobre a matéria, tendo em vista que a Nova Lei de Licitações prevê a possibilidade de vigência plurianual dos contratos de fornecimento contínuo, o que certamente demandará maior detalhamento do planejamento.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, teve por objetivo normatizar as contratações de serviços, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, atendendo a diversas recomendações expedidas pelo Plenário do Tribunal de Contas da União.

A IN SEGES/MPDG nº 5, de 2017, não abrangeu o fornecimento de bens, focando sua normatização nas regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços, sob o regime de execução indireta.

Dessa forma, apesar de tal detalhamento da fase de planejamento fomentar a boa prática do planejar, com maior precisão e melhor metodologia, tais etapas indicadas por essa Instrução não se aplicam, por decorrência direta ou imposição normativa dela, às contratações públicas federais que tenham por objeto aquisições de bens.

Entretanto, isso não significa que não se possa extrair da IN SEGES/MPDG nº 5, de 2017, uma disciplina aplicável ao procedimento licitatório para aquisição de bens, através de integração analógica, que possa ofertar maior proteção e eficiência ao procedimento. Esta aplicação, porém, não

decorre de imposição normativa, tendo em vista a inexistência de comando hierárquico ou regulamentar nesse sentido, para as licitações relacionadas às aquisições.

Em outras palavras, inspirado nesse regramento, diante do desafio de realizar uma licitação que envolva aquisições sensíveis, é possível que um gestor público, dentro de seu juízo de conveniência e oportunidade, extraia algumas diretrizes ao planejamento da licitação para aquisição de bens, com intuito de conferir maior segurança e eficiência ao procedimento (e.g. confecção de mapa de riscos).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES nº 09, DE 03 DE DEZEMBRO DE 2020. PARECER N. 00025/2020/COORD/E-CJU/ AQUISIÇÕES/CGU/AGU (NUP 64582.019760/2020-21 – SEQS. 7/8).

LEI Nº 14.133, de 2021: Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26 de dezembro de 2022.

INDEXADOR: AQUISIÇÕES. REGULAMENTO. SERVIÇOS. (IN) APLICABILIDADE.

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

PERGUNTA P5: A etapa de Gerenciamento de Riscos, tal como insculpida na Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, que trata do Planejamento da Contratação de serviços, é obrigatória na fase preparatória da licitação para aquisição de bens?

RESPOSTA: A IN SEGES/MPDG nº 05, de 2017, visa a dispor sobre regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços, sob o regime de execução indireta, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Nesse sentido, inexiste obrigatoriedade quanto à observância de seus comandos nos procedimentos com objetivo de adquirir bens. Do mesmo modo, a Instrução Normativa SGD/ME nº 40, de 22 de maio de 2020, ao tratar sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para aquisição de bens, não discorre sobre a exigência do Gerenciamento de Riscos. Por outro lado, no tocante às aquisições submetidas ao cumprimento da Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 4 de abril de 2019, que dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação

e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal, consta a obrigatoriedade quanto à etapa de gerenciamento de riscos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, teve por objetivo normatizar as contratações de serviços, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, atendendo a diversas recomendações expedidas pelo Plenário do Tribunal de Contas da União.

A IN SEGES/MPDG nº 5, de 2017, não abrangeu o fornecimento de bens, focando sua normatização nas regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços, sob o regime de execução indireta.

Dessa forma, apesar de tal detalhamento da fase de planejamento fomentar a boa prática do planejar, com maior precisão e melhor metodologia, tais etapas indicadas por essa Instrução não se aplicam, por decorrência direta ou imposição normativa dela, às contratações públicas federais que tenham por objeto aquisições de bens.

Do mesmo modo, a Instrução Normativa SGD/ME nº 40, de 22 de maio de 2020, ao tratar sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para aquisição de bens, não discorre sobre a exigência do Gerenciamento de Riscos.

Por outro lado, no tocante às aquisições submetidas ao cumprimento da Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 4 de abril de 2019, que dispõe sobre o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação - TIC pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação - SISP do Poder Executivo Federal, consta a obrigatoriedade quanto à etapa de gerenciamento de riscos.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES nº 09, DE 03 DE DEZEMBRO DE 2020. PARECER N. 00025/2020/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU (NUP: 64582.019760/2020-21 – SEQS. 7/8).

> **LEI Nº 14.133, de 2021:** *No âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos, ao que tudo indica, a Etapa de Gerenciamento de Riscos passa a ser obrigatória em toda as licitações, inclusive nas aquisições, já que o art. 18 do referido diploma legislativo traz a seguinte disposição:*

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

(...)

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

(...)

Além da etapa de análise de riscos, parte da fase preparatória do procedimento licitatório, o art. 22 da Lei nº 14.133/21 ainda afirma que "o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado", com o objetivo de "promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante". Vale esclarecer que nas contratações diretas, a realização da análise de riscos estará dentro no juízo de conveniência e oportunidade do gestor, nos termos do art. 72, inc. I, da NLLC.

Por último, quanto aos procedimentos referentes às soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC, a Instrução Normativa SDG nº 94, de 23 de dezembro de 2022, dispõe em seu art. 8º, § 1º, que "as atividades de gerenciamento de riscos devem ser realizadas durante todas as fases do processo de contratação", conforme orientações presentes no art. 38 daquele normativo infralegal.

INDEXADOR: PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO. GERENCIAMENTO DE RISCOS. AQUISIÇÕES. LEI Nº 8.666/93 e IN Nº 05/2017.

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

PERGUNTA P6: É cabível reequilíbrio econômico-financeiro em razão de variação cambial?

RESPOSTA: A variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, embasar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com fulcro no art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Para que a variação do câmbio

possa justificar o pagamento de valores à contratada a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário que ela seja imprevisível ou de consequências incalculáveis (Acórdão nº 4125/2019-TCU-Primeira Câmara, Informativo de Licitações e Contratos 370/2019, do Tribunal de Contas da União).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, sabe-se que a Constituição Federal exigiu a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI), estabelecendo como princípio constitucional a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pelo qual determina a necessidade de manutenção das "condições efetivas da proposta" vencedora na licitação.

Para tanto, o legislador ordinário previu dois institutos: o reajuste (em sentido amplo), vinculado à álea ordinária, e o reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores), vinculado à álea extraordinária. A álea ordinária consiste no risco relativo a possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, sendo comum ao negócio efetivado. Já a álea extraordinária é compreendida como um risco ordinariamente imprevisível que, pela imprevisibilidade e onerosidade excessiva, prejudica os cálculos realizados pelas partes, quando da celebração contratual.

Por sua vez, o reajuste em sentido amplo, instrumento destinado à revisão da álea ordinária, pode ser classificado em duas espécies: reajuste em sentido estrito e repactuação. Nesse prumo, reajuste em sentido estrito, repactuação e reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores) são institutos diferentes, que podem ocorrer em diversas situações das contratações administrativas. Não obstante, o propósito de tais institutos é genericamente o mesmo, manter as condições efetivas da proposta, garantia prevista pelo próprio inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

No que tange especificamente à revisão econômica, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispõe o seguinte em seu art. 65, inc. II, alínea "d":

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *II - por acordo das partes:*
>
> *(...)*

> *d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.*

Trata-se da hipótese de uma álea extraordinária que visa ao reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, podendo ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que presentes os requisitos legais, quais sejam, a existência de um fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, que retardem ou impeçam a execução do contrato, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Prosseguindo, o tema referente ao reequilíbrio econômico-financeiro, em razão de variação cambial, é um dos mais discutidos na doutrina e na jurisprudência. Isso porque o Brasil adota uma política de câmbio flutuante, de sorte que a variação, para mais ou para menos, é algo inerente daqueles que contratam em moeda estrangeira.

A doutrina, de forma majoritária, defende que, em regra, a variação cambial não se apresenta como um fato extraordinário a se permitir a revisão contratual pela teoria da imprevisão. Cite-se, por exemplo, Ronny Charles:

> Em princípio, entendemos que a variação cambial não se apresenta como fato econômico extraordinário, passível de caracterizar-se como fato gerador do reequilíbrio econômico. Em regra, a oscilação do valor da moeda nacional é algo identificável no dia a dia do mercado, ocorrendo ordinariamente, com valorização e desvalorização da moeda nacional frente ao dólar (por exemplo), fazendo parte do risco do negócio estar sujeito a essa instabilidade. Vale frisar, tal instabilidade pode também beneficiar o fornecedor, caso no período pertinente tenha ocorrido valorização da moeda nacional, frente ao dólar. Apenas em situações extraordinárias seria justificável compreender a variação cambial como fato gerador de reequilíbrio econômico. Para tanto, ela teria que ser excepcional a ponto de se caracterizar como fato imprevisível ou, mesmo que previsível, de consequências incalculáveis.
>
> (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 11ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 859)

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União

é uníssona quanto à necessidade de que a variação do câmbio seja imprevisível ou de consequências incalculáveis para que possa justificar a revisão contratual, que fuja à normalidade da flutuação cambial típica do regime praticado no Brasil, acarretando onerosidade excessiva no ajustado. Destacam-se os seguintes julgados:

A variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, embasar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato com fulcro no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. Para que a variação do câmbio possa justificar o pagamento de valores à contratada a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, faz-se necessário que ela seja imprevisível ou de consequências incalculáveis.

Informativo de Licitações e Contratos 370/2019

A variação da taxa cambial, para mais ou para menos, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993.

Informativo de Licitações e Contratos 326/2017

A mera variação de preços ou flutuação cambial não é suficiente para a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93, associada à demonstração objetiva de que ocorrências supervenientes tornaram a execução contratual excessivamente onerosa para uma das partes.

Informativo de Licitações e Contratos 241/2015

Pelo exposto, a avaliação quanto à incidência da revisão econômica demanda demonstração analítica com os respectivos documentos comprobatórios que sustentem tanto a variação cambial imprevisível ou de consequências incalculáveis como os reais impactos aos custos contratuais que os tornem excessivamente onerosos para uma das partes.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 006/2020/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU (NUP:

63148.000750/2018-64 - SEQ. 4).

Lei Nº 14.133, de 2021: Art. 124, inc. II, alínea "d".

INDEXADOR: VARIAÇÃO CAMBIAL. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

REGISTRO DE PREÇOS.

PERGUNTA P7: No âmbito do Sistema de Registro de Preços, qual a unidade consultiva competente para assessoramento jurídico do órgão?

RESPOSTA: No âmbito do Sistema de Registro de Preços, as competências do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e do art. 11, inc. VI, alínea "a", da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, relativas à aprovação da minuta de edital e contrato administrativo, são da exclusiva alçada da unidade consultiva que presta assessoramento jurídico ao órgão gerenciador do certame.

Já o órgão participante e o órgão não participante do Sistema de Registro de Preços poderão solicitar manifestação das respectivas consultorias jurídicas que lhes prestam assessoramento acerca da juridicidade do processo de contratação ou adesão, especialmente nos casos em que haja dúvida de ordem jurídica objetivamente exposta.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, disciplina em seu art. 38, inc. VI, e parágrafo único, que a fase interna do certame deve ser necessariamente instruída com parecer jurídico do órgão de assessoramento da Administração.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, em seu art. 11, inc. VI, alínea "a", confere às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados a competência para examinar prévia e conclusivamente os textos de edital de licitação e respectivos contratos ou instrumentos congêneres.

A natureza obrigatória dos pareceres jurídicos em sede de licitações

é preceito corolário do princípio constitucional da legalidade, que rege a atuação da Administração Pública, de maneira que o legislador, ao exigir análise jurídica prévia dos editais e contratos pelo órgão que presta consultoria jurídica à Administração, confere relevância ao controle preventivo de juridicidade dos certames, tudo a bem da isonomia, da competitividade, e da obtenção da melhor proposta em favor da Administração.

De fato, o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, ao instituir o princípio da licitação como regra geral para seleção de interessados para contratar com o Poder Público, delimitou, de plano, outros dois valores que devem ser resguardados pelo administrador na realização dos certames: isonomia entre potenciais concorrentes e preservação da equação econômico-financeira do contrato. Desta forma, o legislador ordinário, ao disciplinar a matéria por meio da Lei nº 8.666, de 1993 (art. 22, inc. XXVII, da CRFB/1988), tratou de tornar cogente o prévio exame jurídico das minutas de edital e contrato pelo órgão de consultoria competente por ser medida que se volta justamente para preservar e controlar preventivamente a estrita subserviência da Administração aos referenciados axiomas constitucionais.

Nessa toada, o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços, ao disciplinar a matéria, confere em seu artigo 9º, §4º, a competência exclusiva da unidade consultiva junto ao órgão gerenciador para apreciar as minutas de edital e contrato.

Por sua vez, ao órgão participante e ao órgão não participante do Sistema de Registro de Preços, o entendimento é no sentido de ser facultativa (não obrigatória) a remessa dos autos para exame e manifestação jurídica da sua unidade consultiva. Nos casos em que houver solicitação de análise jurídica por parte da sua Consultoria, esta deve tratar acerca da juridicidade do processo de contratação ou adesão, em especial nos casos em que haja dúvida de ordem jurídica objetivamente exposta, sem imiscuir-se na competência da unidade consultiva junto ao órgão gerenciador.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 64, DE 29 DE MAIO DE 2020 (NUP: 00688.000717/2019-98 – SEQS. 8-13).

LEI Nº 14.133, de 2021: O Decreto nº 11.462, de 31 de março de 2023, que regulamenta os arts. 82 a 86 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece o seguinte:

> *Art. 7º Compete ao órgão ou à entidade gerenciadora praticar todos os atos de controle e de administração do SRP, em especial:*

(...)

§ 4º O exame e a aprovação das minutas do edital, dos avisos ou dos instrumentos de contratação direta e do contrato serão efetuados exclusivamente pela Assessoria Jurídica do órgão ou da entidade gerenciadora.

(...)

Quanto ao órgão participante e ao órgão não participante do Sistema de Registro de Preços, acredita-se que o entendimento é o mesmo a ser aplicado quando da vigência do Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, no sentido de ser facultativa (não obrigatória) a remessa dos autos para exame e manifestação jurídica da sua unidade consultiva. Mas quando for solicitada, deverá abordar a juridicidade do processo de contratação ou adesão, em especial nos casos em que haja dúvida jurídica concreta e objetivamente exposta, sem imiscuir-se na competência da unidade consultiva junto ao órgão gerenciador.

INDEXADOR: REGISTRO DE PREÇOS. UNIDADE CONSULTIVA COMPETENTE.

REAJUSTE DE PREÇOS

PERGUNTA P8: É necessário prever critério de reajuste de preços em contratos com prazo de vigência inicial inferior a 12 (doze) meses?

RESPOSTA: A previsão de critério de reajuste de preços é necessária inclusive em contratos com prazo de vigência inicial inferior a doze meses, como forma de contingência para o caso de, excepcionalmente, decorrer, ao longo da vigência do instrumento, o interregno de um ano contado a partir da data limite para a apresentação da proposta na respectiva licitação. (Acórdão nº 7184/2018-TCU-Segunda Câmara **e Acórdão nº 2205/2016-TCU-Plenário).**

A Lei nº 14.133, de 2021, conta com previsão expressa nesse sentido, dispondo que "independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos"

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, a Constituição Federal exigiu a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI), estabelecendo como princípio constitucional a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pelo qual determina a necessidade de manutenção das "condições efetivas da proposta" vencedora na licitação.

Para tanto, o legislador ordinário previu dois institutos: o reajuste (em sentido amplo), vinculado à álea ordinária, e o reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores), vinculado à álea extraordinária. A álea ordinária consiste no risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, sendo comum ao negócio efetivado. Já a álea extraordinária é compreendida como um risco ordinariamente imprevisível que, pela imprevisibilidade e onerosidade excessiva, prejudica os cálculos realizados pelas partes, quando da celebração contratual.

Por sua vez, o reajuste em sentido amplo, instrumento destinado à revisão da álea ordinária, pode ser classificado em duas espécies: reajuste em sentido estrito e repactuação. Nesse prumo, reajuste em sentido estrito, repactuação e reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores) são institutos diferentes, que podem ocorrer em diversas situações das contratações administrativas. Não obstante, o propósito de tais institutos é genericamente o mesmo, manter as condições efetivas da proposta, garantia prevista pelo próprio inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

O reajuste de preços em sentido estrito pode ser compreendido como o realinhamento do valor contratual verificado em razão da elevação do custo de produção no curso normal da economia, tendo por base índices ou critérios previamente fixados em edital, visando preservar a contratada do processo inflacionário (art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Aliás, vale destacar que a anualidade poderá ser cumprida antes mesmo que o contrato alcance a vigência de 12 (doze) meses, uma vez que o marco inicial ("data limite para apresentação da proposta") para a anualidade do reajuste poderá anteceder o início da vigência contratual, por expressa determinação do art. 3º, §1º, da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.

Nesse compasso, impende registrar que o Tribunal de Contas da União, em julgado relatado pela Ministra Ana Arraes (Acórdão nº 2205/2016-TCU-Plenário), firmou o seguinte entendimento:

66. Entretanto, o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui

discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-TCU-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço (Acórdão 73/2010-TCU-Plenário, Acórdão 597/2008-TCU-Plenário **e** Acórdão 2715/2008-TCU-Plenário, entre outros).

Embora tal assertiva não deva ser tida como absoluta, já que se trata de direito disponível, é de boa técnica prever cláusula de reajuste mesmo em contratações que, em tese, não irão extrapolar a anualidade, pois isso pode minimizar riscos de que supostos eventos futuros imprevistos, que possam gerar o retardo do início da execução do contrato, possam influenciar a majoração dos preços das propostas, pelos licitantes (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 11ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 607).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA E-CJU/AQUISIÇÕES Nº 06, DE 03 DE DEZEMBRO DE 2020. NOTAS EXPLICATIVAS DA CÂMARA NACIONAL DE MODELOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO (MODELOS DA LEI Nº 14.133, DE 2021, CONTRATO, PREGÃO, COMPRAS, VERSÃO: DEZEMBRO/2022).

NUP: 00688.001043/2020-82 – SEQ. 10.

LEI Nº 14.133, de 2021: Art. 25, §7º; art. 136, inc. I.

INDEXADOR: MINUTA CONTRATUAL. CRITÉRIO DE REAJUSTE DE PREÇOS. VIGÊNCIA INFERIOR A 12 (DOZE) MESES. OBRIGATORIEDADE.

PERGUNTA P9: A ausência de cláusula de reajuste de preços nos artefatos da contratação impossibilita sua concessão por meio de termo aditivo?

RESPOSTA: Sim. Segundo a Orientação Normativa AGU nº 23, de 1º de abril de 2009, o "edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida a adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos."

Já o Tribunal de Contas da União possui entendimento pelo qual "o estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses. Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva" (Acórdão nº 7184/2018-Segunda Câmara, Informativo de Licitações e Contratos 352/2018, do Tribunal de Contas da União).

Por sua vez, o Parecer nº JT-02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República, assenta que "é requisito para a concessão de reajustamento na espécie repactuação a sua previsão no edital". Sendo assim, em não havendo sido estipulada cláusula de reajuste em sentido estrito, deve-se seguir o mesmo entendimento quanto à repactuação por serem espécies do gênero reajuste, sob pena de violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, a Constituição Federal exigiu a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI), estabelecendo como princípio constitucional a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pelo qual determina a necessidade de manutenção das "condições efetivas da proposta" vencedora na licitação.

Para tanto, o legislador ordinário previu dois institutos: o reajuste (em sentido amplo), vinculado à álea ordinária, e o reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão econômica, para alguns autores), vinculado à álea extraordinária. A álea ordinária consiste no risco relativo à possível ocorrência de um evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, sendo comum ao negócio efetivado. Já a álea extraordinária é compreendida como um risco ordinariamente imprevisível que, pela imprevisibilidade e onerosidade excessiva, prejudica os cálculos realizados pelas partes, quando da celebração contratual.

Por sua vez, o reajuste em sentido amplo, instrumento destinado à revisão da álea ordinária, pode ser classificado em duas espécies: reajuste em sentido estrito e repactuação. Nesse prumo, reajuste em sentido estrito, repactuação e reequilíbrio econômico-financeiro (ou revisão

econômica, para alguns autores) são institutos diferentes, que podem ocorrer em diversas situações das contratações administrativas. Não obstante, o propósito de tais institutos é genericamente o mesmo, manter as condições efetivas da proposta, garantia prevista pelo próprio inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

O reajuste de preços em sentido estrito pode ser compreendido como o realinhamento do valor contratual verificado em razão da elevação do custo de produção no curso normal da economia, tendo por base índices ou critérios previamente fixados em edital, visando preservar a contratada do processo inflacionário (art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Segundo a Orientação Normativa AGU nº 23, de 1º de abril de 2009, o "edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida a adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos".

Já o Tribunal de Contas da União possui entendimento pelo qual "o estabelecimento do critério de reajuste de preços, tanto no edital quanto no contrato, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, ainda que a vigência contratual prevista não supere doze meses.

Entretanto, eventual ausência de cláusula de reajuste de preços não constitui impedimento ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sob pena de ofensa à garantia inserta no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como de enriquecimento ilícito do erário e consequente violação ao princípio da boa-fé objetiva" (Acórdão nº 7184/2018-Segunda Câmara, Informativo de Licitações e Contratos 352/2018, do Tribunal de Contas da União).

É relevante destacar, ainda, que o Parecer nº JT-02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República, assenta que "é requisito para a concessão de reajustamento na espécie repactuação a sua previsão no edital".

Pelo exposto, "a concessão posterior de reajuste em sentido estrito, sem previsão no edital ou no contrato, pode afrontar princípios como o da vinculação do instrumento convocatório e o da isonomia, sendo lícito presumir que, diante da ausência de previsão para reajuste, alguns interessados possam ter deixado de participar do certame ou alguns licitantes possam ter apresentado propostas em valores mais elevados, 'supondo que deveriam arcar com seus preços até o final da vigência

contratual, incluindo suas eventuais prorrogações, sem nenhum tipo de reajuste". Obviamente, caso o interessado não concorde com a ausência de cláusula que trate do reajuste de preços, pode e deve impugnar o edital para que o órgão licitante corrija a falha" (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 11ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 609).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA E-CJU/AQUISIÇÕES Nº 05, DE 03 DE DEZEMBRO DE 2020. ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 23, DE 1º DE ABRIL DE 2009.

NUP: 00688.001043/2020-82 – SEQ. 10.

Lei nº 14.133, de 2021: Art. 25, §7º; art. 136, I.

INDEXADOR: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REAJUSTE DE PREÇOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO.

BEM COMUM

PERGUNTA P10: É cabível caracterizar um bem como comum quando a visita técnica é indispensável?

RESPOSTA: Não. Consideram-se bens comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital do certame, por meio de especificações usuais no mercado. Nesse sentido, se a visita técnica for indispensável para a definição do objeto, não é possível caracterizar o bem como comum, inviabilizando a licitação na modalidade pregão.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No âmbito do Pregão, consideram-se como bens comuns "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado" (Parágrafo Único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002). A Nova Lei de Licitações, que trouxe a definição de pregão para dentro do regime geral por ela estabelecido, seguiu a mesma sistemática, conforme art. 6º, inciso XLI. Ainda registrou que, para aquisição de bens e serviços comuns, a escolha do Pregão é obrigatória, transcreve-se:

> *Art. 6º (...)*
>
> *XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;*

No mesmo artigo citado acima, agora no inciso XII, repetiu a necessidade prevista na Lei no 10.520/2002, de que a caracterização como "comum" requer que os padrões de desempenho e qualidade possam ser "objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado".

> *Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:*
>
> *§ 2º Quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia.*

Percebe-se assim o caráter de imprescindibilidade da visita técnica, ou seja, ela só deve ser adotada quando a complexidade do objeto o exigir. Nesse sentido, é incompatível com a utilização do pregão procedimento simplificado que foi criado para ofertar celeridade ao processo de aquisição, bem como ampliar a competição entre os interessados nas licitações.

Nele, são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em virtude de sua aptidão para contratações mais simples, identificadas como "bens e serviços comuns". Contratações complexas ou "sujeitas a intensa atividade intelectual" distanciam-se do conceito, prescrito pela Lei nº 10.520/02 e pela Nova Lei de Licitações, de definição editalícia objetiva, por meio de especificações usuais no mercado.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA E-CJU/AQUISIÇÕES Nº 03, DE 03 DE DEZEMBRO DE 2020.

NUP: 00688.001043/2020-82 – SEQ. 10.

Lei nº 14.133, de 2021: Art. 6 º, incs. XIII e XLI.

INDEXADOR: AQUISIÇÕES. BEM COMUM. VISITA TÉCNICA. INDISPENSABILIDADE À CARACTERIZAÇÃO. PREGÃO.

DISCRICIONARIEDADE

PERGUNTA P11: Há discricionariedade administrativa na definição dos quantitativos de bens a serem adquiridos?

RESPOSTA: Não. A contratação de qualquer bem ou serviço há de ser fundamentada em real necessidade da Administração. Todo e qualquer ato administrativo há de se adequar aos fundamentos de fato e de direito que lhe autorizam a prática.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O art. 15, §7°, inc. II, da Lei n° 8.666/93 estabelece que:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

§ 7° Nas compras deverão ser observadas, ainda:

[...]

II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;

Por sua vez, a Lei n° 14.133/2021 prevê que:

> *Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:*
>
> *III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;*

Percebe-se, claramente, que o legislador apontou preocupação com o adequado planejamento da licitação. Haja vista a escassez de recursos públicos, tem-se que os gastos devem ser programados e otimizados. Tal preocupação deriva da análise de dois cenários: compra feita em quantidades insuficientes e compra feita em quantidades demasiadas.

No primeiro ponto, compra feita em quantidades insuficientes, tem-se que tal cenário pode prejudicar a continuidade do serviço público, levando

a administração pública a contratações emergenciais e antieconômicas. Por outro lado, tem-se que compras feitas em demasia podem implicar grave desperdício, numa flagrante perda de recursos. Destacam-se para tanto os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União:

Acórdão nº 2221/2012-TCU-Plenário - As aquisições de bens pela Administração devem estar baseadas em estudos prévios que demonstrem a necessidade e viabilidade das aquisições, a fim de evitar o mau uso de recursos públicos e não limitar o sucesso dos objetivos que se buscam atingir.

Acórdão nº 2459/2021-TCU-Plenário - Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a elaboração de documentos que fundamentem a contratação de serviços sem justificativas para os quantitativos a serem adquiridos.

Nesse sentido, o gestor deve sempre justificar objetivamente, desde o Estudo Técnico Preliminar, a estimativa das quantidades a serem contratadas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte (art. 7, inc. V, da Instrução Normativa nº 40 de 22 de maio de 2020).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA E-CJU/AQUISIÇÕES Nº 02, DE 03 DE DEZEMBRO DE 2020.

NUP: 00688.001043/2020-82 – SEQ. 10.

LEI Nº 14.133, de 2021: Art. 40, inc. III; art. 18, §1º, inc. IV; art. 86.

INDEXADOR: AQUISIÇÕES. PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO. QUANTITATIVO. DISCRICIONARIEDADE.

MICROEMPRESAS, EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

PERGUNTA P12: A Administração pode estabelecer cota inferior aos 25% (vinte e cinco por cento) previstos no art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, quando da promoção de licitação de aquisição de bens de natureza divisível?

RESPOSTA: Sim, a dicção legal admite a destinação de "cota de

até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte". Contudo, o referido percentual deve ser estabelecido de maneira que o valor da cota principal se mantenha superior a R$ 80.000.00 (oitenta mil reais), para que seja mantida a maior competitividade possível ao certame.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Esclarecedora e suficiente a "Exposição de Motivos" da Orientação Normativa/E-CJU nº 17 de 17 de setembro de 2021, abaixo transcrita:

"De acordo com o inciso III do artigo 48 da LC 123/2006, os bens devem possuir natureza divisível. Essa divisibilidade é aferida no âmbito de cada item licitado e aspectos gerenciais podem indicar por uma definição de percentual inferior a 25%, para incidência da Cota.

O planejamento de distribuição dos bens, a logística de entrega, o risco de fornecimento com marcas diferentes, entre outros, podem induzir à escolha gerencial de um percentual inferior ao patamar máximo de 25% definido pela Lei Complementar 123/2006.

Por isso, entendemos que a expressão 'até 25%', na verdade, resguardou a necessária flexibilidade para que a definição do percentual da cota exclusiva fosse definida sem prejuízo às peculiaridades de eventual demanda administrativa. A cota exclusiva possui natureza jurídica de item exclusivo. Materialmente, ela equivale a um item exclusivo, que será disputado unicamente pelas microempresas e empresas de pequeno porte.

O juízo discricionário para definição do percentual deve avaliar a situação fática, evitando a definição de percentuais que gerem uma redução do valor da cota principal a patamar inferior a R$ 80.000,00.

Vale salientar que esta redução poderia induzir ao fracionamento do objeto licitatório original (item originário), que teria ampla competição, em dois itens (item principal e cota exclusiva) com competição restrita às microempresas e empresas de pequeno porte. Tal opção atentaria, de maneira indireta, contra os limites definidos pelo próprio legislador, para a licitação exclusiva para ME/EPP.

Este dilema deve ser solucionado com uma interpretação que prestigie à competitividade. Vale lembrar que, nos termos do inciso I, do §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

A transformação de o item originário, superior a R$ 80.000,00, em dois itens (item principal e cota exclusiva) com competição restrita às microempresas e empresas de pequeno porte seria uma forma desvirtuada de restringir a competição em um certame de valor superior ao estabelecimento da licitação exclusiva para ME/EPP.

Na hipótese de aplicação de percentual que gere a cisão do item principal, tornando-o igual ou inferior ao patamar de R$ 80.000,00, mesmo assim, deve-se resguardar a ampla competitividade para o referido item principal.

Isso porque, de outra forma, o gestor estaria adotando o benefício da cota exclusiva para subverter um item com valor superior a R$ 80.000,00 em um item com valor inferior, para aplicação de benefício indevido, que tende a restringir a competição".

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES nº 17, DE 17 DE SETEMBRO DE 2021. DESPACHO n. 00057/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

NUP: 00688.001043/2020-82 - SEQ. 16.

LEI Nº 14.133, de 2021: Art. 4º.

INDEXADOR: MICROEMPRESAS, EMPRESA DE PEQUENO PORTE. COTA DE 25% EM AQUISIÇÕES DE BENS DIVISÍVEIS.

REGISTRO DE PREÇOS.

PERGUNTA P13: Em licitação para registro de preços referente à aquisição de materiais de construção, é possível a adoção do critério maior desconto sobre a tabela SINAPI (Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil)?

RESPOSTA: Sim, desde que verificada a alta volatilidade dos itens a serem adquiridos. A adoção da tabela SINAPI como "referência dinâmica" ainda requer cautela e análise de requisitos de ordem técnica, entre eles: devida especificação dos itens pretendidos; justificativa da fidedignidade dos preços usados como referência; demonstração da alta volatilidade do mercado; análise da viabilidade/vantagem/adequação da modelagem e, quando possível, a indicação no edital da quantidade mínima a ser contratada para os itens pertinentes.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Diante da evidente volatilidade dos preços em determinados mercados, há que se construir soluções para tornar mais eficiente o modelo de licitação. Para que nos aproximemos disso, contudo, um passo minimamente necessário é compreender o caráter dinâmico que é característico ao preço.

O mecanismo do mercado e as características informacionais envolvidas na transação afetam o equilíbrio final do preço, e a melhor solução para a atualização das Atas de registro de Preços não está em buscar identificar *a posteriori* as eventuais variações, mas sim em criar modelagens mais eficientes para refletir minimamente essas variações, produzindo segurança para os fornecedores mais responsáveis.

A utilização do maior desconto sobre os preços da Tabela SINAPI, de forma dinâmica, reduz os riscos dos fornecedores em mercados com alta volatilidade de preços, estimulando-os a oferecer descontos maiores na licitação. Além disso, reduz o risco de jogo de planilha e desestimula pedidos de revisão econômica dos preços registrados na Ata ou liberação do fornecedor do compromisso assumido, pois os preços acompanharão as readequações periódicas da Tabela, que representam, a piori, os "preços praticados no mercado" para o bem pretendido, sob o qual incidirá o maior desconto alcançado na licitação.

Vale acrescentar ainda que a oscilação da tabela referencial pode gerar preços menores que os originalmente previstos, caso os preços dos respectivos insumos estejam em viés de baixa, sem que isso justifique qualquer reclame por parte do fornecedor registrado.

Em suma, na prática, estar-se-á realizando a atualização de preços preconizada pelo legislador e, ao mesmo tempo, suprimindo riscos relacionados à variação dos custos dos insumos em mercados voláteis, pela adoção de uma tabela referencial que foge ao controle da contratada. Essa redução de riscos tende a favorecer maiores descontos pelos licitantes, os quais incidirão sobre os preços, mesmo da tabela atualizada, sendo eles mais altos ou mais baixos (dependendo do viés de oscilação), afastando futuros questionamentos relacionados ao equilíbrio econômico do contrato, bem como a necessidade de previsão de reajuste.

Contudo a adoção da tabela SINAPI requer as seguintes cautelas: devida especificação dos itens pretendidos; justificativa da fidedignidade dos preços usados como referência; demonstração da alta volatilidade do mercado; análise da viabilidade/vantagem/adequação da modelagem e, quando possível, a indicação no edital da quantidade mínima a ser contratada para os itens pertinentes

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES Nº 18, DE 10 DE JANEIRO DE 2022. PARECER n. 00010/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

NUP: 00688.001043/2020-82 - SEQ. 20.

Lei nº 14.133, de 2021: Art. 82, V.

INDEXADOR: REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. TABELA SINAPI.

MINUTA DE EDITAL

PERGUNTA P14: Diante de ocorrência de certame de licitação deserto, cancelado ou fracassado, em que a Administração opte por repetir o procedimento, é necessário o reenvio da minuta de edital para análise do órgão jurídico?

RESPOSTA: Não. Em nome do Princípio de Eficiência Administrativa, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, em caso de mera repetição de procedimento licitatório no qual o órgão jurídico já tenha aprovado a minuta de edital, não se mostra necessário o reenvio do mesmo instrumento para nova apreciação. No entanto, em caso de dúvida jurídica ulterior, o órgão assessorado pode sempre submeter a questão à análise jurídica.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos casos de procedimentos licitatórios que resultaram desertos ou tiveram itens cancelados, a abertura de novo procedimento licitatório, que constitua mera repetição de procedimento anterior, sem que tenham ocorrido alterações no modelo de minuta de edital adotada, nos descritivos e quantitativos de itens/lotes, e anexos, dispensa o reenvio desses atos para análise e aprovação deste órgão de consultoria jurídica.

Tal procedimento não ofende o disposto no art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93, já que por ocasião da licitação que restou deserta, ou que teve itens cancelados, houve prévia análise das minutas de edital e anexos pelo órgão de assessoramento jurídico. Ao contrário, atende aos princípios da celeridade, eficiência e economicidade.

A eficiência na Administração Pública encarta o dever de que sejam otimizados os meios disponíveis ao administrador público para obtenção dos resultados pretendidos com ação administrativa. Logo, reduz-se o poder de escolha dos meios disponíveis, devendo ser adotado aquele que cause menor ônus e traga, com a mesma eficácia, o resultado pretendido.

Nesse sentido, explica Alexandre Santos de Aragão que "[a] eficiência não pode ser entendida apenas como a maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 73).

Contudo, a dispensa de reenvio somente resta autorizada no caso de mera repetição do procedimento licitatório. Nesses casos, é cabível o aproveitamento do parecer de aprovação anteriormente emitido, no novo procedimento licitatório.

Em caso de alterações que impliquem mudança no modelo de minuta de edital, pelo órgão licitante, como por exemplo licitação exclusiva que se transforma em licitação de ampla competição, permanece a obrigatoriedade do reenvio das minutas para análise e aprovação prévia, nos termos do art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES Nº 19, DE 10 DE JANEIRO DE 2022. PARECER n. 00011/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

NUP: 00688.001043/2020-82 - SEQ. 25.

Lei nº 14.133, de 2021: art. 53.

INDEXADOR: MINUTA DE EDITAL. APROVAÇÃO. REPETIÇÃO DO PROCEDIMENTO COM MERA REPETIÇÃO DO INTRUMENTO. DESNECESSIDADE DE NOVA ANÁLISE DO ÓRGÃO JURÍDICO.

ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.

PERGUNTA P15: É possível a adesão de órgão públicos da Administração Direta Federal a atas de registros de preços decorrente de contratação baseada na Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios?

RESPOSTA: Não. A Lei da Estatais (Lei nº 13.303, de 2016) estabelece procedimento de contratação que tem como premissa a relação de igualdade entre contratantes e contratados, diferente das Leis nº 8.666, de 1993 e nº 14.133, de 2021, que preveem a supremacia e indisponibilidade do interesse público, com a possibilidade de adoção, inclusive, das chamadas "cláusulas exorbitantes".

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), em seu art. 66, fez expressa alusão ao Sistema de Registro de Preços destinado às licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista. Vejamos o dispositivo:

> *Art. 66. O Sistema de Registro de Preços especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei reger-se-á pelo disposto em decreto do Poder Executivo e pelas seguintes disposições:*
>
> *§ 1º Poderá aderir ao sistema referido no caput qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1o desta Lei.*
>
> *§ 2º O registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:*
>
> *I - efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;*
>
> *II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;*
>
> *III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;*
>
> *IV - definição da validade do registro;*

> *V - inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.*
>
> *§3º A existência de preços registrados não obriga a administração pública a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições. (Grifo nosso)*

Pela leitura do dispositivo, já é possível identificar que o Sistema de Registro de preços previsto pela Lei nº 13.303/2016 é «especificamente destinado às licitações» por ela disciplinadas. Isso, per si, já indica que se trata de um procedimento próprio para as estatais, motivo pelo qual a adesão por órgãos da Administração direta pode restar prejudicada.

Convém lembrar que o regime de contratação admitido pela Lei nº 13.303/2016 difere estruturalmente do regime estabelecido pela Lei nº 8.666/93 ou mesmo pela Lei nº 14.133/2021. Há profunda alteração no regime jurídico contratual proposto pela Lei nº 13.303/2016 pois, embora tenha faltado inventividade ao legislador, em relação ao texto, ele propõe mudança substancial ao reformular as disposições atinentes às prerrogativas administrativas.

Pois bem, de forma diversa do preconizado pela Lei nº 8.666/93, que estabelece uma relação contratual "verticalizada", na qual a Administração Pública detém diversas prerrogativas extraordinárias ou extravagantes, na Lei das estatais (Lei nº 13.303/2016), a relação contratual sofre certa "horizontalização", uma vez que boa parte das prerrogativas são suprimidas.

Neste prumo defendemos, em outra oportunidade:

Assim, se no contrato administrativo decorrente da Lei nº 8.666/1993, a estatal poderia gozar de prerrogativas como rescisão unilateral, alteração unilateral do contrato e ocupação provisória, no contrato submetido ao regime da Lei das estatais essas prerrogativas inexistem. Da mesma forma, a Lei nº 13.303/2016 não justifica regras draconianas como a prevista no inciso XV do artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, que apenas admite a suspensão da prestação da atividade contratada, pelo contratado, em caso de atraso de pagamento por parte da Administração, quando este atraso superar o limite de 90 (noventa) dias!

Esta mudança, que parece singela, muda todo o pano de fundo das relações contratuais firmadas pelas estatais. Embora as redações dos dispositivos pareçam semelhantes, como ao tratar sobre alterações contratuais, eles pressupõem uma relação mais equilibrada, na qual, por

exemplo, as alterações contratuais devem ser consensuais (BARCELOS, Dawison. TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações e contratos nas empresas estatais. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 532).

Em nosso entender, esta é a interpretação jurídica adequada, tendo em vista que admitir a adesão à ata de estatais, por órgãos da Administração Pública Direta, significaria dispor discricionariamente do regime jurídico definido pelo legislador para os contratos administrativos.

Se essa livre disposição não é possível, também não parece admissível que o fornecedor registrado, que participou de uma licitação para fornecimento a estatais, baseado no regime da Lei nº 13.303/2016, possa ser impelido, pela adesão, a se submeter às prerrogativas extraordinárias decorrentes da adesão por um órgão público. Esta imposição, além de ilegítima, afetaria a própria equação econômica da contratação.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES Nº 20, DE 25 DE JANEIRO DE 2022. Parecer n. 00002/2022/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

NUP: 00688.001043/2020-82 - SEQ. 30.

INDEXADOR: MINUTA DE EDITAL. APROVAÇÃO. REPETIÇÃO DO PROCEDIMENTO COM MERA REPETIÇÃO DO INTRUMENTO. DESNECESSIDADE DE NOVA ANÁLISE DO ÓRGÃO JURÍDICO.

SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO.

PERGUNTA P16: Quais os casos em que a Administração Pública Federal poderá substituir o contrato por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço?

RESPOSTA: Nas dispensas de licitação em razão do valor (art. 75, incisos I e II, da Lei nº 14.133, de 2021) independentemente do objeto, do prazo de vigência, do parcelamento do fornecimento, da existência ou não de obrigações futuras e da forma empregada para selecionar o contratado. Também em compras de qualquer valor, desde que prevejam a entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto à assistência técnica.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Esclarecedora e suficiente a "Exposição de Motivos" da Orientação Normativa/E-CJU nº 17 de 17 de setembro de 2021, transcreve-se abaixo:

"Na Lei nº 8.666/93, notadamente em seu artigo 62, o instrumento de contrato é obrigatório nas licitações ou contratações diretas com valores adstritos aos limites das modalidades concorrência e de tomada de preços, sendo facultativo nas demais situações 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. Além disso, o instrumento contratual, por conta do §4º do artigo 62, seria dispensável e substituível, 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".

Vejamos o dispositivo:

> *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. 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. (grifo nosso)*

Já a Lei nº 14.133/2021 tratou a obrigatoriedade do instrumento contratual de maneira sutilmente diferente. Segundo seu artigo 95, o instrumento de contrato será, via de regra, obrigatório. Contudo, em algumas hipóteses, a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Pelo referido dispositivo, as hipóteses de substituição seriam as contratações de dispensa de licitação em razão de valor e as compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto **à** assistência técnica, independentemente de seu valor.

Vejamos o dispositivo retromencionado:

> *Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:*
>
> *I - dispensa de licitação em razão de valor;*
>
> *II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.*
>
> *§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.*
>
> *§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

Realmente, de acordo com o artigo 95, embora o instrumento contratual seja obrigatório, será facultativo nas dispensas de licitação em razão de valor e, independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, que não resultem obrigações futuras (inclusive assistência técnica).

São hipóteses autônomas. Desta maneira, mesmo que a contratação envolva obrigações futuras, na hipótese em que ela esteja inserida entre os valores pertinentes às dispensas de pequeno valor, o instrumento contratual não será obrigatório.

Importante destacar que, mesmo nos casos em que o instrumento contratual é facultativo, pode o gestor optar pela sua utilização. Outrossim, optando pela não adoção do instrumento contratual, sua substituição por um dos instrumentos alternativos (como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço) é obrigatória.

Em síntese: nas hipóteses de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, em que as obrigações entre as partes restem resolutas com a aquisição e pagamento, independentemente do valor do negócio jurídico, é facultada a substituição do contrato pelos instrumentos hábeis indicados neste artigo; nas demais espécies de contratações, como obras, compras e serviços, o instrumento contratual torna-se obrigatório naquelas licitações ou contratações diretas que não compreendam dispensa em razão de valor.

Nesse ponto, convém ressaltar que, nas dispensas de pequeno valor, o instrumento contratual é dispensável e pode ser substituído por outro instrumento hábil, mesmo que da contratação resultem obrigações futuras, inclusive relacionada à assistência técnica ou a entregas parceladas.

O legislador presumiu que o baixo valor envolvido torna desnecessário o instrumento contratual. Sob a égide da Lei nº 8.666/93, essa presunção era ainda mais arrojada, uma vez que usava como referência o limite de valor da modalidade convite (conforme caput do artigo 62).

De qualquer forma, a intenção do legislador foi tornar obrigatória a utilização do instrumento contratual nas contratações com valores mais relevantes, dispensando-a em contratações de menor valor e naquelas que, mesmo ultrapassando tal patamar, tornem o instrumento desnecessário, como ocorre nos casos de "compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica".

Realmente, a função do instrumento contratual é regular obrigações, alocar riscos e criar incentivos para facilitar as trocas (contratações). Em trocas (contratações) simples ou de baixo valor, o instrumento contratual não se justifica, pois sua exigência, *per se*, já amplia custos transacionais que podem superar os benefícios da contratação."

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA/E-CJU AQUISIÇÕES Nº 21, DE 01 DE JUNHO DE 2022. NOTA nº 199/2022/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU E DESPACHO N. 051/2022/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

NUP: 00688.001043/2020-82 - SEQ. 46.

Lei nº 14.133, de 2021: art. 95.

INDEXADOR: HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO POR INSTRUMENTO EQUIVALENTE NO ÂMBITO DA LEI Nº 14.133/21.

PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

PERGUNTA P17: É necessária a elaboração dos artefatos de planejamento da contratação (Documento de Formalização da Demanda, Estudos Técnicos Preliminares, Mapa de Gerenciamento de Riscos) também pelos órgãos participantes nos casos em que há vinculação administrativa entre estes e o órgão gerenciador, e norma disciplinando o planejamento conjunto?

RESPOSTA: Quando há definição prévia da centralização das contratações, vinculação administrativa e planejamento conjunto, com a participação das unidades envolvidas, para a realização de uma licitação para registro de preços, é desnecessária a juntada individualizada (para cada unidade), no processo, dos artefatos ETP e Mapa de Riscos. Esta desnecessidade, contudo, não ocorre quando a participação na licitação para Registro de Preços se dá através de IRP ou por órgãos sem vinculação administrativa entre si, hipótese na qual deve o órgão realizar as etapas de planejamento pertinentes, avaliando as soluções disponíveis no mercado e, se for o caso, os riscos envolvidos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A formalização de uma contratação pela Administração Pública, seja de obra, serviço ou compra, deve ser precedida de um procedimento administrativo interno. É na denominada "fase interna" da licitação que a Administração Pública define a sua pretensão contratual, estabelecendo os parâmetros para a contratação.

Nesse sentido, tem-se que a Instrução Normativa nº 05, de 26 de setembro de 2017, editada pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria de Gestão, dispõe sobre as regras e diretrizes dos procedimentos de contratação de serviços sob o regime de execução indireta, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Esse normativo instituiu, em seu art. 1º, inciso I, as fases que compreendem a contratação, quais sejam: I) *Planejamento da Contratação, II) Seleção do Fornecedor e III) Gestão do Contrato*. Ademais, a IN nº 05/2017 indicou que o nível de detalhamento de informações necessárias para instruir cada fase da contratação deverá considerar a análise de risco do objeto

contratado (parágrafo único do art. 19).

Como sabido, o Registro de Preços é um procedimento auxiliar que facilita a atuação da Administração no tocante a contratações futuras. Tal procedimento auxiliar possui diversas vantagens, como, por exemplo, a permissão de colaboração entre órgãos administrativos. Conforme preleciona Sidney Bittencourt:

> *Trata-se de solução inteligente de planejamento e organização na logística de aquisição de bens e serviços no setor público, porquanto, entre outros benefícios, reduz significativamente os custos de estoque.*
>
> *Com a adoção do SRP, a Administração passa a deter um estoque virtual, sem a necessidade dos gastos com armazenagem.*
>
> *O SRP baseia-se no conceito do sistema de administração da logística da produção adotado no âmbito privado denominado just in time, que se orienta apoiado na ideia de que nada deve ser produzido, transportado ou comprado antes do momento exato da necessidade (BITTENCOURT, Sidney. Contratando sem licitação. São Paulo: Almedina, 2016. p. 198).*

Em princípio, numa licitação para SRP com órgão gerenciador e participantes, compete a cada órgão formular seu planejamento próprio e, com isso, produzir o seu Estudo Técnico Preliminar, mesmo que de maneira simplificada, tendo em vista que algumas informações serão compiladas no documento de planejamento do órgão gerenciador.

Contudo, esta premissa deve ser interpretada com inteligência e sensibilidade. Necessário que a aplicação tópica da norma jurídica atente para princípios basilares à atuação administrativa, entre eles, o princípio da eficiência, o qual, inserido no texto constitucional pela EC nº 19/98, passou a expressamente vincular e nortear a administração pública, exigindo que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Ora, diante da competência concentrada para a realização da licitação e, sobretudo, o diálogo prévio pelas unidades envolvidas, quando da realização de seu pertinente planejamento, é deveras despiciendo exigir a repetida juntada de documentos similares, por todos os órgãos participantes da licitação.

Realmente, se o planejamento é feito de forma conjunta, a elaboração destes artefatos de maneira descentralizada entre as unidades gestoras seria desnecessária e ineficiente, apegada apenas ao formalismo de juntada documental, pois teria apenas efeito proforma.

O respeito ao princípio da eficiência tem relação direta com a concepção de Estado Democrático de Direito, no qual as regras e a atuação administrativa buscam dar garantias à coletividade, mas também protegem o indivíduo, inclusive, de uma atuação exageradamente onerosa ou ineficiente do Estado que ele sustenta, através dos tributos. Conforme explica Alexandre Santos de Aragão, "todo ato, normativo ou concreto, apenas será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico" (ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, nov./dez. 2005. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br.

Sendo assim, por uma questão de racionalidade e eficiência, na situação em que há definição prévia da centralização das contratações e planejamento conjunto, com a participação das unidades envolvidas, é desnecessária a juntada de diversos artefatos que, na prática, representarão mera repetição do planejamento conjunto outrora realizado.

Bom salientar, esta desnecessidade não ocorre quando a participação na licitação para registro de Preços se dá através de IRP ou por órgãos sem vinculação administrativa entre si, pois, na hipótese, inexistiria planejamento prévio e conjunto.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER N. 01887/2020/NUCJUR/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU.

NUP: 65402.011829/2020-11 - SEQ. 08.

Lei nº 14.133, de 2021: art. 86.

INDEXADOR: ELABORAÇÃO DO ARTEFATOS DE PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA ENTRE ÓRGÃO GERENCIADOR E PARTICIPANTES.

DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO.

PERGUNTA P18: É possível, nos termos do Acórdão nº 1211/2021-Plenário, a inclusão, como documentos complementares da habilitação, de expedientes que deveriam ser encaminhados junto com a proposta, mas não o foram por erro do licitante?

RESPOSTA: Não. Em que pese o entendimento esposado pelo TCU, a observância das normas do Decreto nº 10.024, de 2019, que estabelecem a necessidade de apresentação de documentação de habilitação juntamente com a proposta deve ser mantida.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

É esclarecedor e suficiente o raciocínio jurídico exposto pelo Dr. Victor Ximenes Nogueira, Diretor do DECOR/CGU à época da construção do entendimento jurídico acima exposto. Transcreve-se:

"Em atenção ao preceito do formalismo moderado que rege as licitações públicas, a legislação admite que, após o prazo editalício fixado para apresentação dos documentos de habilitação, sejam realizadas diligências instrutórias para esclarecimentos e eventual apresentação de documentação complementar, de maneira que dúvidas relacionadas ao efetivo preenchimento dos requisitos de habilitação sejam devidamente elucidadas, tudo em prol da obtenção da melhor proposta para a Administração. Esta concessão legal para apresentação de documentação complementar, prevista no § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, e aplicável à modalidade pregão, em sua forma eletrônica, por força do que disciplina o art. 4º, inciso XII, e art. 9º, da Lei nº 10.520, de 2002; e o art. 26, § 9º do Decreto nº 10.024, de 2019, não representa, por expressa determinação legal, nova oportunidade para remessa de documentação que já deveria ter sido apresentada ao tempo da entrega da proposta e abertura da sessão pública, sob pena de violação aos preceitos da legalidade e da isonomia.

Na espécie, observa-se que a melhor exegese a respeito da aplicação do preceito do formalismo moderado deve considerar e ponderar, além da obtenção da melhor proposta para a Administração, os demais objetivos das licitações públicas resguardados pelo art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, notadamente o princípio constitucional da isonomia, o qual assegura a todos os potenciais interessados condições equânimes de disputa, por conseguinte, compatibilizando tais objetivos legais, o legislador ordinário, em comando normativo claro e objetivo, facultou a possibilidade de

realização de diligências destinadas a complementar a instrução processual, vedando, no entanto, a "inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta" (§ 3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993).

Desta forma, ponderando os preceitos do formalismo, da isonomia e da obtenção da melhor proposta em favor da Administração, o legislador ordinário enunciou norma para compatibilizá-los, admitindo a possibilidade de apresentação de documentos complementares, voltados ao esclarecimento de dúvidas relacionadas aos documentos tempestivamente apresentados, não obstante, estabeleceu explicitamente impedimento à apresentação de documento que já deveria ter sido remetido com a proposta, tudo a bem do regular curso do iter procedimental do certame, da isonomia, para evitar tumultos processuais protelatórios e comportamentos abusivos.

Não cabe, pois, ao administrador público conferir interpretação que ultrapasse sobremaneira o teor semântico inequívoco dos termos utilizados pela lei, nem tampouco poderá substituir o juízo de ponderação de valores e preceitos já realizados pelo legislador, sob pena de subverter a aplicação da lei, a que deve estrita subserviência.

Enfatize-se, por pertinente, que o art. 8º, inciso XII, alínea "h"; o art. 17, inciso VI; e o art. 47; todos do Decreto 10.024, de 2019, admitem que o pregoeiro adote medidas para saneamento de falhas e erros, desde que "não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica", contudo, não se pode olvidar que o § 2º do art. 26 do regulamento do pregão eletrônico dispensa tão somente a apresentação de documentos de habilitação que constem no Sicaf, por conseguinte, não há razão hermenêutica para fazer prevalecer a tese que enseja a absoluta ineficácia das disposições regulamentares que são claras ao fixar prazo para apresentação dos documentos de habilitação e admitir a possibilidade de realização de diligências instrutórias para fins de obtenção de documentação complementar, que elucide àquela tempestivamente apresentada ao tempo da abertura da sessão pública.

Em outros termos, o 8º, inciso XII, alínea "h"; o art. 17, inciso VI; e o art. 47; todos do Decreto 10.024, de 2019; decorrem, logicamente, da apresentação pelo licitante e da análise pelo pregoeiro de documentos de habilitação, uma vez que a "substância" destes documentos não pode ser modificada pelas medidas saneadoras, o que confirma e corrobora o entendimento ora consolidado no sentido de que estas diligências instrutórias, quando necessárias, não se voltam para obtenção de documentação nova, não se trata, pois, da concessão de nova oportunidade para apresentação de documentos de habilitação, destinando-se tão somente à coleta de documentos complementares, elucidativos daqueles anteriormente remetidos no prazo editalício."

Nesse sentido, em que pese o entendimento esposado pelo TCU, a observância das normas do Decreto nº 10.024, de 2019, que estabelecem a necessidade de apresentação de documentação de habilitação juntamente com a proposta deve ser mantida.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União pelo DESPACHO n. 00741/2021/GAB/CGU/AGU.

NUP: 00688.000716/2019-43 - SEQS. 549 A 552.

Lei nº 14.133, de 2021: art. 64.

INDEXADOR: DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO. DECRETO Nº 10.024/19. NECESSIDADE DE ENCAMINHAMENTO JUNTO COM A PROPOSTA.

PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE.

PERGUNTA P19: É necessária a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas?

RESPOSTA: Sim. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos.

A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito.

Recomenda-se aos agentes da administração pública federal encarregados de realizar contratações públicas que, no exercício de suas atribuições funcionais, consultem o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade no âmbito das contratações públicas não é uma faculdade dos órgãos e entidades da administração pública federal, mas um dever. Tal proceder é corolário do princípio constitucional da sustentabilidade (arts. 3º, 170, VI e 225, da Constituição), norma jurídica que postula do Estado medidas concretas de proteção ao meio ambiente, em suas múltiplas expressões, particularmente a conformação do exercício do poder de compra estatal, com vistas à realização de contratações sustentáveis.

Em segundo lugar, é uma exigência devidamente explicitada pelo art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, que coloca a licitação como meio garantidor da promoção do desenvolvimento nacional sustentável ("A licitação destina-se a garantir a ... promoção do desenvolvimento nacional sustentável").

Destaca-se que o art. 2º do recente Decreto nº 10.024, de 2019, é igualmente assertivo ao prever que o desenvolvimento sustentável é um princípio condicionante da modalidade pregão e que será observado nas etapas do processo de contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural. É dizer, a validade do pregão está condicionada à observância de práticas e critérios de sustentabilidade em todas as etapas do processo de contratação.

Nesse sentido, o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União, já em sua 5ª edição, foi concebido com o intuito de suprir essa lacuna. De fato, trata-se de um instrumento facilitador, que, didática e objetivamente, orienta os agentes públicos a respeito do passo a passo de uma contratação sustentável.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00001/2021/CNS/CGU/AGU, aprovado pelo Subconsultor-Geral da União pelo DESPACHO n. 00525/2021/GAB/CGU/AGU.

NUP: 00688.000723/2019-45 - SEQS. 264 A 267.

LEI Nº 14.133, de 2021: Art. 5º. Art. 11, inc. IV. Art. 144.

INDEXADOR: PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE. OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE TAIS CRITÉRIOS E PRÁTICAS DEVERÁ SER JUSTIFICADA PELO GESTOR COMPETENTE NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

CONTRATAÇÃO DIRETA

PERGUNTA P20: Nas contratações diretas (dispensa e inexigibilidade), as empresas estrangeiras que não funcionem em território nacional devem ter representação legal no Brasil?

RESPOSTA: Empresas estrangeiras que não funcionem no País, em regra, devem ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. Excepcionalmente, nas contratações diretas, a Administração Pública pode contratar com empresas estrangeiras que não funcionem no País e que não disponham de representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente desde que reste evidente o interesse público, mediante justificativa adequada e satisfatória.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A exigência legal constante do art. 32, § 4°, da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, de que "as empresas estrangeiras que não funcionem no País" devem ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente", alcança as licitações e as contratações diretas em geral.

Contudo, a depender do caso concreto, e adotadas as devidas cautelas por parte da Administração Pública, parece viável o afastamento da exigência normativa de representante legal, justificando-se adequadamente e de forma satisfatória as razões de tal medida.

Ressalte-se que, a despeito do art. 32, § 4° da Lei n° 8.666, de 1993, fazer menção às licitações internacionais, o entendimento é de que ele se estende às contratações diretas, tal qual as demais disposições atinentes à habilitação. De fato, a verificação das condições de habilitação é essencial para a segurança da contratação, independentemente de o contrato originar-se de procedimento licitatório ou restar configurada hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Todavia, conforme exposto inicialmente, a previsão do art. 32, §4° da Lei n° 8.666, de 1993, parece não ser absoluta, podendo existir alguns casos específicos excepcionais possíveis de motivar a sua não aplicação. A própria Lei n° 8.666, de 1993, no §6°, do art. 32, excepciona expressamente a exigência de representação legal no Brasil em determinadas hipóteses

de contratações internacionais.

Além disso, o termo "tanto quanto possível", que consta no próprio § 4º do art. 32, aparenta revelar que as imposições legais que seguem exigidas na norma devem em regra ser observadas, mas podem ser excepcionadas desde que haja elementos que justifiquem a medida de exceção. O verbo "poderão", que consta no art. 20-A, inc. II, alínea "b" da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018, aparenta ter inspiração no termo "tanto quanto possível".

Sendo assim, a exigência de representante legal no Brasil se justifica para proteger a própria Administração Pública de eventuais problemas/necessidades com o futuro contratado, no entanto, se tal medida se revela capaz de causar eventuais prejuízos em algum caso específico, não há razão para manutenção da regra legal, cabendo ponderação da regra com as devidas justificativas.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00008/2022/DECOR/CGU/AGU, e DESPACHO n. 00063/2022/DECOR/CGU/AGU, aprovados pelo Consultor-Geral da União pelo DESPACHO n. 00219/2023/GAB/CGU/AGU.

NUP: 08006.000265/2021-01 - SEQS. 20 A 24.

LEI Nº 14.133, de 2021: No tocante ao regulamento dado à matéria pela Nova Lei de Licitações, o Parágrafo Único do art. 70, ao tratar dos documentos necessários à fase de habilitação, afirma apenas que "as empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal". Contudo, conforme a lista constante do link *https://www.gov.br/compras/pt-br/nllc/lista-de-atos-normativos-e-estagios-de-regulamentacao-da-lei-14133-de-2021.pdf (QRCODE abaixo),* o referido artigo ainda está pendente de regulamentação.

Por tal motivo, acredita-se não garantir segurança jurídica emitir posicionamento sobre o tema em caráter abstrato. Recomenda-se que, em análise em concreto, caso o gestor entenda necessário, elabore consulta jurídica ao órgão de assessoramento sobre quais são as medidas jurídicas adequadas para resguardar a Administração em contratações

diretas com empresas estrangeiras.

INDEXADOR: CONTRATAÇÃO DIRETA. EXIGÊNCIA NORMATIVA DE REPRESENTAÇÃO LEGAL NO BRASIL DA EMPRESA ESTRANGEIRA QUE NÃO FUNCIONA NO TERRITÓRIO NACIONAL.

ARBITRAGEM. LEI Nº 14.133, DE 2021.

PERGUNTA P21: É cabível a adoção da arbitragem na contratação de bens comuns?

RESPOSTA: Em regra, a adoção da arbitragem apresenta-se como instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização das contratações de bens comuns.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante à arbitragem, sabe-se que a Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou a Lei de Arbitragem, ampliando, expressamente, o âmbito de aplicação deste meio alternativo de solução de litígios à Administração Pública direta e indireta.

Igualmente, a previsão desse instituto passou a constar expressamente da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, nos seguintes termos:

> *Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.*
>
> *Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.*
>
> *Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.*
>
> *Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.*

> *Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.*

Nessa toada, convém destacar que a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, utilizou o termo "poderão" para conferir aos gestores o caráter discricionário e facultativo na adoção da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias nas hipóteses relacionadas a "direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações".

Entretanto, tal discricionariedade administrativa não representa absoluta liberalidade para adoção da arbitragem, decorrendo, na verdade, da impossibilidade do legislador em abstrato eleger a medida administrativa mais adequada diante das peculiaridades que podem ocorrer em cada caso concreto.

Como bem aponta o Núcleo Especializado em Arbitragem, a "experiência já conhecida nas arbitragens envolvendo a Administração Pública dos diversos entes da federação, pode-se afirmar que a celeridade obtida por meio da ausência de recursos – e outras características da jurisdição arbitral – se adequa fundamentalmente para contratos celebrados pela Administração Pública, nas modalidades de concessão e PPP, bem como para empreendimentos na área de infraestruturas públicas em geral e para contratos de alta complexidade técnica. É importante ressaltar que cada contrato merece uma análise concreta, mas, em geral, nesses tipos de contratações, eventuais conflitos surgidos não podem se alongar por longos anos, sob pena de gerar prejuízo à prestação do serviço ou à operação da infraestrutura ou até inibir investimento considerados prioritários".

Nessa senda, os incisos XIII e XIV do artigo 6º Lei nº 14.133, de 2021, mantêm os conceitos de bens e serviços comuns, tal como de bens e serviços especiais, definidos pelo Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns.

Por sua vez, o inciso XLI do artigo 6º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos determina que o pregão é a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto.

Aliás, a intenção da novel legislação estabelece que "sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes" (art. 25, §1º), determinando, inclusive, que "os órgãos da Administração com competências regulamentares

relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos; e instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos" (art. 19, incs. II e IV).

Daí porque nos contratos que tenham por objeto bens comuns pelos quais os artefatos do planejamento da contratação são essencialmente padronizados, a resolução dos conflitos deve ser submetida, em regra, à jurisdição estatal, ao passo que a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada.

Pelo exposto, nas contratações de bens comuns, a arbitragem apresenta-se, em regra, como um instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização, de modo a afastar a discricionariedade insculpida no artigo 151 da Lei de Licitações.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER N. 00007/2022/ADVNEA/NEA/CGU/AGU.

NUP: 90795.000032/2021-31– SEQS. 13-18.

Lei nº 14.133, de 2021: art. 151 e seguintes.

INDEXADOR: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AQUISIÇÃO DE BENS COMUNS. ARBITRAGEM. LEI Nº 14.133, DE 2021.

PESQUISA DE PREÇOS.

PERGUNTA P22: É necessária a adoção do procedimento de pesquisa de preços, para fins de análise de vantajosidade, nos acréscimos do objeto contratual?

RESPOSTA: Não é obrigatória a realização de pesquisa de preços para fins de aditamento unilateral e acréscimo quantitativo do objeto nos contratos administrativos, contudo, a necessidade de nova pesquisa de preços deve ser decidida tecnicamente pelo órgão assessorado diante das circunstâncias que premeiam e são próprias de cada caso concreto.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, assim dispõe o artigo 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *I - unilateralmente pela Administração:*
>
> *a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*
>
> *b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (grifos nossos)*
>
> *II - por acordo das partes:*
>
> *a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*
>
> *b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*
>
> *c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*
>
> *d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
>
> *§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos.*

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

(...)

Por sua vez, a novel Lei de Licitações e Contratos Administração, estabelece o seguinte:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;

b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo entre as partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

§ 1º Se forem decorrentes de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia ensejarão

apuração de responsabilidade do responsável técnico e adoção das providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração.

§ 2º Será aplicado o disposto na alínea "d" do inciso II do caput deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.

Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).

Art. 126. As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação.

Art. 127. Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei.

Art. 128. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

Percebe-se que nas duas Leis, o legislador determinou a obrigatoriedade de o contratado aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos. Nada se disse, todavia, sobre a necessidade ou não de realização de pesquisa de preços para tanto.

Sobre o tema, impende ressaltar que o Egrégio Tribunal de Contas da União possui jurisprudência no sentido da comprovação da vantajosidade mesmo nas hipóteses de aditamento contratual. Vejamos:

As alterações do objeto contratado devem ser precedidas de procedimento administrativo no qual fique registrada a justificativa das alterações tidas por necessárias, embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem como restar caracterizada a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações. Ademais, a justificativa técnica para o aditamento contratual deve ainda contemplar a análise dos quantitativos e dos valores dos serviços aditados, inclusive com pesquisas de mercado para justificar a economicidade do termo de aditamento contratual.

Em autos de Representação acerca de possíveis irregularidades em concorrência pública realizada pela Secretaria de Infraestrutura do Estado de Mato Grosso (Seinfra/MT), e no contrato dela decorrente, no valor original de R$ 32.008.472,79, para a elaboração de estudos ambientais e a posterior prestação de serviços de supervisão e gerenciamento ambiental da implantação e pavimentação da Rodovia BR-174/MT, fora identificado o acolhimento de solicitação de termo aditivo no valor de R$ 5.204.950,02 e de prorrogação de prazo de execução em noventa dias, sem qualquer exame relativo aos valores propostos pela empresa contratada para os novos serviços. Em juízo de mérito, o relator anotou que "em princípio, o aditamento contratual poderia ser admitido, pois se trata de nítida alteração qualitativa, que objetivamente encontra amparo no art. 65, inciso I, alínea a, e §3° da Lei 8.666/1993". No entanto, "as alterações do objeto licitado deveriam ser precedidas de procedimento administrativo no qual ficasse adequadamente registrada a justificativa das alterações tidas por necessárias, que deveriam ser embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem como deveria restar caracterizada a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações. Nesse sentido, cito os Acórdãos Plenários 2.161/2011, 517/2011, 1.597/2010, 2.588/2010, 2.032/2009, 2.053/2015 e 2.714/2015. Por óbvio, a justificativa técnica para o aditamento contratual deve invariavelmente realizar crivo dos quantitativos e dos valores dos serviços aditados, inclusive realizando pesquisas de mercado para justificar a economicidade do termo de aditamento contratual, procedimento este não realizado pelo órgão contratante". Considerando que o órgão manifestante informou que ainda não realizara o referido aditamento, o Tribunal, ao acolher o juízo de mérito da relatoria, considerou parcialmente procedente a Representação e deu ciência à Seinfra/MT, com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes, de que é irregular acolhimento de pleito para celebração de termo aditivo "com ausência de análise aprofundada referente ao orçamento apresentado pela contratada, cujo exame deveria ser embasado em robusta justificativa técnica que realizasse o crivo dos quantitativos de mão de obra, equipamentos e demais insumos necessárias aos serviços, bem como dos valores unitários dos serviços e insumos aditados", com a realização, inclusive, de pesquisas

de mercado para justificar a economicidade do aditamento contratual. Acórdão 3053/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler (Informativo TCU nº 313).

A economicidade da contratação alcançada no certame licitatório deve ser preservada em casos de alterações contratuais, por força dos princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da vinculação ao instrumento convocatório e ao contrato.

Levantamento de Auditoria realizado em obras de adequação da BR-101, no estado do Rio Grande do Norte, apontara, dentre outras ocorrências, a substituição de técnica construtora de muros de contenção (de terra armada por terra firme), em que o Dnit deixara de atestar a equivalência entre a qualidade e a durabilidade dos produtos, bem como a compatibilidade do preço da técnica substituta com aqueles praticados no mercado. A unidade instrutiva, rebatendo justificativas apresentadas nos autos, consignou que a especificação técnica de terra armada constante no projeto fazia efetivamente parte do edital e devia ser observada pelos licitantes, ressaltando que suposto equívoco nessa especificação não poderia justificar a modificação da metodologia de execução do serviço sem a devida revisão de custos. O relator, por sua vez, acolhendo o exame empreendido pela unidade técnica, adicionou que "a economicidade da contratação não diz respeito apenas à fase licitatória, na qual é protegida pelo art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, mas deve ser preservada nos momentos de alteração contratual, por força dos princípios da seleção da proposta mais vantajosa e da vinculação ao instrumento convocatório e ao contrato, enunciados nos arts. 2º, caput, e 66 do referido diploma. Uma vez que a alteração do contrato constitui exceção ao princípio da vinculação ao que foi pactuado, na repactuação também se deve preservar a economicidade do ajuste e o equilíbrio entre obrigações e direito das partes, no qual o preço ocupa papel de destaque". Tratando da responsabilidade pelo ato questionado, o relator destacou que o supervisor regional do Dnit e fiscal da obra analisou e aprovou a proposta de alteração do tipo do muro de contenção e omitiu-se, culposamente, "de atentar para a diferença nos insumos das duas soluções e, portanto, para a necessidade de verificar a compatibilidade do preço pactuado para o serviço terra firme com aqueles praticados pelo mercado". Da falha do agente público, prosseguiu o condutor do processo, "resultou dano ao erário, o qual não foi ressarcido pelo consórcio contratado na via administrativa, levando à necessidade de instaurar Tomada de Contas Especial". Face ao que expôs a relatoria, o Colegiado aplicou a multa prevista no art. 58, inc. II, da Lei 8.443/92 e determinou ao Dnit a remessa ao TCU da respectiva Tomada de Contas Especial. Acórdão 677/2015-Plenário, TC 005.427/2009-2, relator Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa (Informativo TCU nº 236).

Por outro lado, aponta o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União:

> *Sobre esse aspecto, entende-se que essa análise da vantajosidade deve ser empreendida mediante a análise cumulativa, sob a ótica da variação de preços, em conjunto com as demais justificativas de ordem econômica, administrativa ou outra pertinente, para então decidir sobre o acréscimo do objeto sem realização de pesquisa de preços.*
>
> *No que tange a este ponto, entende-se que o gestor deve ter acuidade para não adotar justificativas subjetivas, ainda que de ordem econômica, administrativa ou outra pertinente, sem parâmetros correlacionados com a lei ou atos normativos, para fins de atestar a vantajosidade.*
>
> *Apesar dos entendimentos existentes no sentido de que a regra deve ser a realização de pesquisa de preços, entende-se que o legislador não impôs esta regra quando do acréscimo do objeto, pelo contrário, estatuiu que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões.*
>
> *No caso concreto destes autos, o assessorado defendeu a não realização de nova pesquisa de preços, assim como consignou que seriam adotados os mesmos preços anteriores. Nessa situação, o gestor permanece com o ônus de justificar a vantajosidade à luz do cenário da ocasião. Dito de outra forma, se os preços antecedentes, utilizados novamente quando do acréscimo, e consideradas outras variáveis, homenageiam a vantajosidade exigida pelo ordenamento jurídico.*
>
> *Os momentos adequados (e.g. após 12 meses no caso de reajuste) e as hipóteses legais de reajuste contratual e reequilíbrio econômico-financeiro não se confundem com o acréscimo de objeto ao qual o contratado está obrigado.*

Pelo exposto, "embora a pesquisa de preços não seja obrigatória no âmbito do acréscimo de objeto, não está descartada ou vedada a realização de pesquisa de preços por parte do gestor, que deve analisar o contexto econômico e o contrato (e.g. meses de inflação, deflação, tipo de produto a ser adquirido etc.), para fins de decidir pela realização de nova pesquisa de preços previamente ao acréscimo de objeto".

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER N. 00021/2022/DECOR/CGU/AGU.

NUP: 08001.004855/2018-49 – SEQS. 28-31.

Lei nº 14.133, de 2021: Arts. 124 e seguintes.

INDEXADOR: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ACRÉSCIMO DO OBJETO. COMPROVAÇÃO DA VANTAJOSIDADE. PESQUISA DE PREÇOS.

PENALIDADES. LEI Nº 8.666, DE 1993. PREGÃO

PERGUNTA P23: É cabível a aplicação das penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na licitação pela modalidade pregão regida pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002?

RESPOSTA: A aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993, que é expressamente determinada pelo artigo 9º da Lei nº 10.520, de 2002, admite que o artigo 7º da Lei do Pregão seja integrado pelo artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, por ausência de incompatibilidade entre as disposições, e porque a previsão legal da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se efetiva "sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais", observada a proporcionalidade, a razoabilidade e a necessária equivalência entre o grau de reprovabilidade da infração e a dosimetria das respectivas admoestações, o que deve ser avaliado a partir das circunstâncias que são próprias de cada caso concreto, sempre sob o pálio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No tocante ao assunto, assim dispõem os artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado

pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

Por sua vez, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, ao tempo em que

estabeleceu modalidade de licitação mais simples e eficiente para as licitações públicas (o pregão), também estipulou hipótese de sanção nova aos licitantes. Transcreve-se:

> *Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

Recentemente, a Procuradoria-Geral da União solicitou manifestação da Consultoria-Geral da União a respeito da matéria versada no julgamento do Recurso Especial nº 1.603.019 – SC, pelo qual a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, entendeu que as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, não se aplicam à licitação pública na modalidade pregão, regida pela Lei nº 10.520, de 2002.

A Consultoria-Geral da União, por meio da Coordenação-Geral de Gestão Pública, abordou a matéria posta, com destaque para os seguintes trechos:

> *34. A Lei n. 10.520, de 2002, caracteriza-se essencialmente pelo seu caráter especial em relação à Lei n. 8.666, de 1993, o que se verifica explicitamente do que dispõe seu art. 9º, segundo o qual se aplica "subsidiariamente" a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos à modalidade pregão.*
>
> *35. Atenta leitura da Lei do Pregão revela que a norma não exaure ou esgota a disciplina jurídica da modalidade pregão e dos contratos administrativos que lhe são decorrentes, contemplando a norma as disposições que são especiais e próprias dessa modalidade e que se diferenciam das modalidades licitatórias tradicionais, cumprindo ao exegeta conferir completude à norma especial mediante aplicação e integração da Lei nº 8.666, de 1993, na medida em que haja omissão, compatibilidade ou não haja conflito entre os comandos legais.*
>
> *36. A melhor exegese a respeito do art. 9º da Lei n. 10.520, de 2002, é, pois, no sentido de que a modalidade pregão é regida pela Lei n. 8.666, de 1993, especificamente naquilo que a Lei n. 10.520, de 2002, não dispuser em sentido diverso ou contrário, ou seja, a Lei do Pregão é norma especial em relação à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, de maneira que essa específica*

modalidade licitatória deve observar o disposto na Lei Geral de Licitações naquilo que for compatível com a norma especial de regência, ou na medida em que haja omissão da Lei n. 10.520, de 2002, e naquilo que suas disposições sejam congruentes ou compatíveis para integração pela Lei n. 8.666, de 1993.

37. A Lei n. 10.520, de 2002, não derrogou a Lei n. 8.666, de 1993, pois esta segue aplicável às modalidades licitatórias tradicionais, sendo, pois, a Lei do Pregão uma norma especial, que traz dispositivos específicos para essa modalidade licitatória e que expressamente reclama (art. 9º) integração e aplicação da Lei Geral de Licitações naquilo que lhe for compatível, ou na ausência de disposição especial em sentido diverso.

(...)

40. A melhor exegese a respeito dos arts. 7º e 9º da Lei n. 10.520, de 2002, é justamente aquela que se coaduna com o caráter especial da Lei do Pregão, e que não exclui a incidência da Lei n. 8.666, de 1993, naquilo que lhe for compatível.

41. Na espécie, o próprio art. 7º da Lei do Pregão disciplina que a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se aplica "sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e da incidência das demais cominações legais". A própria literalidade do dispositivo evidencia, pois, que o legislador não traz uma norma incompatível ou inconciliável com as sanções administrativas de que cuida a Lei n. 8.666, de 1993, nem tampouco a norma esgota o rol de sanções incidentes nessa modalidade, uma vez que disciplina de forma assertiva e cristalina a aplicação de outras sanções previstas em lei, indicando em seu art. 9º a integração da norma especial pela Lei n. 8.666, de 1993.

42. Diante das peculiaridades especiais que consubstanciam o procedimento licitatório na modalidade pregão, notadamente a inversão das fases de habilitação e de julgamento de propostas, o legislador ordinário entendeu necessária a criação de uma sanção específica para essa modalidade licitatória, de maneira a desencorajar e reprimir que licitantes descompromissados com a Administração tumultuem o andamento dos certames e a competitividade mediante apresentação de propostas inexequíveis ou em condições incompatíveis com a regular execução do contrato.

(...)

45. Esta sanção especial prevista no art. 7º da Lei do Pregão não se revela, pois, incompatível ou incongruente com as sanções da Lei n. 8.666, de 1993, pelo contrário, representa uma penalidade distinta, especial, que se adiciona às sanções previstas na Lei

Geral de Licitações e Contratos Administrativos, pois foi prevista "sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e da incidência das demais cominações legais", assim, não incide nas modalidades licitatórias tradicionais justamente por inspirar-se na inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas de preço que é própria da modalidade pregão, sendo, desta maneira, plenamente compatível com as demais sanções previstas na Lei n. 8.666, de 1993.

46. A interpretação literal e sistemática da expressão "sem prejuízo", que consta na parte final do art. 7º da Lei do Pregão, corrobora inequivocamente que a sanção denominada "impedimento de licitar e contratar" com a União pelo prazo de até cinco anos não exaure as sanções administrativas cabíveis na modalidade pregão, mas se adiciona, ou se acomoda junto às multas e a todas as demais penalidades legais previstas no edital e no contrato, fundadas na Lei n. 8.666, de 1993.

(...)

51. A Lei do Pregão sequer disciplina por si e de forma exauriente todos os procedimentos da modalidade licitatória pregão, cabendo ao exegeta aplicar a Lei n. 8.666, de 1993, para colmatar as lacunas e naquilo que for compatível ou não for afastado pelas disposições especiais da Lei do Pregão, nesses termos, a exegese que exclui, por exemplo, a possibilidade jurídica da aplicação da penalidade "advertência" no âmbito do pregão, notadamente nas hipóteses em que a infração é de menor gravidade, além de não observar a melhor exegese dos arts. 7º e 9º da Lei do Pregão, parece violar os preceitos das proporcionalidade e da razoabilidade, ensejando desnecessariamente a aplicação de penalidade mais severa para reprimir e prevenir infrações de menor repercussão.

52. Em igual sentido, impedir a aplicação da penalidade de "declaração de inidoneidade de licitar e contratar", de que cuida o inciso VI do art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, na modalidade pregão também se revela exegese inconciliável com os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a Lei do Pregão é omissa quanto aos cenários de repercussão mais grave, o que igualmente ensejaria aplicação de penalidade desproporcional e menos severa do que demanda a equitativa repressão correspondente à gravidade da infração cometida e sua repercussão.

Prosseguindo, o advogado subscritor das Informações conclui:

58. Merece, pois, prevalecer a exegese sistemática de que, no âmbito do Pregão, o art. 7º da Lei n. 10.520, de 2002, não afasta a incidência dos arts. 86, 87, e 88 da Lei n. 8.666, de 1993, tudo, inclusive, para permitir e conferir a devida proporcionalidade ao

poder sancionatório do Estado, resguardando que as infrações contratuais sejam reprimidas com o rigor que é compatível com a dosimetria de sua reprovabilidade, e por ser essa interpretação a que melhor se coaduna com o preceito da supremacia do interesse público em face das aspirações particulares, uma vez que as cláusulas exorbitantes ao direito comum que compõem o regime jurídico dos contratos administrativos são decorrentes desse princípio, por conseguinte o mister exegético de integrar o art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, com os arts. 7º e 9º da Lei n. 10.520, de 2002, consubstancia a própria prerrogativa de aplicar sanções como poder-dever estatal que concretiza e protege o interesse público que é perseguido pela regular execução dos contratos celebrados pela Administração.

59. Portanto, no âmbito do pregão, podem ser aplicadas as penalidades de que cuida o art. 86 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o art. 7º da Lei n. 10.520, de 2002, observadas as prescrições do instrumento convocatório e as cláusulas contratais correspondentes, cabendo ao gestor avaliar as circunstâncias e consequências gravosas que são próprias de cada caso para então mensurar equitativamente a penalidade aplicável para repreender a infração. Consequentemente, caso o gestor avalie, por exemplo, que o caso concreto apresenta elementos de crime, ou de atos de improbidade administrativa, que indiquem que a contratada não reúne idoneidade para contratar com toda a Administração Pública, poderá propor ao Ministro de Estado competente (§ 3º do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993) a aplicação da penalidade de que cuida o inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

60. E, em igual sentido, nos casos em que a infração contratual seja de um grau de reprovabilidade relevante, que gere, por exemplo, comprometimento do planejamento do órgão contratante, mas não haja elementos indicativos de que a contratada esteja inapta a celebrar contratos perante entes subnacionais ou outros órgãos ou entidades da Administração Pública, a aplicação da penalidade de suspensão temporária de que cuida o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, pode se revelar a reprimenda adequada para punir a infração contratual cometida, sempre sob o pálio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

61. Por outro lado, e especificamente para a modalidade pregão, encontra-se a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos, representando sanção mais severa que a pena de suspensão temporária de que de que cuida o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e menos gravosa do que a sanção de declaração de inidoneidade prevista no inciso IV do referido dispositivo legal.

62. Observa-se, pois, que a melhor exegese a respeito da matéria

relacionada à incidência dos arts. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, na modalidade pregão também se extrai da necessária dosimetria das sanções, e da temperança que deve conduzir a atuação da Administração, na forma do inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, uma vez que o preceito geral da adequação entre os meios e fins determina que as penalidades não devem extrapolar a medida necessária para repressão do ilícito, nem tampouco representar reprimenda aquém dos limites da reprovabilidade da infração contratual cometida.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: INFORMAÇÕES n. 00002/2023/CGGP/DECOR/CGU/AGU.

NUP: 00405.058796/2022-51– SEQS. 12-15.

LEI Nº 14.133, de 2021: Nos termos do artigo 190 da novel Lei de Licitações, os contratos celebrados sob à égide da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 10.520, de 2002, e antes da vigência da Lei nº 14.133, de 2021, continuarão regidos pelos referidos diplomas legais mesmo após a sua revogação. Ademais, no curso do prazo de 2 (dois) anos da publicação da Lei nº 14.133, de 2021, a Administração pode optar por licitar e contratar com fundamento em quaisquer das leis.

INDEXADOR: LICITAÇÃO. PREGÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO NO PREGÃO DAS SANÇÕES DO ART. 87 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.



COMPÊNDIO DE PERGUNTAS FREQUENTES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

CAPÍTULO 2

OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

SUMÁRIO DO CAPÍTULO 2

REGIME DE EXECUÇÃO INDIRETA 81

PERGUNTA P1: HÁ DISCRICIONARIEDADE NA ADOÇÃO DOS REGIMES DE EXECUÇÃO INDIRETA DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA? COMO ESCOLHER O REGIME APLICÁVEL? 81

MANUTENÇÃO PREDIAL 90

PERGUNTA P2: É POSSÍVEL A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREDIAL NA MODALIDADE «POSTOS DE TRABALHO + MATERIAIS + SERVIÇOS»? 90

EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS 92

PERGUNTA P3: É POSSÍVEL A EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS PREVISTOS NO § 1º DO ART. 65 DA LEI Nº 8.666/1993 NOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA? 92

ORÇAMENTO ESTIMADO 97

PERGUNTA P4: QUAL O PROCEDIMENTO PARA ESTABELECER O ORÇAMENTO ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA LEI Nº 14.133, DE 2021? 97

SUBCONTRATAÇÃO. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA 101

PERGUNTA P5: É PERMITIDA A SUBCONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NO REGIME DA LEI Nº 14.133, DE 2021? 101

CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO 104

PERGUNTA P6: EM QUE CONSISTE E QUAL A IMPORTÂNCIA DO CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO NA EXECUÇÃO INDIRETA DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA? 104

SUPERFATURAMENTO. DISTORÇÃO 109

PERGUNTA P7: O QUE SIGNIFICA O SUPERFATURAMENTO POR DISTORÇÃO DO CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO NAS MEDIÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA? 109

REDUÇÃO DO DESCONTO GLOBAL 113

PERGUNTA P8: É POSSÍVEL, NOS TERMOS ADITIVOS DOS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA EM QUE SEJA MODIFICADA A PLANILHA ORÇAMENTÁRIA, A REDUÇÃO DO DESCONTO GLOBAL EM FAVOR DO CONTRATADO? 113

PAGAMENTO DE VALORES. SEM COBERTURA CONTRATUAL 118

PERGUNTA P9: NO CASO DE EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA SEM COBERTURA CONTRATUAL É POSSÍVEL QUE A ADMINISTRAÇÃO PROCEDA AO PAGAMENTO DOS VALORES CORRESPONDENTES AO QUE FOI EXECUTADO SEM PREVISÃO EXPRESSA? 118

ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO. COMPENSAÇÃO 125

PERGUNTA P10: NOS ADITIVOS CONTRATUAIS QUE ENGLOBEM O ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO DO OBJETO CONTRATUAL RELATIVO A OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PODE SER PROMOVIDA A COMPENSAÇÃO ENTRE ELES PARA EFEITO DE CÔMPUTO DOS LIMITES PERCENTUAIS PREVISTOS NO § 1º DO ART. 65 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, OU DO ART. 125 DA LEI Nº 14.133, DE 2021? 125

EDITAL DE LICITAÇÃO 127

PERGUNTA P11: NOS EDITAIS DE LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA SOB O REGIME DA EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL PODE SER DISPENSADA A FIXAÇÃO DO CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DOS PREÇOS UNITÁRIOS? 127



OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

REGIME DE EXECUÇÃO INDIRETA

PERGUNTA P1: Há discricionariedade na adoção dos regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia? Como escolher o regime aplicável?

RESPOSTA: A discricionariedade é mitigada, pois a escolha do regime de execução aplicável deve ser justificada e fundamentada, a partir de elementos objetivamente verificáveis que variam de acordo com as especificidades de cada espécie de contratação. Para tanto, deverão ser levados em consideração os estudos preliminares, que definirão as maneiras possíveis de contratação, adotando-se a melhor forma pela qual o objeto do contrato será executado e o contratado será remunerado, à luz dos princípios do art. 5º da Lei nº 14.133/21.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

> *O art. 46, c/c art. 6º, da Lei nº 14.133/21, estabelece os seguintes regimes de execução indireta de obras e serviços de engenharia:*
>
> *I- empreitada por preço unitário: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas (art. 6º, XXVIII);*
>
> *II - empreitada por preço global: contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo e total (art. 6º, XXIX);*
>
> *III - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional (art. 6º, XXX);*
>
> *IV - contratação por tarefa: regime de contratação de mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (art. 6º, XXXI);*
>
> *V - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXII);*
>
> *VI - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 6º, XXXIII);*
>
> *VII - fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado (art. 6º, XXXIV).*

Embora o art. 46 da nova lei de licitações e contratos mencione os regimes de execução indireta para obras e serviços de engenharia, eles também são aplicáveis para as demais contratações, com exceção dos regimes da contratação integrada e semi-integrada, que são exclusivos

para obras e serviços de engenharia.

Os quatro primeiros regimes de execução já estavam previstos na Lei nº 8.666/93, o regime de contratação integrada estava previsto na Lei do RDC (Lei nº 12.462/11) e o regime de contratação semi-integrada encontra previsão da lei das estatais (Lei nº 13.303/16). A novidade propriamente dita trazida pela nova lei de licitações e contratos é o regime de contratação de fornecimento e prestação de serviço associado.

É importante ressaltar que, de acordo com o §9º do art. 46 da Lei nº 14.133/21, os regimes de execução a que se referem os incisos II, III, IV, V e VI do caput do art. 46 (empreitada por preço global; empreitada integral; contratação por tarefa; contratação integrada; contratação semi-integrada) deverão ser licitados por preço global e adotarão sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários.

Assim, a escolha do regime de execução deverá ser devidamente motivada, até mesmo porque a questão repercute, dentre outros aspectos, nos critérios de aceitabilidade de preços, medições e aditivos contratuais. Com efeito, o Roteiro de Auditoria de Obras do TCU traz as seguintes explicações:

> *(...)*
>
> *322. A escolha do regime de execução da obra não é decisão de livre arbítrio do gestor, visto que deve ser pautada pelo interesse público e estar sempre motivada, pois impactará as relações entre contratado e contratante, as medições do contrato firmado, seus aditivos, entre outros fatores relacionados à gestão do empreendimento contratado. Decorre desse entendimento a constatação de que não existe, em tese, um regime de execução melhor que outro, e sim um regime que, no caso concreto, melhor atende ao interesse público.*
>
> *(...)*

Vale destacar ainda que, em estudo sobre a aplicação do regime de empreitada por preço global na contratação de obras públicas, o TCU apresentou as seguintes diretrizes e orientações no Acórdão nº 1977/2013 – Plenário, que são aplicáveis à Lei nº 14.133/21:

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos este processo administrativo constituído com vistas a uniformizar procedimentos de fiscalização atinentes a objetos executados mediante o regime de empreitada por preço global, de maneira a apresentar diretrizes e orientar os auditores deste Tribunal sobre o tema.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Segecex que oriente às unidades técnicas desta Corte a observarem as seguintes disposições em suas fiscalizações de obras e serviços de engenharia executadas sob o regime de empreitada por preço global, a serem aplicadas de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto:

9.1.1. a escolha do regime de execução contratual pelo gestor deve estar fundamentada nos autos do processo licitatório, em prestígio ao definido no art. 50 da Lei 9.784/99;

9.1.2. os instrumentos convocatórios devem especificar, de forma objetiva, as regras sobre como serão realizadas as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa conclusa do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93;

9.1.3. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;

9.1.4. nas situações em que, mesmo diante de objeto com imprecisão intrínseca de quantitativos, tal qual asseverado no item 9.1.3. supra, se preferir a utilização da empreitada por preço global, deve ser justificada, no bojo do processo licitatório, a vantagem dessa transferência maior de riscos para o particular – e, consequentemente, maiores preços ofertados – em termos técnicos, econômicos ou outro objetivamente motivado, bem assim como os impactos decorrentes desses riscos na composição do orçamento da obra, em especial a taxa de BDI –

Bonificação e Despesas Indiretas;

9.1.5. a proposta ofertada deverá seguir as quantidades do orçamento-base da licitação, cabendo, no caso da identificação de erros de quantitativos nesse orçamento, proceder-se a impugnação tempestiva do instrumento convocatório, tal qual assevera o art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93;

9.1.6. alterações no projeto ou nas especificações da obra ou serviço, em razão do que dispõe o art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.666/93, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, repercutem na necessidade de prolação de termo aditivo;

9.1.7. quando constatados, após a assinatura do contrato, erros ou omissões no orçamento relativos a pequenas variações quantitativas nos serviços contratados, em regra, pelo fato de o objeto ter sido contratado por "preço certo e total", não se mostra adequada a prolação de termo aditivo, nos termos do ideal estabelecido no art. 6º, inciso VIII, alínea "a", da Lei 8.666/93, como ainda na cláusula de expressa concordância do contratado com o projeto básico, prevista no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013;

9.1.8. excepcionalmente, de maneira a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, como também para garantia do valor fundamental da melhor proposta e da isonomia, caso, por erro ou omissão no orçamento, se encontrarem subestimativas ou superestimativas relevantes nos quantitativos da planilha orçamentária, poderão ser ajustados termos aditivos para restabelecer a equação econômico-financeira da avença, situação em que se tomarão os seguintes cuidados:

9.1.8.1. observar se a alteração contratual decorrente não supera ao estabelecido no art. 13, inciso II, do Decreto 7.983/2013, cumulativamente com o respeito aos limites previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93, estes últimos, relativos a todos acréscimos e supressões contratuais;

9.1.8.2. examinar se a modificação do ajuste não ensejará a ocorrência do "jogo de planilhas", com redução injustificada do desconto inicialmente ofertado em relação ao preço base do certame no ato da assinatura do contrato, em prol do que estabelece o art. 14 do Decreto 7.983/2013, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal;

9.1.8.3. avaliar se a correção de quantitativos, bem como a inclusão de serviço omitido, não está compensada por distorções em outros itens contratuais que tornem o valor global da avença compatível com o de mercado;

9.1.8.4. verificar, nas superestimativas relevantes, a redundarem no eventual pagamento do objeto acima do preço de mercado e, consequentemente, em um superfaturamento, se houve a retificação do acordo mediante termo aditivo, em prol do princípio guardado nos arts. 3º, caput c/c art. 6º, inciso IX, alínea "f"; art. 15, § 6º; e art. 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/93;

9.1.8.5. verificar, nas subestimativas relevantes, em cada caso concreto, a justeza na prolação do termo aditivo firmado, considerando a envergadura do erro em relação ao valor global da avença, em comparação do que seria exigível incluir como risco/contingência no BDI para o regime de empreitada global, como também da exigibilidade de identificação prévia da falha pelas licitantes – atenuada pelo erro cometido pela própria Administração –, à luz, ainda, dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do dever de licitar, da autotutela, da proporcionalidade, da economicidade, da moralidade, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e do interesse público primário;

9.1.9. avaliar a conveniência e a oportunidade de, em seu relatório de fiscalização, propor ao Colegiado, com base no art. 250, inciso III do Regimento Interno do TCU, recomendação à jurisdicionada, para que, doravante, inclua nos editais cláusula a estabelecer, de forma objetiva, o que será objeto de aditamentos durante a execução da avença, bem como a definição do que venha a ser "subestimativas ou superestimativas relevantes", a que se refere o subitem 9.1.8 supra, como, por exemplo, o estabelecimento de percentuais de tolerância quantitativa admitida em cada item do orçamento que torne descabida a celebração de aditivo, como, ainda, a necessidade de que a imprecisão se refira a serviço materialmente relevante do empreendimento (avaliado de acordo com a metodologia ABC), em prestígio ao princípio da segurança jurídica, como ainda do art. 6º, inciso VIII, alínea "a" c/c art. 47, art. 49 e art. 65, inciso II, alínea "d", todos da Lei 8.666/93;

9.2. nos contratos executados mediante o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicam-se, no que couber, os entendimentos expressos nesta decisão, por força do disposto no art. 2º, inciso II; art. 8º, § 1º; art. 39; art. 45, inciso I, alínea "b" e art. 63, todos da Lei 12.462/2011, como também no Acórdão 1510/2013-TCU-Plenário, mormente no que se refere à necessidade de estabelecer uma matriz de riscos, a explicitar as exatas responsabilidades e encargos a serem assumidos pelos particulares – inclusive no que se refere a erros quantitativos;

9.3. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça, para

que informe aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Federal e do Poder Judiciário o inteiro teor desta decisão;

9.4. arquivar o presente processo.

Por fim, em razão de sua relevância e didatismo, seguem abaixo transcritos os quadros do Roteiro de Auditoria de Obras do TCU que abordam as vantagens, as desvantagens e as indicações dos regimes de execução das empreitadas (por preço global, por preço unitário e integral), as quais suscitam maiores dúvidas de escolha e operacionalização:

Quadro 21 – Empreitada por preço global (vantagens e desvantagens)

VANTAGENS	DESVANTAGENS	INDICADA PARA:
- Simplicidade nas medições (medições por etapa concluída); - Menor custo para a Administração Pública na fiscalização da obra; - Valor final do contrato é, em princípio, fixo; - Restringe os pleitos do construtor e a assinatura de aditivos; - Dificulta o jogo de planilha; - O construtor tem incentivo para concluir a obra no menor prazo possível; e - Há maior facilidade para a Administração controlar o cumprimento de prazos.	- Como o construtor assume os riscos associados aos quantitativos de serviços, o valor global da proposta tende a ser superior se comparado com o regime de preços unitários; - Tendência de haver maior percentual de riscos e imprevistos no BDI do construtor; e - A licitação e contratação exige projeto básico com elevado grau de detalhamento dos serviços (art. 47 da Lei 8.666/1993).	- Obras e serviços executados “acima da terra” que apresentam boa precisão na estimativa de quantitativos, a exemplo de: - Construção de edificações; e - Linhas de Transmissão. - Contratação de estudos e projetos; emissão de laudos; confecção de pareceres.

Quadro 22 – Empreitada por preço unitário (vantagens e desvantagens)

VANTAGENS	DESVANTAGENS	INDICADA PARA:
- Pagamento apenas pelos serviços efetivamente executados; - Apresenta menor risco para o construtor, na medida em que ele não assume risco quanto aos quantitativos de serviços (riscos geológicos do construtor são minimizados); e - A obra pode ser licitada com um projeto com grau de detalhamento inferior ao exigido para uma empreitada por preço global ou integral.	- Exige rigor nas medições dos serviços; - Maior custo da Administração para acompanhamento da obra; - Favorece o jogo de planilha; - Necessidade frequente de aditivos, para inclusão de novos serviços ou alteração dos quantitativos dos serviços contratuais; - O preço final do contrato é incerto, pois é baseado em estimativa de quantitativos que podem variar durante a execução da obra; e - Exige que as partes renegociem preços unitários quando ocorrem alterações relevantes dos quantitativos contratados. - O construtor não tem incentivo para concluir a obra no menor prazo possível. - Há maior dificuldade para a Administração controlar o cumprimento de prazos.	- Obras executadas “abaixo da terra” ou que apresentam incertezas intrínsecas nas estimativas de quantitativos, a exemplo de: - Execução de fundações, serviços de terraplanagem, desmontes de rocha, etc; - Implantação, pavimentação, duplicação e restauração de rodovias; - Canais, barragens, adutoras, perímetros de irrigação, obras de saneamento; - Infraestrutura urbana; - Obras portuárias, dragagem e derrocamento; e - Reforma de edificações. - Contratação de serviços de gerenciamento e supervisão de obras.

Quadro 23 – Empreitada integral (vantagens e desvantagens)

VANTAGENS	DESVANTAGENS	INDICADA PARA:
- As mesmas da empreitada por preço global; - O empreendimento é entregue pronto para operação; - O proprietário da obra tem garantias sobre o desempenho/funcionamento do projeto; - O contratante tem maior garantia sobre o prazo de entrega da obra; - Facilita a interface entre projetistas, executores de obras civis, fornecedores de equipamentos e responsáveis pela montagem; - Diminui o número de litígios entre as partes e pleitos do construtor; e - Há clara definição da responsabilidade pela perfeita execução contratual.	- As mesmas da empreitada por preço global; - O preço final do contrato tende a ser mais elevado, pois o construtor assume riscos diversos: geológico, hidrológico, de performance do empreendimento e de desempenho dos equipamentos; e - O preço final do contrato também é mais elevado devido à necessidade de o construtor gerenciar o empreendimento como um todo.	- Via de regra, aplicável a empreendimentos extremamente complexos, que utilizam tecnologia de ponta ou que exigem conhecimentos e tecnologias que não estão disponíveis para uma única empresa, a exemplo de; - Subestações de energia; - Refinarias, plantas petroquímicas; - Instalações industriais; - Oleodutos, gasodutos; - Usinas nucleares; - Usinas hidroelétricas e termoelétricas; e - Estações de bombeamento.

FONTE DE CONSULTA: Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU[1] e Acórdão nº 1977/2013 – TCU – Plenário.

INDEXADOR: REGIME DE EXECUÇÃO INDIRETA. DISCRICIONARIEDADE. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

1 Aprovado pela Portaria – SEGECEX 33, de 07/12/12. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-em-areas-especificas.htm .

MANUTENÇÃO PREDIAL.

PERGUNTA P2: É possível a contratação de serviços de manutenção predial na modalidade «postos de trabalho + materiais + serviços»?

RESPOSTA: Sim. É possível a contratação de serviços de manutenção predial adotando-se a modelagem contratual "postos de trabalho, materiais e serviços" de forma una.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da AGU possui a seguinte orientação manifestada por meio do Parecer nº 00062/2021/DECOR/CGU/AGU:

> *É juridicamente permitida a contratação una de «postos de trabalho + materiais + serviços», para fins de manutenção predial, competindo à área técnica a sua fundamentação e a avaliação técnico-econômica, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e, recentemente, do art. 7º, § 5º da Lei nº 14.011/20.*

O mencionado parecer, levando em consideração o Acórdão nº 2.339/2016 – Plenário – TCU e o Acórdão nº 929/2017- Plenário TCU, bem como a doutrina de Rafael Sérgio Lima de Oliveira sobre "facilities", entendeu que não se deve vedar, em abstrato e de modo absoluto, tal modelagem contratual.

Logo, não há obrigatoriedade de realizar três licitações distintas para o caso. Para tanto, caberá à área técnica analisar as peculiaridades técnicas e econômicas na busca pela seleção da proposta mais vantajosa, observando-se a Súmula nº 247 do TCU:

> *É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.*

Vale salientar também que o Parecer nº 00062/2021/DECOR/CGU/

AGU também manifestou o entendimento de que a contratação una de "postos de trabalho, materiais e serviços" não depende de interposição de decreto regulamentar do Poder Executivo, pois o artigo 7º, § 5º, da Lei nº 14.011/21, facultou a regulamentação do modelo, que poderá ser aplicado por intermédio de contrato de gestão que, por sua vez, tenha por objeto a ocupação de imóveis públicos.

Ressaltem-se ainda os enunciados abaixo constantes nos Informativos de Licitações e Contratos do TCU:

> *As licitações de serviços de manutenção predial devem ser precedidas de plano de ação de manutenção preventiva e corretiva, com a definição dos serviços e respectivos quantitativos a serem demandados na execução contratual, em atenção ao art. 6º, inciso IX, c/c o art. 7º, § 2º, inciso II, e § 4º, da Lei 8.666/1993. (Informativo de Licitações e Contratos nº 380/2019)*
>
> *Nas licitações e prorrogações contratuais de serviços de manutenção predial, a Administração deve, em atenção ao art. 6º, inciso IX, alíneas c e f, e art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993, incluir, nos estudos técnicos preliminares da contratação: (i) estudo e previsão da quantidade de material a ser utilizado; (ii) estudo e definição do tipo e da quantidade de postos de trabalho que serão utilizados; e (iii) estimativa de preços, considerando uma cesta de preços, devendo documentar o método utilizado no processo de contratação. (Informativo de Licitações e Contratos nº 303/2016)*

A administração pública deverá ainda observar a compatibilidade do objeto relacionado a obras e serviços de engenharia com a respectiva legislação de regência, especialmente quanto à aprovação do Projeto Básico e à escolha da modalidade licitatória (ex: pregão), bem como em relação ao orçamento de referência e ao cronograma físico-financeiro (aplicação do Decreto nº 7.983/13).

Saliente-se, por fim, que não se deve ampliar o escopo dos serviços de manutenção predial para contemplar todos os serviços de engenharia de forma genérica, sem estimativa de custos e as quantidades dos serviços, e com a intenção de realizar obras, tudo por meio de uma única licitação (Acórdão nº 1381/18-Plenário).

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 00062/2021/DECOR/CGU/AGU do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Advocacia-Geral da União (DECOR/CGU/AGU).

INDEXADOR: CONTRATAÇÃO. MANUTENÇÃO PREDIAL. POSTOS DE TRABALHO. MATERIAIS. SERVIÇOS.

EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS

PERGUNTA P3: É possível a extrapolação dos limites legais previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 nos contratos de obras e serviços de engenharia?

RESPOSTA: Em regra, os limites legais devem ser observados. Mas o TCU admite, em circunstâncias excepcionalíssimas, a extrapolação dos limites de aditamento contratual previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Por meio da Decisão 215/1999-TCU-Plenário, que possui caráter normativo, o TCU admitiu a extrapolação dos limites de aditamento contratual previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993, para casos que se coadunam com as condições excepcionalíssimas nela previstas. Tratou-se das condições para se admitir a alteração contratual acima dos limites legais, à luz dos princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Eis o conteúdo da Decisão do TCU:

> *O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:*
>
> *8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:*
>
> *a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;*
>
> *b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites*

aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

Em que pese se tratar de uma decisão proferida no ano de 1999, verifica-se que o Tribunal de Contas da União permanece aplicando o referido entendimento:

Acórdão 781/2021-Plenário, rel. Min. Walton Rodrigues

A extrapolação excepcionalíssima dos limites estabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 para alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços somente é possível se satisfeitas cumulativamente as seguintes exigências estabelecidas na Decisão 215/1999-Plenário: a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores àqueles oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por

ocasião da contratação inicial; d) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; e) ser necessária para a completa execução do objeto original do contrato, para a otimização do cronograma de execução e para a antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; f) restar demonstrado, na motivação do ato de alteração do contrato, que as consequências da rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importariam sacrifício insuportável ao interesse público a ser atendido pela obra ou serviço, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Acórdão 50/2019-Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer

Nas hipóteses excepcionalíssimas de alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites estabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; d) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; e) ser necessária à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; f) demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Acórdão 1826/2016-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman

Nas hipóteses excepcionalíssimas de alterações consensuais qualitativas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites preestabelecidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: a) não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores

aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; b) não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; c) decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; d) não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; e) ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; f) demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.

Acórdão 2157/2013-Plenário, rel. Min. Ana Arraes

O limite para alteração contratual de 25% (ou de 50%, no caso de reforma de edifício ou de equipamento) refere-se, individualmente, às supressões e aos acréscimos e não comporta compensação entre um e outro percentual para cômputo da máxima alteração permitida por lei (art. 65, da Lei 8.666/1993). A extrapolação desses limites só é aceitável em situações excepcionalíssimas, permeadas de imprevisibilidade, e, ainda, quando atendidos os requisitos definidos na Decisão 215/1999-Plenário.

Acórdão 89/2013-Plenário, rel. Min. Valmir Campelo

Para fins de enquadramento na hipótese de excepcionalidade prevista na Decisão 215/1999-Plenário (acréscimos contratuais acima dos limites estabelecidos pela Lei 8.666/1993), as alterações qualitativas havidas não podem decorrer de culpa do contratante, nem do contratado.

Vale salientar ainda a jurisprudência do TCU acerca da impossibilidade de deficiências de projeto justificar a extrapolação dos limites legais:

9.1.2. a utilização das deficiências do projeto executivo como fato ou condição excepcional capaz de justificar aditivos que ultrapassem os limites instituídos pelo art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993 afronta a jurisprudência desta Corte de Contas, materializada nos Acórdãos 1.910/2012, 34/2011 e 1.033/2008, todos do Plenário do TCU; (Acórdão 1984/2021-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)

9.1.3. atente para a necessidade de observância dos limites fixados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, devendo observar, também, que, ainda que seja possível a eventual compensação entre os acréscimos e as supressões nos termos do Acórdão 1536/2016-TCU-Plenário, as deficiências ou as omissões nos projetos básico ou executivo, por si, não se configurariam como condição excepcional ou superveniente capaz de permitir o enquadramento do correspondente termo aditivo no precedente gerado pela Decisão 215/1999-TCU-Plenário; (Acórdão 2554/2017-TCU-Plenário, rel. Min. Subst. André Luís de Carvalho)

Na iminência de ultrapassar o limite instituído no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e ausentes os pressupostos inscritos na Decisão-TCU 215/1999, caberia aos gestores providenciar nova contratação, em tempo hábil para tal. Os responsáveis pela execução contratual não podem se escudar em um projeto básico falho como guarida para infringência dessa norma legal; sob pena de esquiva do regular processo licitatório, por alteração relevante do objeto contratado. (Voto do Acórdão 1910/2012-TCU-Plenário, rel. Min. Valmir Campelo)

Por fim, é importante mencionar que, em contratos de supervisão e gerenciamento de obras, há decisões do Tribunal de Contas da União no sentido de não permitir o aditamento além do limite legal, mas a decisão mais recente abriu tal possibilidade ao alterar Acórdão anterior:

Acórdão 2527/2021 – Plenário, rel. Min. Raimundo Carneiro

9.3 alterar o subitem 9.7.1 do Acórdão 508/2018-TCU-Plenário, que passa a apresentar a seguinte redação:

"9.7.1. abstenha-se de aditar contratos de supervisão de obras além do limite legal de 25% estabelecido no art. 81, §1º, da Lei 13.303/2016, e no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, no caso de haver prorrogação de prazo na execução da obra supervisionada, adotando medidas tempestivas com vistas a realizar nova contratação de supervisão, ressalvada a inequívoca comprovação de desvantajosidade da medida, o que deverá ser devidamente justificado;"

Acórdão 84/2020 - Plenário, rel. Min. Bruno Dantas

9.1.3. abstenha-se de aditar além do limite legal de 25% os contratos de supervisão e gerenciamento de obras futuramente celebrados, por estar em desacordo com o estabelecido no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, inclusive quando a modificação do valor ocorrer em razão da prorrogação de prazo de vigência, adotando medidas tempestivas com vistas a realizar nova contratação, caso necessário;

9.1.4. apresente, no prazo de 60 (sessenta) dias, plano de ação para os contratos de supervisão e de gerenciamento vigentes, com vistas a obedecer aos limites de alteração dispostos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, contendo, no mínimo, as medidas a serem adotadas, diferenciadas em função das características dos contratos, tais como estágio de execução e previsão de conclusão da obra fiscalizada, os responsáveis pelas ações e os prazos previstos para a sua implementação;

Acórdão 508/2018 – Plenário, rel. Benjamin Zymler

9.7.1. abstenha-se de aditar contratos de supervisão de obras além do limite legal de 25% estabelecido no art. 81, §1º, da Lei 13.303/2016, e no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993, no caso de haver prorrogação de prazo na execução da obra supervisionada, adotando medidas tempestivas com vistas a realizar nova contratação de supervisão, caso necessário;

FONTE DE CONSULTA: Decisão 215/1999-TCU-Plenário.

INDEXADOR: EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS. ADITAMENTO CONTRATUAL. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

ORÇAMENTO ESTIMADO

PERGUNTA P4: Qual o procedimento para estabelecer o orçamento estimado da contratação de obras e serviços de engenharia na Lei nº 14.133, de 2021?

RESPOSTA: A Lei n. 14.133, de 2021, estabelece no art. 23, §2º, os parâmetros para definição do valor estimado da contratação de obras e serviços de engenharia, nos seguintes termos:

> Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.
>
> [...]
>
> § 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor

estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

[...]

§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

(grifo nosso)

FUNDAMENTAÇÃO:

A regra é a utilização dos sistemas SICRO e SINAPI, conforme o caso, para a definição do valor de todos os custos unitários da obra e/ou serviço de engenharia, chegando-se assim ao valor estimado da contratação.

Na impossibilidade de aplicação desses sistemas, passa-se aos parâmetros seguintes, na ordem estabelecida pelo §2º do art. 23.

Outrossim, a Instrução Normativa SEGES/ME nº 91, de 16 de dezembro de 2022, - que estabelece regras para a definição do valor estimado para a contratação de obras e serviços de engenharia nos processos de licitação e de contratação direta, de que dispõe o § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional - autoriza a aplicação do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, no que couber, para a definição do valor estimado nos processos de licitação e de contratação direta de obras e serviços de engenharia, de que dispõe o § 2º do art. 23 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Vale salientar que, no processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º do art. 23, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º do art. 23, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto. Nesta hipótese, deverá ser exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético.

Ademais, é essencial que o processo seja instruído com manifestação técnica contendo a exposição do passo-a-passo realizado na orçamentação, para que fiquem explícitas a metodologia de pesquisa utilizada, as opções tomadas pelos agentes públicos responsáveis pela orçamentação e sejam apresentadas as justificativas pelas decisões tomadas na confecção do orçamento estimado da licitação.

O processo deve ser instruído também com toda a comprovação do procedimento de orçamentação, fazendo-se juntar aos autos os documentos que demonstram os valores identificados, a exemplo dos

documentos de eventuais pesquisas de preços, contratos públicos, convenções coletivas de trabalho aplicadas à contratação, dentre outros.

Por sua vez, o art. 18, §1º, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021 estabelece que o Estudo Técnico Preliminar deve conter a estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação.

É relevante ainda ressaltar a exigência da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) pela elaboração do orçamento-base, conforme Súmula 260 do TCU:

> *SÚMULA TCU 260*
>
> *É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas.*

Por fim, importante mencionar a Súmula TCU nº 258/2012, editada sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, mas que se mostra aplicável também no regime da Lei nº 14.133, de 2021:

> *SÚMULA TCU N. 258/2010*
>
> *As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão "verba" ou de unidades genéricas.*

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00013/2023/CGEN/SCGP/CGU/AGU, NUP 00190.112287/2022-43.

INDEXADOR: ORÇAMENTO ESTIMADO. CONTRATAÇÃO. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

SUBCONTRATAÇÃO. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

PERGUNTA P5: É permitida a subcontratação de obras e serviços de engenharia no regime da Lei nº 14.133, de 2021?

RESPOSTA: Sim, a Lei n. 14.133, de 2021, autoriza a subcontratação, nos termos do seu art. 122:

> Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.
>
> §1º O contratado apresentará à Administração documentação que comprove a capacidade técnica do subcontratado, que será avaliada e juntada aos autos do processo correspondente.
>
> § 2º Regulamento ou edital de licitação poderão vedar, restringir ou estabelecer condições para a subcontratação.
>
> § 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.
>
> (grifo nosso)

FUNDAMENTAÇÃO:

A Lei nº 14.133, de 2021, não fixa um percentual máximo do objeto contratual a ser subcontratado, o que deverá ser objeto de análise nos Estudos Técnicos Preliminares, momento em que será analisada a necessidade da subcontratação, bem como qual a parcela do objeto a ser subcontratado, com as devidas justificativas e fundamentações.

Com efeito, caberá à Administração, nos estudos da fase interna da licitação, averiguar qual a necessidade da subcontratação e sua extensão, sempre em consonância com a motivação administrativa e a

imprescindível justificativa técnica.

Com base nos referidos estudos técnicos da fase interna, a Administração poderá fixar no certame as regras concernentes à subcontratação, vedando, restringindo ou estabelecendo condições para sua realização.

Em qualquer caso, o contratado sempre será responsável pelo que for executado pela subcontratada, devendo inclusive apresentar à Administração os documentos comprobatórios da capacidade técnica do subcontratado.

Vale salientar ainda que o TCU não tem admitido a subcontratação total dos serviços, mas apenas a subcontratação parcial:

> *É vedada a subcontratação integral em contratos administrativos, sendo possível a subcontratação parcial quando não se mostrar viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do contratante.*
>
> *Acórdão 6189/2019-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER*
>
> *A subcontratação do objeto é admitida apenas parcialmente, desde que motivada sob a ótica do interesse público e com os seus limites devidamente fixados pelo contratante, não podendo a atuação do contratado transformar-se em mera intermediação ou administração de contrato.*
>
> *Acórdão 14193/2018-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA*
>
> *A subcontratação deve ser tratada como exceção. Só é admitida a subcontratação parcial e, ainda assim, desde que demonstrada a inviabilidade técnico-econômica da execução integral do objeto por parte da contratada, e que haja autorização formal do contratante.*
>
> *Acórdão 834/2014-Plenário | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO*

Ainda acerca da subcontratação, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com as alterações implementadas pela Lei Complementar nº 147, de 2014, apresenta as seguintes prescrições:

> *Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*
>
> *[...]*
>
> *II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados*

à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

[...]

§ 2o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3o Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

(grifo nosso)

Dessa forma, deve-se analisar, justificadamente, a viabilidade de exigir que a subcontratação seja feita exclusivamente para microempresas ou empresas de pequeno porte, nos termos da legislação acima indicada.

Frise-se que, nos casos de contratação direta por inexigibilidade de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras e serviços, com fulcro no inciso III, alínea "d", do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, possui natureza personalíssima, de forma que compete à Administração adotar postura

restritiva em relação à possibilidade de subcontratação ou de atuação de terceiros na execução dos respectivos contratos.

Nesse sentido, o § 4º do artigo 74 prescreve: Art. 74 [...] § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade. Portanto, nesses casos, a subcontratação pode ser admitida, desde que limitada a parcelas do serviço contratado que lhe sejam assessórias, secundárias ou meramente operacionais.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00013/2023/CGEN/SCGP/CGU/AGU, NUP 00190.112287/2022-43.

INDEXADOR: SUBCONTRATAÇÃO. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO

PERGUNTA P6: Em que consiste e qual a importância do cronograma físico-financeiro na execução indireta de obras e serviços de engenharia promovidos pela Administração Pública?

RESPOSTA: O cronograma físico-financeiro consiste na representação gráfica do desenvolvimento dos serviços a serem executados ao longo do tempo de duração da obra demonstrando, em cada período, o percentual físico a ser executado e o respectivo valor financeiro a ser despendido. Ele é um importante instrumento para a execução e fiscalização de obras públicas e serviços de engenharia promovidos pela Administração Pública na medida em que estima os recursos orçamentários necessários ao longo da obra. Na análise do cronograma físico-financeiro, deve ser avaliada a coerência do prazo proposto para execução da obra com o porte e o tipo de empreendimento, além da distribuição dos serviços ao longo do tempo. Destaca-se que, após o início das obras, sempre que o prazo e as respectivas etapas de execução forem alterados, há a necessidade de se adequar o cronograma físico-financeiro, de modo que esse sempre reflita as condições reais do empreendimento.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Segundo o Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do Tribunal de Contas da União, o cronograma físico-financeiro consiste na representação gráfica do desenvolvimento dos serviços a serem executados ao longo do tempo de duração da obra demonstrando, em cada período, o percentual físico a ser executado e o respectivo valor financeiro a ser despendido[2]. Essa divisão, que não se confunde com parcelamento da obra, é parte imprescindível do detalhamento do empreendimento. Na análise do cronograma físico-financeiro, deve ser avaliada a coerência do prazo proposto para execução da obra com o porte e o tipo de empreendimento, além da distribuição dos serviços ao longo do tempo. Destaca-se que, após o início das obras, sempre que o prazo e as respectivas etapas de execução forem alterados, há a necessidade de se adequar o cronograma físico-financeiro, de modo que esse sempre reflita as condições reais do empreendimento. Em regra, a responsabilidade pela elaboração desse cronograma é da Administração promotora da licitação e deve constar nos anexos ao projeto básico, prevendo as etapas de execução (cronograma físico) e os respectivos valores estimados de pagamento (cronograma financeiro).

Nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES) com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato (art. 54, §5º, da Lei n.º 14.133/2021)[3].

É importante ressaltar que "deve ser celebrado termo aditivo em contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que ocorrer alteração do cronograma físico-financeiro respectivo, mencionando-se explicitamente no novo termo a modificação ocorrida" (Acórdão 4465/2011-Segunda Câmara | Relator: Raimundo Carreiro).

Vale salientar ainda o entendimento do TCU acerca da necessidade da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) no caso:

SÚMULA TCU 260: É dever do gestor exigir apresentação de

2 Aprovado pela Portaria – SEGECEX 33, de 07/12/12. Disponível em https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-em-areas-especificas.htm.

3 LAMOUNIER, D.; OLIVEIRA, M. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada. São Paulo: Saraiva, 2022, p.274.

> *Anotação de Responsabilidade Técnica - ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas.*
>
> *A Administração deve identificar cada peça técnica que compõe o Projeto Básico/Executivo (plantas, orçamento-base, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro etc.) por meio das Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) dos responsáveis por sua autoria, identificando, também, os últimos revisores (arts. 1º e 2º da Resolução Confea 425/1998), atualizando-as a cada modificação de projeto, com o intuito de permitir a identificação e imputação de responsabilidade (art. 18, caput e § 1º, da Lei 5.194/1966).*
>
> *(Acórdão 2759/2019-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES)*

Além disso, também cabe destacar o entendimento da Corte de Contas sobre a alteração do cronograma físico-financeiro do contrato para antecipar o recebimento de materiais:

> *Somente é possível alterar o cronograma físico-financeiro do contrato para antecipar o recebimento de materiais em casos excepcionais, em que fiquem demonstrados inequívocos benefícios à Administração, tais como: (i) a necessidade de receber os materiais para consolidar a contratação; (ii) a existência de risco de desabastecimento desses materiais; (iii) a possibilidade de obtenção de ganhos financeiros e de eficiência expressivos o suficiente para suplantar a incidência de custos de estocagem, deterioração e perda de garantia (Acórdão 643/2016-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES).*

Sobre a antecipação do pagamento, ressalte-se a Orientação Normativa AGU nº 37, de 13 de dezembro de 2011:

> *A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.*

Destaca-se que, nos termos do § 1º do art. 145 da Lei nº 14.133/2021, a antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

O art. 46 da Lei nº 14.133/2021 dispõe sobre regimes de contratação de obras e serviços de engenharia, mantendo os regimes contemplados no art. 6º, VIII, da Lei nº 8.666/93, e acolhendo também os regimes instituídos pelo art. 8º do RDC e pelo art. 42 da Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016).

Com sutis aperfeiçoamentos redacionais, a Lei nº 14.133/2021 trata dos seguintes regimes de execução de obras e serviços de engenharia enumerados na Lei nº 8.666/93:

(i) empreitada por preço unitário;

(ii) empreitada por preço global;

(iii) empreitada integral; e

(iv) contratação por tarefa.

A Lei nº 14.133/2021 acolhe o regime de contratação integrada, disposto no RDC, e institui dois novos regimes: a contratação semi-integrada, constante da Lei das Estatais; e fornecimento e prestação de serviço associado.

A contratação integrada é semelhante à empreitada integral. Enquanto nesta contrata-se o empreendimento em sua totalidade, de modo que todas as obras, os serviços e as instalações cabem ao contratado, sob sua total responsabilidade, adimplindo-se a obrigação mediante a entrega do empreendimento em perfeitas condições de operação, na contratação integrada, além da execução das obras, montagem, teste, pré-operação e demais operações necessárias para a entrega do objeto, o contratado é incumbido também da elaboração e do desenvolvimento dos projetos básico e executivo. Logo, na contratação integrada, a Administração transfere ao contratado o mister de elaboração e desenvolvimento dos projetos necessários ao empreendimento. Esse regime de execução tem máxime importância para a realização de empreendimentos de infraestrutura em que a própria concepção do projeto é de difícil realização pela Administração.

O julgamento das propostas deve observar o preço global, e o pagamento

deve respeitar as etapas do cronograma físico-financeiro, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários. Alocam-se ao contratado os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico. A contratação integrada tem singular relevância para a contratação de empreendimentos de infraestrutura, consideradas as complexidades técnicas e operacionais características de sua realização.

A contratação semi-integrada foi instituída no ordenamento jurídico por meio da Lei das Estatais e adotada pela Lei nº 14.133/2021. Sua definição é quase idêntica à contratação integrada, anotando-se a crucial distinção de que, na contratação semi-integrada, o projeto básico compete necessariamente à Administração, sendo o contratado responsável pela elaboração do projeto executivo.

É possível, porém, que o contratado, ao examinar o projeto básico, constate pontos de aperfeiçoamento e apresente inovações que possam importar em diminuição de custo, aumento da qualidade, redução do prazo de execução ou facilidade de manutenção ou operação. Nesse caso, se autorizado pela Administração, o projeto básico poderá ser alterado, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à sua alteração.

Quanto à forma de licitação, tanto na contratação integrada como semi-integrada deve-se necessariamente licitar por preço global e adotar a sistemática de medição e pagamento associada à execução de etapas do cronograma físico-financeiro vinculadas ao cumprimento de metas de resultado, vedada a adoção de sistemática de remuneração orientada por preços unitários ou referenciada pela execução de quantidades de itens unitários, conforme previsto no art. 46, §9º, da Lei nº 14.133/2021.

Na empreitada por preço global, a remuneração da contratada é feita após a execução de cada etapa, previamente definida no cronograma físico-financeiro. As medições de campo das quantidades realizadas devem ser precisas apenas o suficiente para definir o percentual executado do projeto. Essa particularidade facilita a fiscalização da obra, já que esse critério de medição não envolve necessariamente o levantamento preciso dos quantitativos dos serviços executados[4].

Por fim, registre-se o entendimento do TCU segundo o qual a "Administração deve compatibilizar o cronograma físico e financeiro de suas licitações e contratos ao crédito orçamentário disponível, de modo a evitar a contração de obrigações sem a existência de recursos orçamentários correspondentes (Lei 4.320/1964, art. 60 c/c Lei 8.666/1993,

4 COUTO, R.; CAPAGIO, A. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

art. 7°, § 2.°, inciso III)" (Acórdão 2650/2010-Plenário | Relator: Walton Alencar Rodrigues).

INDEXADOR: CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO. EXECUÇÃO INDIRETA. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

SUPERFATURAMENTO. DISTORÇÃO

PERGUNTA P7: O que significa o superfaturamento por distorção do cronograma físico-financeiro nas medições de obras e serviços de engenharia?

RESPOSTA: Uma das formas mais comuns de superfaturamento, inclusive com previsão na art. 6°, LVII, "d", da Lei 14.133/2021, ocorre por meio da "distorção do cronograma físico-financeiro". Esse tipo de superfaturamento, também chamado "jogo de cronograma", origina-se em orçamentos que apresentam preços unitários superiores aos de mercado nos serviços a serem executados inicialmente, compensados por reduções significativas nos preços dos serviços a executar no final do contrato, de forma a manter o valor global do contrato dentro dos valores de mercado. Essa distorção no cronograma físico-financeiro da obra propicia ao contratado auferir ganhos financeiros às custas da Administração, ou até mesmo paralisar a obra após ter executado os serviços que lhe beneficiam, sob a alegação de que os serviços restantes se encontram em desequilíbrio econômico-financeiro.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Está implícito na norma contida no art. 23 da Lei n° 14.133/2021 o dever jurídico de realizar um orçamento estimativo adequado, inclusive para que seja possível cumprir um dos objetivos do processo licitatório. O art. 11, III, da Lei n° 14.133/2021 fixa que um dos objetivos do processo licitatório é evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos.

Sobrepreço é o preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-

integrada ou integrada (art. 6º, LVI, da Lei 14/133/2021).

Já o superfaturamento é caracterizado por dano provocado ao patrimônio da Administração, em decorrência, entre outras situações, de: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços (art. 6º, LVII, da Lei 14/133/2021).

No sobrepreço, o valor orçado mostra-se expressivamente superior aos preços de mercado, ou seja, a cotação do objeto (obras, serviços de engenharia ou compras em geral) não observa os valores reais de mercado, ocasionada por deficiência na pesquisa de preços, por exemplo. Portanto, o sobrepreço se forma na fase interna da licitação, antes da assinatura contratual. Por outro lado, o superfaturamento se verifica após a assinatura do contrato. Tal afirmação se confirma em vista do previsto no art. 6º, inc. LVII, da Lei nº 14.133/2021, que exemplifica situações de superfaturamento que estão ligadas a fase de execução contratual, ou seja, medição deficiente, execução de objeto que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança, desequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado, dentre outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços. Ressalta-se que a ocorrência de superfaturamento e sobrepreço resulta na responsabilização dos envolvidos. Assim, para que se evite a ocorrência dessas irregularidades, na fase de planejamento da contratação deve-se observar rígidas diretrizes na apuração do preço estimado e, na fase contratual, é essencial a escorreita fiscalização da execução do contrato pela Administração[5].

Uma das formas mais comuns de superfaturamento, inclusive com previsão na art. 6º, LVII, "d", da Lei 14.133/2021 ocorre por meio da "distorção do cronograma físico-financeiro". Esse tipo de superfaturamento, também chamado "jogo de cronograma" pelo Roteiro de Auditoria de Obras Públicas do TCU, origina-se em orçamentos que apresentam preços unitários superiores aos de mercado nos serviços a serem executados inicialmente, compensados por reduções significativas nos preços dos serviços a executar no final do contrato, de forma a manter o valor global

5 Nota elaborada por Alessandra Corrêa Santos e Luan Campagnholo de Mattos, integrantes da Equipe Técnica Zênite.

do contrato dentro dos valores de mercado.

Com efeito, segundo o TCU, o "jogo de cronograma" ocorre quando "a parcela mais vantajosa de um contrato, do ponto de vista econômico-financeiro, é concentrada na fase inicial da obra, sem justificativa técnica, de maneira que as etapas posteriores não apresentam a mesma atratividade. Como consequência, causa dano ao erário se a contratada abandona as obras após a fase inicial, deixando-as inconclusas"(Acórdão 2257/2015-Plenário | Relator: Vital do Rêgo).

Algumas questões e riscos associados ao "jogo de cronograma" podem ser encontrados em acórdãos do TCU:

> *A definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nos editais para a contratação de obras, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor (Súmula TCU 259), ainda que se trate de empreitada por preço global. Essa obrigação tem por objetivo mitigar a ocorrência dos riscos associados tanto ao "jogo de cronograma" quanto ao "jogo de planilha". (Acórdão 1695/2018-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO)*
>
> *A existência na planilha contratual de serviços específicos com preços unitários acima dos referenciais de mercado, ainda que não caracterize sobrepreço global, deve ser evitada, principalmente se concentrados na parcela de maior materialidade da obra, pois traz risco de dano ao erário no caso de celebração de aditivos que aumentem quantitativos dos serviços majorados (jogo de planilha) ou diante da inexecução de serviços com descontos significativos nos preços, depois de executados aqueles com preços unitários superiores aos de mercado (jogo de cronograma). (Acórdão 2307/2017-Plenário | Relator: AUGUSTO NARDES)*
>
> *A aquisição de bens de alto valor, que representam percentual significativo do contrato, sem que sejam necessários no estágio em que a obra se encontra ou em momento próximo, expõe indevidamente a Administração à perda precoce da garantia do fabricante, à deterioração e ao jogo de cronograma, por meio do qual a empreiteira antecipa a medição de serviços mais rentáveis e abandona o contrato sem executar os menos rentáveis. A medição de tais bens somente deve ser feita quando forem efetivamente necessários à execução dos serviços a que se destinam, considerando a manutenção de estoque mínimo que permita a continuidade e o bom andamento dos serviços. (Acórdão 2442/2014-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)*

Essa distorção no cronograma físico-financeiro da obra propicia ao contratado auferir ganhos financeiros às custas da Administração, ou até

mesmo paralisar a obra após ter executado os serviços que lhe beneficiam, sob a alegação de que os serviços restantes se encontram em desequilíbrio econômico-financeiro. É oportuno destacar que o jogo de cronograma é uma prática bastante difícil de ser evitada pela Administração Pública. Ainda que o edital tenha estabelecido critérios de aceitabilidade de preço unitário, as licitantes dispõem de artifícios para inflar o preço dos serviços iniciais da obra.

Por exemplo, determinada licitante pode sagrar-se vencedora de um certame com 20% de desconto em relação ao orçamento-base da Administração, e com todos os preços unitários inferiores aos previstos pela Administração. No entanto, a proposta da licitante pode adotar os preços dos serviços da primeira metade da obra sem nenhum desconto em relação ao orçamento-base, enquanto os preços da segunda metade da obra foram cotados com 40% de desconto. Apesar de não haver danos ao erário decorrente de superfaturamento, há o risco de a construtora abandonar a obra, depois de executar a parte que lhe é interessante. Além disso, o abandono do contrato leva à ocorrência de jogo de planilha, pois os valores pagos pelos serviços que foram executados estão com desconto inferior ao desconto médio contratado.

Caso essa modalidade de superfaturamento seja detectada no início da execução física, cabe proposição de determinação corretiva para que o contrato seja repactuado, com vistas a eliminar tais distorções. Vale citar que o TCU analisou auditoria em que se constatou a prática do jogo de cronograma ainda na fase de licitação. Por meio do Acórdão 2.404/2012-Plenário, o Tribunal determinou à entidade jurisdicionada a anulação de certame, devido à ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários, dentre outras irregularidades. O Voto condutor desse Acórdão consignou que, "com a manipulação dos preços do orçamento – aumento dos custos dos serviços iniciais e redução dos finais, compatibilizando o preço final com o teto estipulado pela licitação – objetiva-se obter o lucro pretendido nas primeiras fases da obra". A Administração ficaria sujeita ao grave risco de a empresa contratada abandonar a obra após executar e receber pelos serviços iniciais com sobrepreço.

INDEXADOR: SUPERFATURAMENTO. DISTORÇÃO. CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

REDUÇÃO DO DESCONTO GLOBAL

PERGUNTA P8: É possível, nos termos aditivos dos contratos de obras e serviços de engenharia em que seja modificada a planilha orçamentária, a redução do desconto global em favor do contratado?

RESPOSTA: Não é possível, nos termos aditivos dos contratos de obras e serviços de engenharia em que seja modificada a planilha orçamentária, a redução do desconto global em favor do contratado. A Lei nº 14.133, de 2021, nos termos de seu art. 128, veda a redução do desconto global obtido como resultado da competitividade dos certames licitatórios, nos seguintes termos:

> Art. 128. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A regra que veda a redução do desconto global obtido como resultado da competitividade dos certames licitatórios foi prevista originariamente na Lei nº 11.768/2008 – Lei de Diretrizes Orçamentária do ano de 2009 – e encontrou espaço nas sucessivas Leis de Diretrizes Orçamentárias até o ano de 2013. Tratando-se de leis de eficácia temporária, a regra tinha que ser renovada anualmente.

Após isso o Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que trata dos critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, passou a disciplinar de forma expressa a necessidade de manutenção do desconto global. Nesse sentido, veja-se o seguinte dispositivo:

> *Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.*

Explicitada a regra geral quanto à necessidade de manutenção do desconto global, destaca-se a previsão excepcional prevista no parágrafo único do supracitado dispositivo, o qual é assim expresso: "Parágrafo único.

Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença a que se refere o caput poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação".

Portanto, em casos excepcionalíssimos e devidamente justificados, admite-se a possibilidade de redução da aludida diferença percentual. Para tanto, são exigidos, em apertada síntese, os seguintes pressupostos: a) a adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa; b) os custos unitários do aditivo contratual proposto não podem exceder os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma do referido Decreto, em especial nos seus artigos 3º, 6º, 13 a 15; c) deve ser assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada no respectivo certame.

Frise-se que a aplicação das regras dispostas no supracitado Decreto nº 7.983/13 para as licitações processadas com o fulcro na Lei nº 14.133/21 foi expressamente autorizada pela IN/SEGES/ME nº 91, de 16 de dezembro de 2022.

Com a edição da Lei nº 14.133, de 2021, a regra restou erigida também em seu art. 128, senão vejamos:

> *Art. 128. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.*
>
> *Da leitura da referida regra se infere que o escopo da norma não é regular a celebração inicial do contrato, mas sim os termos aditivos às contratações de obras e serviços de engenharia, para que destes não resulte a redução do desconto global alcançado na licitação. Trata-se de norma que visa impedir os efeitos do jogo de planilhas, que faz com que as contratações inicialmente orçadas em um determinado valor sejam superfaturadas por meio da inclusão de novos itens.*

Desse modo, o art. 128 da nova lei pretende coibir os jogos de planilha, ao passo que proíbe que o desconto original entre o valor global da proposta e do orçamento estimado possa ser reduzido diante do aumento da quantidade de um serviço específico ao qual foi atribuído preço unitário mais elevado. As alterações contratuais também irão repercutir em um elemento basilar dos contratos, pois, caso haja aumento ou diminuição do objeto, deverá ser reestabelecido, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro.

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro não surge, exclusivamente, diante de alterações contratuais realizadas de forma unilateral pela Administração Pública. A Lei nº 14.133/21, mais precisamente o seu art. 6º, inciso XXVII, estabelece que o contrato poderá dispor de uma cláusula relativa à matriz de riscos, sendo esta responsável por definir os riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Com o fim de esclarecer a regra de manutenção do desconto, o Ministro do TCU Valmir Campelo exemplifica:

> *O TCU tem prestigiado dois procedimentos para avaliação dos prejuízos decorrentes do jogo de planilhas: o método do balanço e o método do desconto.*
>
> *(...)*
>
> *Já o método do desconto nasceu no Acórdão nº 177/2004-Plenário, de competente relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues. Nesse procedimento, o desconto percentual é que deve ser mantido. No exemplo da tabela A, o desconto inicial era de 11,82%. Depois das alterações contratuais, houve um sobrepreço de 29,98%. Se o preço de referência após aditivos foi de R$ 200.800,00, então, ao valor final contratado deveria ser aplicado um redutor*
>
> *de R$ 11,82% deste valor. O limite para o preço contratado, pois, seria: R$ 200.800,00 - 11,82% = R$ 177.065,44. Como depois das modificações o valor da avença foi de R$ 261.000,00, o débito será: R$ 261.000,00 - R$177.065,44 = R$ 83.934,56.*
>
> *(...)*
>
> *As Leis de Diretrizes Orçamentárias anuais, contudo, têm privilegiado explicitamente o método do desconto. Em consequência, a tendência jurisprudencial mais recente do TCU tem sido seguir o método do desconto. (CAMPELO, Valmir. Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 362/363.)*

No âmbito do Tribunal de Contas da União a imperatividade desta regra da manutenção do desconto é jurisprudência assentada, conforme se verifica dos seguintes acórdãos:

> *Acórdão 2654/2012-TCU-Plenário*
>
> *Ministro Relator: Valmir Campelo*
>
> *Trecho do Acórdão:*

9.4.1. a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do sistema de referência utilizado não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária, nos termos do art. 125, § 5º, inciso I, da Lei nº 12.465/2011;

9.4.2. eventuais termos aditivos e reprogramações do empreendimento não podem extrapolar os limites previstos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993;

Acórdão 2630/2011-TCU-Plenário

Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti

Trecho do Acórdão:

9.2. determinar ao Departamento Nacional de Obras Contra as Secas – Dnocsque:

9.2.1. em caso de virem a ser realizadas alterações no Contrato 25/2011, mantenha o equilíbrio econômico financeiro do contrato, de forma a não reduzir o desconto inicial em favor da Administração, qual seja, o desconto global de 11,5% do valor do contrato em relação aos preços referenciais do Sicro e Sinapi, em cumprimento ao art. 127, § 5º, inciso I, da Lei 12.309/2010 (LDO 2011);

Acórdão nº 1767/2008-TCU-Plenário

Ministro Relator: Ubiratan Aguiar

Trecho da Ementa:

1. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, após a firmatura de termos aditivos, pressupõe a preservação dos mesmos padrões de desconto global consignados na proposta da licitante vencedora, relativamente ao orçamento-base da licitação.

Trecho do Voto:

Realizar qualquer alteração nos quantitativos de itens de um contrato tomando por base referenciais distintos daqueles previstos no edital do certame licitatório que o originou significa dizer que, na prática, há uma nova contratação sem licitação e em condições diferentes daquelas inicialmente pactuadas. Não existe, portanto, a garantia de que essas novas condições ainda se constituam na proposta mais vantajosa para a Administração.

Acórdão nº 1599/2010-TCU-Plenário

Ministro Relator: Marcos Bemquerer

Trecho do Acórdão:

9.2.1.2. calcular os descontos globais antes e depois do aditivo, para, em caso de diminuição desse percentual, ser inserida no contrato parcela compensatória negativa como forma de se dar cumprimento ao art. 65, §6º, da Lei nº 8.666/1993 (por interpretação extensiva) e aos arts. 112, §§6º, da Lei nº 12.017/2009 – LDO 2010 e 109, §6º da Lei nº 11.768/2008 – LDO 2009.

Verifica-se, assim, que nos termos aditivos firmados nos contratos de obras e serviços de engenharia resta vedada a alteração do percentual de desconto global obtido na contratação.

A diminuição do desconto global da proposta da licitante vencedora, por meio de termos aditivos, é causa de quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois as condições ofertadas para a Administração na proposta da contratada – leia-se: desconto global – serão alteradas.

O art. 37, XXI, da CF/88, assegura às partes contratantes a manutenção das condições econômico-financeiras da proposta de preços durante toda a vigência contratual. Ou seja, ao contratar com a empresa vencedora, a Administração tinha em seu favor o benefício do desconto obtido no certame licitatório, o qual consiste em uma cláusula econômico-financeira do contrato que foi determinante para o resultado da licitação e o posterior contrato. Se o desconto global ofertado pela Empresa fosse inferior, o valor da proposta de preços seria superior e provavelmente o resultado da licitação seria outro.

FONTE DE CONSULTA: PARECER nº 00019/2023/CGEN/SCGP/CGU/AGU (NUP 08059.000647/2018-13).

INDEXADOR: PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. MODIFICAÇÃO. REDUÇÃO DO DESCONTO GLOBAL. CONTRATOS. TERMO ADITIVO. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

PAGAMENTO DE VALORES. SEM COBERTURA CONTRATUAL

PERGUNTA P9: No caso de execução de obras e serviços de engenharia sem cobertura contratual é possível que a Administração proceda ao pagamento dos valores correspondentes ao que foi executado sem previsão expressa?

RESPOSTA: Muito embora seja nula a contratação verbal, sendo executadas as obras e/ou serviços de engenharia de forma satisfatória, o que caracteriza um proveito para a Administração, o contratado fará jus ao recebimento de indenização pelos serviços executados. É nesse sentido o disposto no art. 149 da Lei nº 14.133/2021:

> Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer as normas gerais e os princípios para a administração pública direta e indireta, foi expressa em consignar a necessidade da realização de certame licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações por parte da Administração. Nesse sentido, consta do art. 37, XXI, da CF/88:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

Com o fim de disciplinar o instituto da licitação e do consequente contrato administrativo foi recentemente editada a Lei nº 14.133/21, em substituição à Lei nº 8.666/93. No teor da referida legislação, a regra é que a licitação preceda à celebração de contratos administrativos, bem como que esses contratos sejam celebrados de forma escrita, especificando de forma clara o objeto contratado, bem como que seja comprovada a disponibilidade orçamentária por parte da pessoa jurídica de direito público que pretende contratar.

O regular trâmite das contratações administrativas se caracteriza pela realização da licitação, com a posterior celebração do contrato administrativo e a execução do objeto contratado nos exatos termos em que previsto no instrumento contratual.

Registra-se ainda, que o edital do certame licitatório e o instrumento contratual vinculam tanto o contratante como o contratado, de forma que só pode ser exigido e executado o quanto previsto no objeto pactuado.

Assim, caso haja a necessidade de continuidade na execução de serviços, cumpre às partes contratantes celebrar aditivo contratual para realizar a necessária prorrogação da sua vigência, desde que haja respaldo legal para tanto, ou celebrar um novo contrato, nos termos da legislação.

Como a regra é que os contratos administrativos sejam realizados de forma escrita, caso não se trate de exceção, a autorização informal implicará a nulidade do contrato verbal. Nesse sentido, transcreve-se o art. 95, § 2º, da Lei 14.133/21:

> *§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

Diante da nulidade da autorização para a prestação dos serviços sem previsão contratual, não haveria, a princípio, autorização para que a Administração procedesse com o pagamento dos valores correspondentes ao que foi executado sem previsão expressa.

Todavia, não se pode negar que a Administração obteve um benefício. Se os serviços eram necessários e foram executados de forma correta, resta configurado um proveito para a mesma. Logo, à luz da boa fé objetiva, caso não haja o correspondente pagamento, haverá enriquecimento sem causa.

Nessa esteira, apesar da nulidade da contratação verbal, havendo a prestação dos serviços de forma satisfatória, o que caracteriza um proveito para a Administração, o contratado fará jus ao recebimento de indenização pelos serviços executados. É nesse sentido o disposto no art. 149 da Lei 14.133/21:

> *Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.*

Portanto, mesmo em se reconhecendo a nulidade da prestação dos serviços sem cobertura contratual, deve a Administração indenizar o contratado pelo que este houver executado. O doutrinador Marçal Justen Filho (in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 974.) é preciso ao esclarecer a regra que impõe à Administração o dever de indenizar o contratado:

> *A eventual invalidade do ato jurídico que conduziu o particular a realizar prestação em benefício do Estado não legitima o enriquecimento sem causa. Caberá a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do Estado. Se tal se verificar como impossível, a solução será a indenização pelo correspondente.*
>
> *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 forem 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".*
>
> *(...)*

No âmbito da Advocacia-Geral da União, o entendimento acerca da necessidade de se indenizar o particular pelos serviços prestados sem cobertura contratual está sedimentado na Orientação Normativa nº 4, que registra: "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 apuração da responsabilidade de quem lhe der causa".

Embora o texto ainda se refira à legislação anterior, continua perfeitamente aplicável, haja vista que a nova lei em nada alterou a disciplina da matéria.

O mesmo se pode afirmar quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, que também vão no mesmo sentido, como demonstram as decisões a seguir:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

(...)

4. Quanto ao dever de indenizar, o STJ entende que, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

Precedentes: AgRg no AREsp 5.219/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2/6/2011; REsp 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007.

5. In casu, o Tribunal a quo constatou que "a não celebração do contrato somente pode ser debitada à União, porquanto não há nem sequer indício de que a autora, em algum momento, tenha se resignado ante à inércia da Receita Federal em ultimar as ditas 'análises' a fim de formalizar a contratação". Não há como o STJ modificar as conclusões da Corte de origem sem incursionar no suporte fático-probatório dos autos. Incide, na espécie, o óbice da Súmula 7/STJ.

(...)

9. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 239.295/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 25/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – OBJETO DA LICITAÇÃO DIVERGENTE DO EDITAL – DEVOLUÇÃO – UTILIZAÇÃO PELA AGRAVANTE POR CERTO PERÍODO – INDENIZAÇÃO PELO PRAZO UTILIZADO – CONSEQUÊNCIA – O EFEITO DO ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.8.666/93 É CONSEQUÊNCIA DA ANULAÇÃO DO CERTAME – DESNECESSÁRIA A RECONVENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. In casu, o agravado forneceu o objeto da licitação em desconformidade com o que previa o edital. Discute-se se deve ser deduzido do valor a ser devolvido à agravante o valor referente à indenização pelo período que utilizou a máquina, sem que tenha havido pedido ou reconvenção nesse sentido.

2. O art. 59, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.666/93 deve ser aplicado como consequência lógica da devolução, abatendo-se do montante a ser ressarcido à Universidade o valor referente ao uso efetivo da máquina e a sua depreciação.

3. Mesmo não sendo norma de ordem pública, deve o art. 59, parágrafo único da Lei n. 8.666/93 ser aplicado por questão de lógica jurídica ao se devolver a máquina após o uso, e para evitar o indesejado enriquecimento sem causa da agravante. Precedente.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1159120/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 19/02/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.

2. Não há como alterar as conclusões obtidas pelo Tribunal de origem que, com base nas provas dos autos, entendeu ter havido a efetiva prestação do serviço por parte da autora. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Não sendo o caso de valor exorbitante, ante o arbitramento dos honorários em 10% (dez por cento) do valor da causa, não cabe a esta Corte modificar o decisório sem incursionar no substrato fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)

(...) Da moldura fática que se obtém do acórdão recorrido, os pontos mais importantes são:

a) A recorrida providenciou a compra, montagem e adaptação das ambulâncias objeto do certame antes da decisão da administração de anular o certame, o que evidencia um prejuízo obtido com a anulação da licitação.

b) A recorrida não concorreu para as causas da nulidade. É licitante de boa-fé.

Em tais situações, ainda que não se possa obrigar a administração a comprar esses veículos, pois não se aplica às licitações o princípio da contratação compulsória, deve-se indenizar os terceiros de boa-fé que foram atingidos pelo ato da administração.

A responsabilidade do estado nestas situações não decorre da quebra contratual, tendo em vista que esta ocorreu em face da constatação de irregularidades insanáveis. Trata-se de responsabilidade extracontratual, em que o dever de indenizar aflora em razão da ocorrência do dano ocasionado ao licitante de boa-fé. (...)

(STJ, Dec. Monocrática, REsp n. 895.352/DF, rel. Min. Humberto Martins, DJe de 07.08.2009)

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.

(STJ, REsp 753039/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 122)

(...) A contratação irregular é evidenciada nas cópias do Processo 23244.001435/2013-37 fornecida pelo IFAC, onde constam documentos e faturas que demonstram, detalhadamente, as solicitações e os fornecimentos dos serviços pendentes de pagamento descritos na inicial. Não há dúvida que essa contratação assemelhada ao tipo verbal, sem amparo legal, foi realizada.

Esse contrato verbal, por não se enquadrar na excepcionalidade disposta no parágrafo único do art. 60 da Lei de Licitações, classifica-se como nulo e de nenhum efeito, nos termos desse mesmo dispositivo legal e da vasta jurisprudência desta Corte (Acórdãos do Plenum 890/2007, 1550/2008, 710/2008, 452/2008).

Não obstante o vício de nulidade que carrega o ato da contratação ilegal, avalio que o atesto por parte da entidade beneficiada pelos serviços, comprovado nas faturas acostadas aos autos, bem como o reconhecimento pelo Instituto da requisição dos

serviços prestados, sujeitam essa entidade ao pagamento devido, sob o risco de se caracterizar o locupletamento descabido do Estado, sem prejuízo da apuração da responsabilidade dos agentes públicos que contribuíram para tal ilicitude.

Ressalto, apenas, que possível exclusão da obrigação da Administração de ressarcir o particular pode até ser aceita no caso de comprovada alguma má-fé do prestador dos serviços, situação que, no caso em estudo, não foi revelada nos autos.

(...)

(TCU, Acórdão n. 1.095/2014, 1ª Câmara, rel. Min. Valmir Campelo)

(...) não há sentido em se proceder à anulação uma vez que os contratos já foram cumpridos a contento. Não se pode olvidar que a Administração é obrigada a realizar a contrapartida financeira em relação aos serviços devidamente prestados, sob pena de incorrer em enriquecimento sem causa"

(TCU, Acórdão n. 1.029/2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Embora o Acórdão embargado tenha determinado a anulação da licitação e do contrato decorrente, permanece a obrigação de Administração em indenizar a empresa contratada pelos serviços executados até a sustação do contrato, consoante o disposto no parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93. (TCU Acórdão n. 2.240/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo)

Sendo assim, a despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento de dívida e o respectivo pagamento exige que tenha havido boa fé por parte da contratada, que os serviços tenham sido efetivamente prestados e de forma satisfatória, devidamente comprovados com atesto e regular liquidação, apurando-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

FONTE DE CONSULTA: PARECER nº 00027/2023/CGEN/SCGP/CGU/AGU (NUP 08675.002099/2018-91)

INDEXADOR: PAGAMENTO DE VALORES. SEM COBERTURA CONTRATUAL. EXECUÇÃO SEM PREVISÃO EXPRESSA. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO. COMPENSAÇÃO

PERGUNTA P10: Nos aditivos contratuais que englobem o acréscimo e supressão do objeto contratual relativo a obras e serviços de engenharia pode ser promovida a compensação entre eles para efeito de cômputo dos limites percentuais previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, ou do art. 125 da Lei nº 14.133, de 2021?

RESPOSTA: Não. Os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se a essas alterações os limites percentuais previstos no art. 65, § 1º, da lei nº 8.666/93 ou no art. 125 da Lei nº 14.133/21, sem qualquer compensação entre si.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A previsão normativa que autoriza à Administração exigir do contratado acréscimos e supressões até os limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 ou no art. 125 da Lei nº 14.133/21 não lhe legitima a agir contrariamente aos princípios que regem a licitação pública, essencialmente o que busca preservar a execução contratual de acordo com as características da proposta vencedora do certame, sob pena de se ferir o princípio constitucional da isonomia.

Com efeito, os supracitados comandos legais têm como finalidade única viabilizar correções quantitativas do objeto licitado, conferindo certa flexibilidade ao contrato, mormente em função de eventuais erros advindos dos levantamentos contidos no projeto básico e/ou termo de referência. Portanto, os limites mencionados nas respectivas legislações devem ser verificados separadamente, tanto nos acréscimos quanto nas supressões de itens ao contrato, e não pelo cômputo final que tais alterações (acréscimos menos decréscimos) possam provocar na equação financeira do contrato.

Tal entendimento, inclusive, é objeto da Orientação Normativa nº 50, de 25 de abril de 2014 (objeto de alteração pela Portaria n. 140/AGU, de 26 de abril de 2021), a qual é assim expressa:

> *I – OS ACRÉSCIMOS E AS SUPRESSÕES DO OBJETO CONTRATUAL DEVEM SER SEMPRE CALCULADOS SOBRE O VALOR INICIAL DO CONTRATO ATUALIZADO, APLICANDO-SE DE FORMA ISOLADA OS LIMITES PERCENTUAIS PREVISTOS EM LEI AO CONJUNTO DE*

ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES, VEDADA A COMPENSAÇÃO DE ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES ENTRE ITENS DISTINTOS, NÃO SE ADMITINDO QUE A SUPRESSÃO DE QUANTITATIVOS DE UM OU MAIS ITENS SEJA COMPENSADA POR ACRÉSCIMOS DE ITENS DIFERENTES OU PELA INCLUSÃO DE NOVOS ITENS.

II – NO ÂMBITO DO MESMO ITEM, O RESTABELECIMENTO PARCIAL OU TOTAL DE QUANTITATIVO ANTERIORMENTE SUPRIMIDO NÃO REPRESENTA COMPENSAÇÃO VEDADA, DESDE QUE SEJAM OBSERVADAS AS MESMAS CONDIÇÕES E PREÇOS INICIAIS PACTUADOS, NÃO HAJA FRAUDE AO CERTAME OU À CONTRATAÇÃO DIRETA, JOGO DE PLANILHA, NEM DESCARACTERIZAÇÃO DO OBJETO, SENDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL, ALÉM DO RESTABELECIMENTO, A REALIZAÇÃO DE ADITAMENTOS PARA NOVOS ACRÉSCIMOS OU SUPRESSÕES, OBSERVADOS OS LIMITES LEGAIS PARA ALTERAÇÕES DO OBJETO EM RELAÇÃO AO VALOR INICIAL E ATUALIZADO DO CONTRATO."

REFERÊNCIA: art. 124, inciso I, alínea "b", e arts. 125 e 126 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021; art. 65, inciso I, alínea "b", e § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; Parecer PGFN/CJU/CLC/nº 28/2009, Parecer nº 1359/2010/LC/NAJSP/ AGU, Parecer nº 16/2021/DECOR/CGU/AGU, Despacho nº 158/2021/Decor/CGU/AGU e Despacho nº 172/2021/DECOR/CGU/AGU.

Portanto, resta demonstrada a necessidade de que os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato devidamente atualizado, sendo vedada a compensação de acréscimos e supressões entre itens distintos. Logo, não é possível compensar a supressão de quantitativos de um ou mais itens por acréscimos de itens diferentes ou por inclusão de novos itens.

Contudo, deve-se ressalvar que, no âmbito do mesmo item, o restabelecimento parcial ou total de quantitativo anteriormente suprimido por força de termo aditivo pretérito não representa compensação vedada. Os pressupostos, para tanto, são: a) observância das mesmas condições e preços iniciais pactuados; b) inexistência de fraude ao certame ou à contratação direta; c) inexistência de jogo de planilha, e d) ausência de descaracterização do objeto. É juridicamente possível, além do restabelecimento, a realização de aditamentos para novos acréscimos ou supressões, observados os limites legais para alterações do objeto, considerando o valor inicial e atualizado do contrato.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 16/2021/DECOR/CGU/AGU, Despacho nº 158/2021/Decor/CGU/AGU, Despacho nº 172/2021/DECOR/CGU/AGU (NUP 00170.000307/2016-24), bem como o Acórdão nº 66/2021-TCU-Plenário.

INDEXADOR: ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO. COMPENSAÇÃO. LIMITES. ADITIVOS CONTRATUAIS. OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA.

EDITAL DE LICITAÇÃO

PERGUNTA P11: Nos editais de licitações de obras e serviços de engenharia sob o regime da empreitada por preço global pode ser dispensada a fixação do critério de aceitabilidade dos preços unitários?

RESPOSTA: Não. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Com efeito, a fixação dos critérios de aceitabilidade é obrigação do gestor, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8666, de 1993:

> *Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
>
> *(..)*
>
> *X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*

Em idêntico sentido, destaca-se o teor do § 3º do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021, o qual é assim expresso:

> *Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:*
>
> *(...)*

> *§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.*

No âmbito da AGU, não se desconhece que a matéria é objeto da Orientação Normativa nº 5, de 1º de abril de 2009, editada pelo Sr. Advogado-Geral da União, publicado no Diário Oficial da União, em 07 de abril de 2009, que estabelece o seguinte:

> *Orientação Normativa nº 5 da AGU*
>
> *Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global.*

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, já pacificou o entendimento com a edição da Súmula nº 259, in verbis:

> *Súmula TCU nº 259: "Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor".*

Por sua vez, o Decreto nº 7.893/13 (o qual, dentre outras providências, estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União) apresenta, no seu art. 2º, inciso IX, bem como no seu art. 13, as seguintes disposições no que concerne à formatação e aceitabilidade de preços:

> *Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:*
>
> *(...)*
>
> *IX - critério de aceitabilidade de preço - parâmetros de preços máximos, unitários e global, a serem fixados pela administração pública e publicados no edital de licitação para aceitação e julgamento das propostas dos licitantes".*
>
> *(...)*
>
> *Art. 13. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço global e de empreitada integral, deverão ser observadas as seguintes disposições para formação e aceitabilidade dos preços:*
>
> *I - na formação do preço que constará das propostas dos*

licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles obtidos a partir dos sistemas de custos de referência previstos neste Decreto, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o art. 9º, fiquem iguais ou abaixo dos preços de referência da administração pública obtidos na forma do Capítulo II, assegurado aos órgãos de controle o acesso irrestrito a essas informações;

Ressalta-se que o referido Decreto teve a sua aplicabilidade reconhecida para as licitações e contratações decorrentes da Lei nº 14.133/21 pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 91, de 16 de dezembro de 2022.

A despeito da disposição regulamentar, destaca-se ainda o entendimento esposado no âmbito do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

"A definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global nos editais para a contratação de obras, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor (Súmula TCU 259), ainda que se trate de empreitada por preço global. Essa obrigação tem por objetivo mitigar a ocorrência dos riscos associados tanto ao "jogo de cronograma" quanto ao "jogo de planilha". Por determinação contida no Acórdão 2257/2015 Plenário, proferido em processo de auditoria realizada nas obras de expansão dos Institutos de Química e de Biologia da Universidade Federal Fluminense (UFF), foi instaurada tomada de contas especial, em razão do superfaturamento, da ordem de R$ 2,7 milhões, identificado na obra do Instituto de Química da UFF. Entre as condutas que contribuíram para a ocorrência de preços excessivos frente ao mercado, mereceu destaque a ausência de definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários no edital da licitação, propiciando o chamado jogo de cronograma, corroborado pelo fato de que a construtora abandonou a obra logo no seu começo, tendo sido os itens iniciais do empreendimento medidos e pagos com sobrepreço. Citados, o presidente da comissão de licitação da UFF e a empresa contratada ofereceram, em síntese, os seguintes elementos de defesa:

"a) houve o cumprimento do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, tendo em vista que a redação do referido dispositivo suscita dúvida quanto à sua obrigatoriedade ou não;

b) os valores globais contratados foram menores que os valores estimados, mesmo existindo itens nos quais o preço contratado era superior ao preço do Sistema Sinapi;

c) apesar de não previsto na LDO de 2010, a partir da LDO de 2011 passou-se a admitir que fossem cotados preços superiores aos fixados pelos órgãos e entidades da Administração para os itens

de licitação em regime de preço global, desde que o somatório de todos os itens da licitação não ultrapassasse o somatório dos preços estimados para os mesmos; d) o número de itens fiscalizados foi ínfimo em relação ao número de itens cotados; e) a LDO de 2010 não obrigava a fixação de preços máximos para os itens a serem cotados em licitação por preço global". Ao examinar tais argumentos, o relator destacou, preliminarmente, quanto à aplicação do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, que a jurisprudência do TCU é pacífica, desde 2002, no sentido de que a definição do critério de aceitabilidade de preços unitários e global, com a fixação de preços máximos para ambos, é obrigação, e não faculdade do gestor, ainda que se trate de empreitada por preço global, e que essa obrigação teria por objetivo precípuo mitigar riscos associados tanto ao jogo de cronograma como ao jogo de planilha. Nesse sentido, destacou, "a não inclusão dos critérios de aceitabilidade de preços unitários nos editais para a contratação da obra caracteriza irregularidade". Quanto aos argumentos de que deveria ser avaliado se havia ou não sobrepreço no valor global contratado em detrimento da amostra analisada e de que o número de itens fiscalizados fora ínfimo em relação aos cotados, o relator entendeu que eles não deveriam prosperar, isso porque "como o contrato foi rescindido em sua fase inicial, a metodologia utilizada pela unidade técnica de avaliar apenas os itens medidos e pagos mostra-se correta, uma vez que tem o condão de avaliar se houve jogo de cronograma", além do que "a própria construtora reconheceu que apresentou um orçamento com valor percentualmente maior nos primeiros meses do empreendimento, sob a justifica de que no início haveria custos iniciais muito altos, com posterior diminuição do volume de gastos no final". Ao final do seu voto, o relator deixou assente que, a despeito do fato de que "a própria LDO 2010, vigente à época da prática dos atos ora inquinados, previa no § 3º do art. 112, de modo excepcional, devidamente justificado em relatório técnico circunstanciado, a utilização de custos unitários acima do limite fixado no caput do próprio art. 112 (Sinapi e Sicro)", no caso em análise, entretanto, "tal dispositivo não pode ser evocado de modo a afastar a irregularidade, uma vez que não foi utilizado pelos gestores no âmbito dos processos administrativos que antecederem as contratações das obras, de modo a justificar eventual utilização de itens com preços acima dos referenciais do Sinapi e/ou do Sicro". Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los, solidariamente, em débito. (Acórdão 1695/2018 Plenário - BOLETIM DE INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO TCU, Número 351 Sessões: 24, 25 e 31 de julho e 1º de agosto de 2018).

Desta feita, cumpre à Administração atentar para as normas, orientações e jurisprudência acima destacadas, estabelecendo em seu Edital o critério de aceitabilidade dos preços unitários e globais, com fixação de preços máximos para ambos.

FONTE DE CONSULTA: Orientação Normativa AGU nº 5, de 1º de abril de 2009; Súmula nº 259-TCU, bem como o Acórdão nº 1695/2018-TCU-Plenário.

INDEXADOR: EDITAL DE LICITAÇÃO. REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL. CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DOS PREÇOS UNITÁRIOS E GLOBAL. OBRIGAÇÃO.



COMPÊNDIO DE PERGUNTAS FREQUENTES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – SERVIÇOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

CAPÍTULO 3

CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

SUMÁRIO DO CAPÍTULO 3

REVISÃO DE VALORES. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL 136

PERGUNTA P1: É NECESSÁRIA A REVISÃO DE VALORES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE ENVOLVAM O FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL, DE VALOR ESTIMADO, FIRMADOS COM BASE EM PERCENTUAL DE DESCONTO SOBRE A TABELA DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, TENDO EM VISTA A ALTA DE PREÇOS DESTE INSUMO? 136

PREGÃO ELETRÔNICO 139

PERGUNTA P2: EM PREGÃO ELETRÔNICO, É NECESSÁRIA A APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PARA A VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS? 139

RETROAÇÃO DOS EFEITOS. IPCA. IGP-M 140

PERGUNTA P3: É POSSÍVEL A RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA APLICAÇÃO DO ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO - IPCA À DATA DO ÚLTIMO REAJUSTE REALIZADO PELO ÍNDICE GERAL DE PREÇOS – MERCADO - IGP-M, CONSIDERANDO A CIRCUNSTÂNCIA DE TER SIDO EFETIVADO APÓS O PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INDEXADOR? 140

SUPRESSÃO 142

PERGUNTA P4: É POSSÍVEL A RENOVAÇÃO DE CONTRATO PARA APENAS UM ITEM (SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO) COM A SUPRESSÃO DE DOIS ITENS (GASOLINA E DIESEL)? 142

RETENÇÃO DE CRÉDITO 144

PERGUNTA P5: COMO AGIR NA HIPÓTESE DE A EMPRESA CONTRATADA, APÓS O SERVIÇO TER SIDO PRESTADO, ENCERRAR SUAS ATIVIDADES E APRESENTAR SITUAÇÃO CADASTRAL "BAIXADA" NO CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA? 144

APLICAÇÃO CUMULATIVA. SANÇÕES 146

PERGUNTA P6: É POSSÍVEL A APLICAÇÃO CUMULATIVA DA MULTA COMPENSATÓRIA, DA MULTA MORATÓRIA E DA TAXA DE COMPENSAÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE CESSÃO DE USO? 146

PRAZO DE VIGÊNCIA DA CONTRATAÇÃO 151

PERGUNTA P7: É ADMISSÍVEL A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO SEM ESTIPULAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA? 151

REAJUSTE 153

PERGUNTA P8: QUAIS SERIAM AS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DE REAJUSTE? A OMISSÃO DA CONTRATADA EM SOLICITAR A APLICAÇÃO DO ÍNDICE FIXADO CONTRATUALMENTE SIGNIFICA A PRECLUSÃO DO SEU DIREITO? 153

AUSÊNCIA. ÍNDICE DE REAJUSTE ESPECÍFICO 160

PERGUNTA P9: NA AUSÊNCIA DE ÍNDICE DE REAJUSTE ESPECÍFICO PREVIAMENTE FIXADO, QUAL SERÁ O ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO A SER APLICADO AO CONTRATO? 160

AUSÊNCIA. ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO 163

PERGUNTA P10: NA AUSÊNCIA DE EXPLICITAÇÃO DO ÍNDICE ECONÔMICO A SER UTILIZADO, SERÁ POSSÍVEL A FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO PARA A ESPECIFICAÇÃO DO ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO DO PREÇO? 163

REAJUSTE. CONTRATO EXPIRADO 164

PERGUNTA P11: : É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE REAJUSTE CONTRATUAL, EM SE TRATANDO DE CONTRATO EXPIRADO? 164

EXTINÇÃO DO CONTRATO 173

PERGUNTA P12: A OCORRÊNCIA DE REORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL DA CONTRATADA, DE NATUREZA SUBJETIVA (FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO) , ACARRETA A EXTINÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO FIRMADO? 173

CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL 179

PERGUNTA P13: NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OCUPA A POSIÇÃO DE LOCATÁRIA, COM PREVISÃO DE UM ÍNDICE DE REAJUSTE ESPECÍFICO, É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DE ÍNDICE DE REAJUSTE DIVERSO, A FIM DE MANTER A VANTAJOSIDADE DA CONTRATAÇÃO? 179

CONTRATO ADMINISTRATIVO. SICAF 185

PERGUNTA P14: É POSSÍVEL REALIZAR PAGAMENTO EM FAVOR DE EMPRESA CONTRATADA CONSTATANDO-SE, JUNTO AO SICAF, A SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE? 185

REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO 189

PERGUNTA P15: É CABÍVEL PEDIDO DE REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONTINUADOS E NOS CONTRATOS DE ESCOPO APÓS CELEBRAÇÃO DE ADITIVO DE PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA? 189

DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL 195

PERGUNTA P16: COMO PROCEDER EM CASO DE DÍVIDA DECORRENTE DE DESPESA CONTRAÍDA SEM COBERTURA CONTRATUAL? 195

CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL. RESCISÃO 199

PERGUNTA P17: NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OCUPA A POSIÇÃO DE LOCATÁRIA É CABÍVEL A RESCISÃO DO AJUSTE COM FULCRO EM RAZÃO DE INTERESSE PÚBLICO, A EXEMPLO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE OCUPAR IMÓVEL PERTENCENTE À UNIÃO? 199

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS 204

PERGUNTA P18: QUANDO CABÍVEL, A CONTRATAÇÃO DIRETA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS DEVE OCORRER MEDIANTE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE? 204

DISPENSA DE LICITAÇÃO 213

PERGUNTA P19: É DISPENSÁVEL A LICITAÇÃO QUANDO NÃO HOUVER LICITANTES INTERESSADOS OU QUANDO OS PREÇOS OFERECIDOS FOREM MANIFESTAMENTE SUPERIORES AOS DO MERCADO EM CERTAME ANTERIOR? QUAIS OS REQUISITOS DA DISPENSA? 213

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÕES - EBC 216

PERGUNTA P20: REVELA-SE OBRIGATÓRIA A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE PUBLICIDADE LEGAL PRESTADOS PELA EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÕES - EBC MEDIANTE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO? 216

CONTRATO DE LOCAÇÃO 223

PERGUNTA P21: DEVE A ADMINISTRAÇÃO VERIFICAR A REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA DA LOCADORA DO IMÓVEL OBJETO DE CONTRATO COM A ADMINISTRAÇÃO? **223**

NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA PRÉVIA **226**

PERGUNTA P22: SABENDO-SE QUE RESTA LEGALMENTE EXIGIDO O EXAME PRÉVIO E CONCLUSIVO DOS TEXTOS DE EDITAL DE LICITAÇÃO E DOS RESPECTIVOS CONTRATOS OU INSTRUMENTOS CONGÊNERES, BEM COMO DOS ATOS PELOS QUAIS SE RECONHEÇA A INEXIGIBILIDADE OU A DISPENSA DE LICITAÇÃO, POR PARTE DO ÓRGÃO JURÍDICO COMPETENTE, NOS MOLDES DO ARTIGO 11, INCISO VI, "A", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 73/93 E DO ARTIGO 38, § ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93 (COM DISPOSITIVO CORRELATO NO ARTIGO 53, CAPUT, DA LEI N. 14.133/2021 C/C SEU §4º), O FATO DE INEXISTIR TAL MANIFESTAÇÃO JURÍDICA ANTERIOR ACARRETA A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO? **226**

RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA **233**

PERGUNTA P23: HÁ NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE TERMO ADITIVO PARA FORMALIZAR A RESCISÃO CONTRATUAL UNILATERAL MOTIVADA POR FATO ATRIBUÍVEL À CULPA DA EMPRESA CONTRATADA (AQUELA PERPETRADA NOS TERMOS DO ART. 79, I, DA LEI Nº 8.666/93, QUANDO VERIFICADA UMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS I A XII E XVII DO ART. 78 DA MESMA LEI) E ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS PARA EXAME PRÉVIO DA CONSULTORIA JURÍDICA? **233**

NEPOTISMO. VEDAÇÃO **240**

PERGUNTA P24: PODE A ADMINISTRAÇÃO CONTRATAR EMPRESA QUE SE RECUSA A FORNECER DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEPOTISMO? **240**

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS **243**

PERGUNTA P25: A ADJUDICAÇÃO PELO MENOR PREÇO GLOBAL POR LOTE/GRUPO, EM LICITAÇÃO PROCESSADA SEGUNDO O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS, AUTORIZA A CONTRATAÇÃO FUTURA DE ITENS INDIVIDUALIZADOS QUE O COMPÕEM? **243**

EXTINÇÃO CONTRATUAL **247**

PERGUNTA P26: QUAIS CONDUTAS DEVEM SER ADOTADAS EM CASO DE COBRANÇA DE FATURA REALIZADA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO? **247**

REMANESCENTE DE OBRAS E SERVIÇOS LEI Nº 8.666/93 E Nº 14.133/21 **249**

PERGUNTA P27: PODE A ADMINISTRAÇÃO DISPENSAR A LICITAÇÃO PARA A EXECUÇÃO DO REMANESCENTE DE OBRA, SERVIÇO OU FORNECIMENTO EM CASO DE RESCISÃO CONTRATUAL? **249**

PRORROGAÇÃO DE PRAZO CONTRATUAL **251**

PERGUNTA P28: PODE A ADMINISTRAÇÃO PRORROGAR CONTRATO CELEBRADO COM EMPRESA IMPEDIDA DE LICITAR E CONTRATAR COM A UNIÃO? **251**

VEDAÇÃO À APRESENTAÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO **254**

PERGUNTA P29: PODE A ADMINISTRAÇÃO ACEITAR A INCLUSÃO DE DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO COMPLEMENTAR APÓS A ABERTURA DA SESSÃO PÚBLICA? **254**

SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA CONTRATADA NO SICAF **256**

PERGUNTA P30: HÁ POSSIBILIDADE DE FIRMAR ADITIVO CONTRATUAL COM CONTRATADA QUE SE ENCONTRA IRREGULAR JUNTO AO SICAF OU A RESCISÃO DEVE SER OPERADA IMEDIATAMENTE? **256**



PERGUNTAS E RESPOSTAS FUNDAMENTADAS

REVISÃO DE VALORES. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL

PERGUNTA P1: É necessária a revisão de valores nos contratos administrativos que envolvam o fornecimento de combustível[3], de valor estimado, firmados com base em percentual de desconto sobre a tabela da Agência Nacional de Petróleo, tendo em vista a alta de preços deste insumo?

RESPOSTA: Por se tratar de contrato de valor estimativo, o preço a ser pago pela Administração resulta de aplicação de tabela de preços vigente no dia - no caso, abastecimento -, não havendo que se falar em reequilíbrio econômico-financeiro, pois a utilização de tabela com variação permanente de preços, de per si, importa no exercício prático da atualização dos preços praticados.

3 Registre-se que, nas contratações referidas, ao invés da Administração licitar diretamente a aquisição de combustível, opta-se por utilizar a intermediação de uma empresa, a qual ficará incumbida de gerenciar o fornecimento de combustível e fornecer esse serviço. Pela descrição do objeto, a prestação dos serviços dar-se-á sob a forma de gerenciamento, ou seja, a Administração transferirá a um terceiro a gestão e controle das demandas de combustível

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

NA Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, exige a manutenção das condições efetivas da proposta, a fim de proteger a equação econômica dos contratos administrativos. Por sua vez, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece os instrumentos que visam garantir a recomposição do equilíbrio entre os direitos e as obrigações pactuados entre as partes: o reajuste; a repactuação e a recomposição extraordinária do equilíbrio econômico.

O Parecer AGU nº JT-02, de 26 de fevereiro de 2009, aprovado pelo Presidente da República, que adotou os fundamentos do Parecer AGU/JTB 01/2008, embasado no Acórdão TCU nº 1.563/2004-Plenário, apresenta, didaticamente, as diferenças entre a repactuação e o reajustamento de preços em sentido estrito, considerando-os espécies do gênero reajustamento de preços em sentido amplo.

No reajuste em sentido estrito, previsto no artigo 40, inciso XI, c/c o artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 25, §§ 7º e 8º, e art. 92, inc. V, da Lei nº 14.133/2021), bem como nos artigos 2º e 3º, da Lei nº 10.192/2001, a correção anual se dá pela aplicação de um índice oficial previamente estipulado no contrato, para a manutenção dos preços propostos, no intuito de corrigir distorções provocadas pela inflação ou deflação no mercado.

A repactuação, nos contratos de prestação de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão de obra, regulamentada pelo artigo 5º, do Decreto nº 2.271/97, c/c artigos 54 e seguintes, da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05/2017, consiste na adequação dos preços dos custos envolvidos na execução do objeto - a exemplo dos materiais e mão de obra -, com fundamento na demonstração analítica da variação dos preços de tais custos. Destarte, na repactuação, a correção anual do valor requer a comprovação analítica da variação de preços de mercado, por meio de Planilha de Custos e Formação de Preços. O artigo 25, § 8º, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, prevê a repactuação nos contratos de prestação de serviços continuados, com dedicação exclusiva de mão de obra.

A revisão contratual operada com base na "Teoria da Imprevisão" somente tem lugar nos casos em que a equação econômico-financeira é afetada por eventos posteriores e imprevisíveis que alteram substancialmente o conteúdo ou a extensão das prestações impostas ao contratante. A disciplina encontra-se no artigo 65, inciso II, alínea d, c/c §6º da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 124, inc. II, alínea d, da Lei nº 14.133/2021). A alegação de desequilíbrio econômico-financeiro deve ser acompanhada do conjunto probatório tendente a demonstrar a ocorrência das causas majorantes, com exata delimitação da ocorrência dos fatos imprevisíveis, comprovando o impacto destes fatos imprevistos e, sobretudo, a efetiva variação/majoração dos custos e dos encargos contratuais derivados.

No caso de contratos administrativos que envolvam o fornecimento de combustível, de valor estimado, deve ser observada a forma do ajuste, no que tange à remuneração da empresa contratada, estabelecida com base em percentual de desconto sobre o preço médio (semanal/mensal) praticado no período do abastecimento, na localidade do contrato, definidos no sítio oficial da Agência Nacional de Petróleo - ANP, sobre o qual será aplicado o percentual de desconto oferecido.

Sendo assim, não há que se falar em reequilíbrio quando se constata que o preço pago pela Administração já sofre automaticamente a revisão do preço toda vez que há efetivo aumento na bomba de combustíveis e que é refletido na Tabela da ANP.

Tal revisão automática pode ter o efeito de impactar o orçamento estimado para o exercício para a cobertura da despesa mas, tratando-se de orçamento estimativo ou estimatório, tal como previsto no art. 60, §2º da Lei nº 4.320, de 1964, o que basta é a complementação do orçamento, que pode ser realizado por mero apostilamento, a teor do que dispõe o §8º do art. 65, da Lei nº 8.666/93 (art. 136, inc. IV, da Lei nº 14.133/2021), assim vazado, in verbis:

> *§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (grifei)*

Dessa forma, revela-se desnecessário o pedido de reequilíbrio financeiro nos contratos administrativos que envolvam o fornecimento de combustível, de valor estimado, firmados com base em percentual de desconto sobre a tabela da Agência Nacional de Petróleo, tendo em vista a alta de preços deste insumo. Nestes casos, a revisão de preços pretendida já é automaticamente realizada em razão de o fornecedor cobrar o preço praticado na bomba, limitado ao valor previsto na Tabela da Agência Nacional do Petróleo, sendo necessário, apenas, que o órgão reforce seu orçamento estimativo dentro de suas necessidades, não podendo executar o contrato quanto o valor orçamentário estimado previsto para o exercício já tiver sido consumido e não houver sua complementação orçamentária.

A oscilação dos preços, por si só, não enseja o reequilíbrio contratual. O preço a ser pago pela Administração resulta de aplicação de tabela de preços vigente no dia - no caso, abastecimento. O reequilíbrio econômico-financeiro fica, assim, reservado somente àquelas hipóteses em que o fato superveniente, imprevisível ou de efeitos imprevisíveis, causa um desequilíbrio na proposta inicial, motivando sua equalização, e não quando, a despeito do aumento dos preços, tais aumentos já são refletidos em tabela de preços que é aplicada pela Administração Pública.

FONTE DE PESQUISA: Parecer n. 03158/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU, revisado pelo DESPACHO nº 00121/2021/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 08455.008492/2021-88); Parecer nº 04743/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 08500.006088/2021-87).

NUP: 08455.008492/2021-88 e 08500.006088/2021-87

Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE ENVOLVEM O FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. CONTRATOS DE VALOR ESTIMADO. CONTRATOS FIRMADOS COM BASE EM PERCENTUAL DE DESCONTO SOBRE A TABELA DA ANP. REFORÇO ORÇAMENTÁRIO VIA APOSTILAMENTO.

PREGÃO ELETRÔNICO

PERGUNTA P2: Em pregão eletrônico, é necessária a apresentação de justificativa para a vedação da participação de consórcios?

RESPOSTA: Sim, tanto a admissão, quanto a vedação à participação de consórcios são opções cuja adoção reclama a devida apresentação de justificativas por parte do Órgão Licitante.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

NA Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, exige a manutenção das condições efetivas da proposta, a fim de proteger a equação econômica dos contratos administrativos. Por sua vez, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece os instrumentos que visam garantir a recomposição do equilíbrio entre os direitos e as obrigações pactuados entre as partes: o reajuste; a repactuação e a recomposição extraordinária do equilíbrio econômico.

> ***Nota Explicativa:*** *A experiência prática demonstra que as licitações que permitem essa participação são aquelas que envolvem serviços de grande vulto e/ou de alta complexidade técnica. Como o presente modelo de minuta foi elaborado com foco no dia a dia da Administração, consignou-se a vedação acima.*

Note-se que "...a aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, requerendo-se, porém, que sua opção seja sempre previamente justificada no respectivo processo administrativo, conforme entendimento dos Acórdãos de ns. 1.636/2006-P e 566/2006-P" - TCU Ac n. 2869/2012-Plenário (Item 1.7.1).

Em todo caso, a Administração deverá fundamentar qualquer opção adotada, uma vez que "(...) a vedação de empresas em consórcio, sem que haja justificativa razoável (...)" pode ser considerada restrição à competitividade do certame (TCU, Ac nº 963/2011-2ª Câmara, Item 9.2.1).

Caso haja a opção pela participação de empresas em consórcio, além da justificativa, a Administração deverá utilizar as regras de habilitação de consórcios constantes deste Edital adiante.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 03154/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 08430.007981/2022-81

LEI Nº 14.133, de 2021: A vedação de participação no processo licitatório de pessoas jurídicas reunidas em consórcio é exceção e essa opção deverá ser devidamente justificada pela Administração, nos termos do art. 15, caput.

INDEXADOR: LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. JUSTIFICATIVA. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS.

RETROAÇÃO DOS EFEITOS. IPCA. IGP-M

PERGUNTA P3: É possível a retroação dos efeitos da aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA à data do último reajuste realizado pelo Índice Geral de Preços – Mercado - IGP-M, considerando a circunstância de ter sido efetivado após o pedido de alteração do indexador?

RESPOSTA: Como regra, a alteração das cláusulas econômico-financeiras depende da aquiescência de ambas as partes, preceito emanado do caráter consensual do contrato administrativo.

Nesse contexto, sendo induvidoso que o indexador faz parte das chamadas "cláusulas econômico-financeiras", a respectiva alteração também dependerá do consenso de ambas as partes, mas, mesmo nessa seara, será o interesse público que deve pautar a conduta da Administração.

Portanto, sendo o caso de a Administração anuir com a substituição do IGP-M pelo IPCA, não se verifica óbices legais ou jurídicos a que se empreste efeitos financeiros à data do último reajuste, sobretudo quando o pedido de alteração do indexador foi realizado anteriormente, sem prejuízo do abatimento dos valores eventualmente pagos a maior, no cotejo entre um e outro indexadores, em futuros pagamentos a serem realizados pelo contratado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

No âmbito dos contratos administrativos, dentre as prerrogativas conferidas à Administração, há a possibilidade de modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público, como estabelece o art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993, assim redigido:

> *Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*
>
> *I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;*
>
> *II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;*
>
> *III - fiscalizar-lhes a execução;*
>
> *IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;*
>
> *V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.*
>
> *§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*
>
> *§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (destacou-se)*

Entretanto, como pode ser observado do § 1º acima reproduzido, as chamadas "cláusulas econômico-financeiras e monetárias" somente poderão ser alteradas com prévia concordância do contratado, cuja anuência, uma vez concedida, passará a constituir a vontade de ambas as partes.

Salvo raríssimas exceções, em que a lei até dispensa a vontade de quaisquer das partes para modificá-las, como na hipótese do § 5º[3] do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, a recíproca também é verdadeira quando a pretensão de alteração emana do contratado, que igualmente dependerá da aquiescência da Administração, cuja concordância sempre deverá estar norteada pelo interesse público.

FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 03469/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 64548.003547/2019-81

LEI Nº 14.133, de 2021: Art. 104

INDEXADOR: RETROAÇÃO DOS EFEITOS. IPCA. ÚLTIMO REAJUSTE. IGP-M.

SUPRESSÃO

PERGUNTA P4: É possível a renovação de contrato para apenas um item (serviços de manutenção) com a supressão de dois itens (gasolina e diesel)?

RESPOSTA: A questão da prorrogação do contrato depende da anuência da empresa contratada. Logo, eventual modificação no contrato que não seja aceita pela empresa contratada não prosperará quando se questionar a empresa contratada sobre a prorrogação.

2 § 5o Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

De outro lado, estando em vigor o contrato, orienta-se no sentido de que eventual supressão do mesmo leve em consideração o valor total contratado. Ou seja, caso se pretenda suprimir itens do grupo contratado, dever-se-á levar em consideração o valor total do grupo contratado para se aferir se se enquadra na hipótese de supressão de contrato permitida pela Lei unilateralmente pela Administração (dentro do percentual permitido pela Lei para a supressão pretendida, de acordo com o objeto). De outro lado, caso se pretenda supressão do contrato maior do que o percentual permitido na Lei, também é possível, porém dependerá de acordo entre as partes, assim como no caso de qualquer prorrogação de contrato.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Sobre o tema, o art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, assim preceitua:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 1o O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos.*
>
> *§ 2o Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)*
>
> *I - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)*
>
> *II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)*
>
> *(...)*

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 03360/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 21002.000396/2022-69

LEI Nº 14.133, de 2021: Arts. 124, 125 e 126.

INDEXADOR: PRORROGAÇÃO. CONTRATO. LIMITES. SUPRESSÃO. ACORDO.

RETENÇÃO DE CRÉDITO

PERGUNTA P5: Como agir na hipótese de a empresa contratada, após o serviço ter sido prestado, encerrar suas atividades e apresentar situação cadastral "baixada" no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica?

RESPOSTA: Diante do quadro exposto, cabe registrar que os valores devidos devem efetivamente ficar retidos pela Administração, como medida de cautela, devendo o caso ser encaminhado ao órgão de execução da Advocacia-Geral da União, para o ajuizamento de ação de consignação em pagamento, com o fim de que seja depositado em juízo o valor referente à fatura do contrato.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A ação de consignação em pagamento é prevista de forma expressa nos arts. 539 a 548 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015):

> *Art. 539. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.*
>
> *§ 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o valor ser depositado em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.*
>
> *§ 2º Decorrido o prazo do § 1º, contado do retorno do aviso de recebimento, sem a manifestação de recusa, considerar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.*
>
> *§ 3º Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, poderá ser proposta, dentro de 1 (um) mês, a ação de consignação, instruindo-se a inicial com a prova do depósito e da recusa.*
>
> *§ 4º Não proposta a ação no prazo do § 3º, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.*

Art. 540. Requerer-se-á a consignação no lugar do pagamento, cessando para o devedor, à data do depósito, os juros e os riscos, salvo se a demanda for julgada improcedente.

Art. 541. Tratando-se de prestações sucessivas, consignada uma delas, pode o devedor continuar a depositar, no mesmo processo e sem mais formalidades, as que se forem vencendo, desde que o faça em até 5 (cinco) dias contados da data do respectivo vencimento.

Art. 542. Na petição inicial, o autor requererá:

I - o depósito da quantia ou da coisa devida, a ser efetivado no prazo de 5 (cinco) dias contados do deferimento, ressalvada a hipótese do art. 539, § 3º;

II - a citação do réu para levantar o depósito ou oferecer contestação.

Parágrafo único. Não realizado o depósito no prazo do inciso I, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Art. 543. Se o objeto da prestação for coisa indeterminada e a escolha couber ao credor, será este citado para exercer o direito dentro de 5 (cinco) dias, se outro prazo não constar de lei ou do contrato, ou para aceitar que o devedor a faça, devendo o juiz, ao despachar a petição inicial, fixar lugar, dia e hora em que se fará a entrega, sob pena de depósito.

Art. 544. Na contestação, o réu poderá alegar que:

I - não houve recusa ou mora em receber a quantia ou a coisa devida;

II - foi justa a recusa;

III - o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;

IV - o depósito não é integral.

Parágrafo único. No caso do inciso IV, a alegação somente será admissível se o réu indicar o montante que entende devido.

Art. 545. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º No caso do caput , poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.

§ 2º A sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária.

Art. 546. Julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Parágrafo único. Proceder-se-á do mesmo modo se o credor receber e der quitação.

Art. 547. Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos possíveis titulares do crédito para provarem o seu direito.

Art. 548. No caso do art. 547 :

I - não comparecendo pretendente algum, converter-se-á o depósito em arrecadação de coisas vagas;

II - comparecendo apenas um, o juiz decidirá de plano;

III - comparecendo mais de um, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os presuntivos credores, observado o procedimento comum.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 03367/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 08297.004724/2021-99

INDEXADOR: RETENÇÃO DE CRÉDITO. EMPRESA COM SITUAÇÃO CADASTRAL BAIXADA NO CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.

APLICAÇÃO CUMULATIVA. SANÇÕES

PERGUNTA P6: É possível a aplicação cumulativa da multa compensatória, da multa moratória e da taxa de compensação financeira em contrato de cessão de uso?

RESPOSTA: Sim, uma vez que tais multas possuem naturezas jurídicas diversas. A multa moratória visa sancionar o contratado pela demora injustificada na execução do contrato. Já a multa compensatória tem o objetivo de indenizar a Administração pelos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato.

No tocante à taxa de compensação financeira, ela é devida nos casos de eventuais atrasos de pagamento pela Administração, desde que o contratado não tenha concorrido de alguma forma para o atraso (Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 26 de maio de 2017, Anexo XI, item 5), enquanto a multa é uma sanção imposta ao contratado no caso de cometimento de infração administrativa.

Neste contexto, entende-se ser possível cumular a taxa de compensação financeira com a sanção de multa, pois ambas tem finalidades diversas. Porém, no tocante às penas de multa moratória e compensatória, deve o órgão técnico observar o entendimento jurisprudencial de que a cumulação entre tais penas só é possível se a aplicação da multa se der por fatos geradores diversos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Inicialmente, recorde-se que a Administração Pública não detém discricionariedade para optar entre punir ou não punir o particular faltoso com suas obrigações contratuais. Nessas hipóteses, constitui dever do gestor público instaurar procedimento administrativo para a aplicação de penalidades. A discricionariedade reside somente em fase posterior, ou seja, no momento da escolha da sanção a ser aplicada, instante em que deverá ser sopesada a gravidade da infração em cotejo com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sublinha-se que, nos termos do art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, a aplicação da penalidade de multa depende de previsão no instrumento convocatório ou no contrato, nestes termos:

> *RESPOSTA Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*
>
> *(...)*
>
> *II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*
>
> *(...)*

Neste sentido é também o disposto no art. 86 do mesmo Diploma Legal e que trata, especificamente, da multa de mora:

> *Art. 86.* ***O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.***
>
> *§ 1o A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.*
>
> *§ 2o A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.*
>
> *§ 3o Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.*
> *(destacou-se)*

Portanto, a Lei nº 8.666, de 1993, aponta em seu art. 86 a possibilidade de incidência de multa moratória, aplicável quando houver atraso injustificado na execução do contrato, e no art. 87, inciso II, a possibilidade de o contrato prever, também, uma multa com característica diversa, ou seja, uma multa compensatória.

No Caderno de Logística – Sanções Administrativas do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP (2015), na Parte 1, item 3.2, consta a distinção entre os dois tipos de multa: moratória (art. 86) e compensatória (art. 87) da Lei nº 8666, conforme lição a seguir:

> ***3.2. Multa****:*
>
> *Com relação à pena de multa, esta é a única que possui natureza pecuniária e que pode ser cumulada com as outras sanções.*
>
> *O art. 86 da Lei. nº 8.666, de 1993, prevê a aplicação de multa para o atraso injustificado na execução do contrato. É a* ***multa de "mora"****, ou seja, pela demora injustificada para a execução do contrato.* ***Tem caráter sancionatório*** *cujo objetivo é penalizar o particular em relação ao atraso no cumprimento de prazo contratual.*
>
> *O art. 87 do mesmo normativo prevê a aplicação da* ***multa por descumprimento total ou parcial das obrigações contratuais. Possui um caráter indenizatório****, cujo objetivo é trazer uma compensação pelos prejuízos causados à Administração, na hipótese de descumprimento que comprometa a exequibilidade do objeto contratado.*
> *(destacou-se)*

Como visto, tais multas possuem naturezas jurídicas diversas. A multa moratória visa sancionar o contratado pela demora injustificada na execução do contrato. Já a multa compensatória tem o objetivo de indenizar a Administração pelos prejuízos decorrentes da inexecução do contrato. De qualquer modo, ambas devem estar previstas no instrumento contratual e, por possuírem natureza jurídica diversa, elas podem ser aplicadas cumulativamente, desde que sejam oriundas de fatos geradores distintos, como aponta a jurisprudência pátria:

> *CONTRATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ATRASO INJUSTIFICADO. MULTAS COMPENSATÓRIA E MORATÓRIA.* ***ÚNICO FATO GERADOR****. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.* ***Embora as multas moratória e compensatória possam ser cumuladas, quando seus respectivos fatos geradores forem diversos, não é este o caso dos autos, uma vez que a hipótese de incidência de ambas as multas é a mesma, qual seja, o atraso na entrega do objeto licitado****. Precedentes STJ. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS.*
>
> *(TJRS - Embargos Infringentes Nº 70031519085, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 21/08/2009) (Sem grifos no original).*

Ainda a respeito do tema há a decisão do Tribunal de Contas da União - TCU no Acórdão nº 2198/2009-Plenário, cujo Sumário aponta o seguinte:

> *Levantamento de Auditoria. ELETROBRÁS. FISCOBRAS 2007.*
>
> *obras de expansão do sistema de transmissão de energia elétrica no Mato Grosso. irregularidades em alguns dos contratos firmados pela entidade. acréscimo de valor contratual superior ao limite legal. aquisição de equipamentos a preços superiores à média de mercado. prorrogação injustificada dos prazos de fornecimento. omissão na aplicação das penalidades administrativas. AUSÊNCIA de adoção das medidas judiciais cabíveis em razão do não cumprimento, por parte das contratadas, dos prazos firmados em contrato para a entrega de equipamentos. Acolhimento parcial das razões de justificativa. CONSTITUIÇÃO DE PROCESSO APARTADO PARA EXAME CIRCUNSTANCIADO DAS IRREGULARIDADES APONTADAS EM UM DOS CONTRATOS. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.*
>
> *1. A multa contratual por atraso no cumprimento da obrigação, caracterizada como cláusula penal moratória, não possibilita a cobrança de outros valores a título de perdas e danos, em virtude desse fato;*
>
> *2. No caso de rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública, decorrente de inadimplemento culposo da obrigação principal, cabe à entidade pleitear indenização por perdas e*

> *danos, se ausente previsão de cláusula penal compensatória. (TCU - Processo TC-009.235/2007-5, Acórdão nº 2198/2009-Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 23/09/2009) (Sem grifos no original).*

Portanto, à luz da jurisprudência pátria, é possível cumular as sanções de multa moratória e compensatória, eis que tais sanções possuem naturezas jurídicas diversas. Contudo, a cumulação da multa moratória e compensatória decorrentes de um mesmo fato gerador é vedada pelo ordenamento jurídico por importar em verdadeiro bis in idem. Ou seja, é vedada a aplicação das referidas penalidades pela prática do mesmo ato irregular.

De outro giro, no que se refere à taxa de compensação, a Lei nº 8.666, de 1993, estabelece o seguinte:

> *Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XIV - condições de pagamento, prevendo:*
>
> *(...)*
>
> *c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
>
> *d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;*
>
> *(...)*
>
> *Veja que a norma do art. 40, inciso XIV, da Lei nº 8.666, de 1993, exige a presença, no edital, de normas que tratem sobre as compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos.*

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 03407/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 64159.004791/2022-40

LEI Nº 14.133, de 2021: Arts. 25, 92, 156 e 162.

INDEXADOR: APLICAÇÃO CUMULATIVA. SANÇÕES. MULTAS COMPENSATÓRIA E MORATÓRIA. TAXA DE COMPENSAÇÃO. CONTRATO DE CESSÃO DE USO.

PRAZO DE VIGÊNCIA DA CONTRATAÇÃO

PERGUNTA P7: É admissível a celebração de contrato sem estipulação do prazo de vigência?

RESPOSTA: Como regra, não, conforme disposto na Lei nº 8.666 (art. 60, parágrafo único, e art. 57, §3º), de 1993, o contrato administrativo deve, obrigatoriamente, prever o seu prazo de vigência, em regra, limitado ao crédito orçamentário. Desta feita, o contrato administrativo sem estabelecimento do prazo de vigência é considerado nulo e, em razão disso, não produz efeitos.

Impende salientar que o "prazo de execução" do contrato administrativo não se confunde com o "prazo de vigência". Com efeito, o prazo de vigência é o período de duração do contrato que não pode ultrapassar o respectivo crédito orçamentário, exceto nos casos particularizados na Lei (incisos do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993). Por sua vez, o prazo de execução é o tempo que o particular tem para executar o objeto e está, portanto, englobado no prazo de vigência.

Portanto, deverá haver previsão contratual dos dois prazos: tanto o de vigência quanto o de execução, pois, vale repetir, não se admite contrato com prazo indeterminado (o que, como se sabe, comporta exceções, a exemplo da hipótese contida na Orientação Normativa AGU nº 36/2011) e o interesse público exige que haja previsão de fim tanto para a execução do objeto quanto para que a Administração cumpra a sua prestação na avença.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Lei nº 8.666, de 1993, trata do tema nos seguintes artigos:

> *Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3o É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.*

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, por sua vez, foi editada a Orientação Normativa nº 36, de 13 de dezembro de 2011, que admite, de forma excepcional, a vigência por prazo indeterminado, nas seguintes situações:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 36, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011 (*)

"A ADMINISTRAÇÃO PODE ESTABELECER A VIGÊNCIA POR PRAZO INDETERMINADO NOS CONTRATOS EM QUE SEJA USUÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS DE ENERGIA ELÉTRICA, ÁGUA E ESGOTO, SERVIÇOS POSTAIS MONOPOLIZADOS PELA ECT (EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS) E AJUSTES FIRMADOS COM A IMPRENSA NACIONAL, DESDE QUE NO PROCESSO DA CONTRATAÇÃO ESTEJAM EXPLICITADOS OS MOTIVOS QUE JUSTIFICAM A ADOÇÃO DO PRAZO INDETERMINADO E COMPROVADAS, A CADA EXERCÍCIO FINANCEIRO, A ESTIMATIVA DE CONSUMO E A EXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS."INDEXAÇÃO: POSSIBILIDADE, ADMINISTRAÇÃO, ESTABELECIMENTO, VIGÊNCIA, CONTRATO, USUÁRIO, SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, ENERGIA ELÉTRICA, ÁGUA, ESGOTO, PROCESSO, CONTRATAÇÃO, EXPLICITAÇÃO, MOTIVAÇÃO, JUSTIFICAÇÃO, ADOÇÃO, INDETERMINAÇÃO, PRAZO, COMPROVAÇÃO, EXERCÍCIO FINANCEIRO, ESTIMATIVA, CONSUMO, EXISTÊNCIA, PREVISÃO, RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS.

REFERÊNCIA: Art. 62, § 3º, inc. II, da Lei nº nº 8.666, de 1993. Lei nº 8.987, de 1995; Lei 9.074, de 1995; Lei nº 11.445, de 2007.PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(*) Editada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

FONTE DE PESQUISA: PARECER n.º 03977/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 00588.001636/2020-77

LEI Nº 14.133, de 2021: O art. 109 da Lei, na mesma linha do contido na Orientação Normativa nº 36, de 2011, estabelece:

> *Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.*

INDEXADOR: DISTINÇÃO. PRAZO DE EXECUÇÃO DO OBJETO. PRAZO DE VIGÊNCIA DA CONTRATAÇÃO. CONTRATO. PRAZO INDETERMINADO.

REAJUSTE

PERGUNTA P8: Quais seriam as hipóteses de concessão de reajuste? A omissão da contratada em solicitar a aplicação do índice fixado contratualmente significa a preclusão do seu direito?

RESPOSTA: O reajuste em sentido estrito expressa a manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, por meio da aplicação de índice de correção monetária dos preços pactuados que reflita efetivamente as variações dos custos do mercado.

Entende-se que deve ser concedido ex officio pela Administração, em regra, independentemente de solicitação do contratado, e formalizado por mero apostilamento, não representando uma modificação contratual, em conformidade com o PARECER nº 00003/2023/DECOR/CGU/AGU (NUP n. 00688.000929/2020-17).

Vale destacar, no entanto, que, segundo o mencionado Parecer, por caracterizar-se o reajuste em sentido estrito como direito de ordem patrimonial, com caráter disponível, não há óbice jurídico para que, em tese, seja consumada a renúncia tácita ou a preclusão lógica do seu exercício nos contratos continuados e nos contratos de escopo, desde que cumulativamente: a) o edital ou contrato preveja expressamente que a concessão do reajuste resta condicionada à solicitação do contratado; b) que não haja solicitação do reajuste antes da celebração do aditamento; c) seja celebrado aditamento para a prorrogação do prazo de vigência do contrato sem qualquer ressalva quanto à ulterior análise do reajuste pela Administração; e d) o edital expressamente preveja que a formalização do aditamento sem a concessão do reajuste, ou ressalva de sua superveniente análise, será considerada como renúncia ou preclusão lógica do direito.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O fundamento de validade do reajuste se encontra na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001:

> *Lei nº 8.666, de 1993*
>
> *Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*
>
> *(...)*
>
> *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;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.*

Lei nº 10.192, de 2001

Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

(...)

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Trata-se de um critério de reajuste de preços típico dos contratos de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra, diferindo da repactuação, a qual é aplicável aos contratos com previsão de mão de obra exclusiva, como indicam as Instruções Normativas AGU nº 23/2009 e nº 24/2009:.

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 23 (*)

"O EDITAL OU O CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO DEVERÁ INDICAR O CRITÉRIO DE REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, SOB A FORMA DE REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO, ADMITIDA A ADOÇÃO DE ÍNDICES GERAIS, ESPECÍFICOS OU SETORIAIS, OU POR REPACTUAÇÃO, PARA OS CONTRATOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, PELA DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DA VARIAÇÃO DOS COMPONENTES DOS CUSTOS."

INDEXAÇÃO: REAJUSTAMENTO DE PREÇOS. REAJUSTE. ÍNDICE. REPACTUAÇÃO. COMPOSIÇÃO DE CUSTOS. DEMONSTRAÇÃO ANÁLITICA. PREVISÃO. CONTRATO.

REFERÊNCIA: Arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192, de 2001; art. 40, inc. XI, art.55, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997; Parecer JT-02/AGU; Acórdãos TCU 1.563/2004-Plenário, 1.941/2006-Plenário e 1.828/2008-Plenário.

PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(*) alterada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 24 (*)

"O CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA DEVE INDICAR QUE O REAJUSTE DAR-SE-Á APÓS DECORRIDO O INTERREGNO DE UM ANO CONTADO DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA."

INDEXAÇÃO: SERVIÇO. SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA MÃO DE OBRA. REAJUSTE. INTERREGNO. APRESENTAÇÃO. PROPOSTA.

REFERÊNCIA: Arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, e 57, incs. II e IV da Lei nº 8.666, de 1993; arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192, de 2001; art. 5º, Decreto 2.271, de 1997; Parecer JT-02/AGU.

PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(*) alterada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

A Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 26 de maio de 2017, dispõe que:

Art. 61. O reajuste em sentido estrito, como espécie de reajuste contratual, consiste na aplicação de índice de correção monetária previsto no contrato, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

§ 1º É admitida estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

§ 2º O reajuste em sentido estrito terá periodicidade igual ou superior a um ano, sendo o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir, ou, no caso de novo reajuste, a data a que o anterior tiver se referido.

§ 3º São nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos casos em que o valor dos contratos de serviços continuados sejam preponderantemente formados pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo.

(destacou-se)

Um ponto que sempre suscitava dúvidas entre os órgãos e entidades da Administração Pública se referia à necessidade de se requerer o reajuste para que ele pudesse ser reconhecido. Em outras palavras, questionava-se se a omissão da contratada em solicitar a aplicação do índice fixado contratualmente significava a preclusão do seu direito. O tema foi objeto de análise pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União no PARECER n. 00003/2023/DECOR/CGU/AGU (NUP n. 00688.000929/2020-17), assim ementado:

> ***DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO. CONTRATOS DE ESCOPO. CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS. NÃO APLICAÇÃO EM REGRA DA PRECLUSÃO LÓGICA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE INCIDÊNCIA, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PREVISTA NO EDITAL OU CONTRATO.***
>
> *I) A preclusão lógica caracteriza-se como a renúncia tácita a um direito em razão da prática de ato incompatível ou inconciliável com seu regular exercício.*
>
> *II) Nos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, a celebração de termo aditivo para renovação das obrigações pactuadas por um período subsequente não representa per si e em regra medida logicamente incompatível com a concessão do reajuste em sentido estrito dos preços pactuados, uma vez que o reajuste consubstancia mera expressão da preservação da equação econômico-financeira dos contratos administrativos mediante correção monetária que retrate a variação efetiva dos custos de produção.*
>
> *III) Nos contratos administrativos de escopo, reputa-se igualmente que em regra também não se caracteriza a renúncia tácita do direito de reajuste em sentido estrito em decorrência da celebração de aditamento de prazo de vigência para a prorrogação do cronograma de execução do objeto, uma vez que nessa hipótese a dilação contratual importa medida necessária para a própria conclusão do escopo pactuado, não representando per si e em regra ato inconciliável com ulterior concessão do reajuste em sentido estrito dos preços contratados.*
>
> *IV) Por caracterizar-se o reajuste em sentido estrito como direito de ordem patrimonial e disponível, não há óbice jurídico para que, em tese, seja consumada a renúncia tácita ou a preclusão lógica do seu exercício nos contratos continuados e nos contratos de escopo, desde que cumulativamente: (a) o edital ou contrato preveja expressamente que a concessão do reajuste resta condicionada à solicitação do contratado; (b) que não haja solicitação do reajuste antes da celebração de aditamento de vigência; (c) seja celebrado aditamento para a prorrogação do prazo de vigência do contrato sem qualquer ressalva quanto*

à ulterior análise pela Administração do reajuste e (d) o edital expressamente preveja que a formalização do aditamento sem a concessão do reajuste, ou ressalva de sua superveniente análise, será considerada como renúncia ou preclusão lógica do direito.

V) Considerando que o reajuste em sentido estrito é um direito patrimonial disponível, que as renúncias se interpretam estritamente (art. 114 do Código Civil), que os preceitos de direito privado se aplicam supletivamente aos contratos administrativos, que os contratos administrativos devem dispor com clareza e precisão sobre os deveres, obrigações e responsabilidades das partes (§ 2º do art. 89 da Lei n. 14.133, de 2021, § 1º do art. 54 da Lei n. 8.666, de 1993), a renúncia tácita do reajuste em sentido estrito não prescinde de disciplina no edital ou contrato para fins de sua caracterização.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00003/2023/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000929/2020-17.

LEI Nº 14.133, de 2021: No regime jurídico dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133, de 2021, observa-se que não há disposições substancialmente distintas em relação aos comandos da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

(...)

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

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

(...)

§ 3º Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;

(...)

INDEXADOR: REAJUSTE. CONCESSÃO. SOLICITAÇÃO. PRECLUSÃO.

AUSÊNCIA. ÍNDICE DE REAJUSTE ESPECÍFICO

PERGUNTA P9: Na ausência de índice de reajuste específico previamente fixado, qual será o índice de reajustamento a ser aplicado ao contrato?

RESPOSTA: Para que o reajuste contratual seja de fato justo, ele deve refletir a efetiva variação dos custos. Entretanto, vários são os índices possíveis de serem aplicados para a medição da inflação, sendo que uns podem ser mais vantajosos para a Administração, enquanto outros para o contratado, tornando-se mais importante uma análise pormenorizada dos resultados práticos de cada opção.

Observa-se que a lei não estabelece o índice a ser utilizado, desde que a escolha permita retratar a efetiva variação dos custos, e é exatamente isso que deve nortear a escolha da Administração. Ao admitir a adoção de índices específicos ou setoriais, a lei não criou uma exceção, mas quis justamente reforçar a necessidade de que a variação dos custos seja realmente abarcada pelo reajuste.

Nesse contexto, o limite à discricionariedade na escolha de um índice é a capacidade de ele refletir a real elevação dos custos daqueles insumos vinculados ao objeto contratual. Dessa maneira, a adoção de índices gerais em substituição aos índices específicos ou setoriais não faria sentido pela própria metodologia utilizada em cada um deles.

O Tribunal de Contas da União já afirmou ser preferível, sempre que possível, a aplicação de índices setoriais específicos (Acórdão nº 2474/2012-Plenário, ministro rel. Marcos Bemquerer Costa, j. 11/9/2012).

Na ausência de índice específico, tanto o IPCA quanto o IGP-M podem ser utilizados. Existe discricionariedade na opção, desde que se busque o índice que reflita da melhor forma possível a variação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, estabelece a preservação do equilíbrio econômico entre as partes nos contratos administrativos, nos seguintes moldes:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *(...)*
>
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)*

O reajuste contratual é o meio pelo qual a Administração Pública assegura a preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes, garantindo a justa remuneração ao contratado. A Lei nº 8.666, de 1993, estabelece o reajuste como uma cláusula necessária em todo contrato, nos seguintes termos:

> *Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*
>
> *(...)*
>
> *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;*

A referida Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 40, inciso XI, por sua vez, estabelece que o edital deve prever o critério de reajuste contratual, devendo retratar a variação efetiva do custo de produção, nos seguintes moldes:

> *Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*

Sobre o tema, vale ressaltar que a Lei nº 8.666, de 1993, prevê que o reajustamento do contrato pode ser realizado mediante apostilamento, dispensando-se a elaboração de termo aditivo. É o que preconiza o art. 65, § 8º:Quanto à possibilidade ou não de alteração dos preços registrados na ata do registro de preços (ARP), através da incidência de reajuste, a análise posta permite uma solução conjunta, não apenas para o reajuste, mas também para os demais institutos de manutenção do equilíbrio econômico do contrato.

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 8o A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.*

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n.º 00003/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 67246.024617/2020-61

LEI Nº 14.133, de 2021: O art. 6º, inciso LVIII, da Lei define o reajustamento em sentido estrito, "admitida a adoção de índices específicos ou setoriais", a seguir:

> *Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:*
>
> *(...)*
>
> *LVIII - reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;*
>
> *(...)*

O art. 136, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, igualmente contemplou o apostilamento como forma de reajuste do valor contratual, sendo desnecessária a celebração de aditivo, in verbis:

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;

(...)

Sendo assim, a formalização de reajuste do valor contratual continua a ser por simples apostila.

INDEXADOR: AUSÊNCIA. ÍNDICE DE REAJUSTE ESPECÍFICO. APLICAÇÃO. ÍNDICE DE REAJUSTE GERAL. IPCA. IGP-M.

AUSÊNCIA. ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO

PERGUNTA P10: Na ausência de explicitação do índice econômico a ser utilizado, será possível a formalização de termo aditivo para a especificação do índice de reajustamento do preço?

RESPOSTA: Sim, conforme a doutrina e a jurisprudência, tem-se como possível a realização de termo aditivo, nas contratações de serviços continuados sem dedicação exclusiva de mão de obra, para a especificação do índice de reajustamento, quando, embora prevista a possibilidade de realização deste (reajustamento) nas regras editalícias/contratuais, encontra-se ausente a respectiva indicação (do índice a ser aplicado).

No entanto, nas contratações de serviços de Tecnologia da Informação em que haja previsão de reajuste de preços por aplicação de índice de correção monetária, é obrigatória a adoção do Índice de Custos de Tecnologia da Informação - ICTI, tal como previsto no art. 24 da Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 4 de abril de 2019, entendendo-se ser despicienda a necessidade de formalização de termo aditivo para o respectivo apontamento do mesmo (índice econômico a ser utilizado no reajustamento).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nesse sentido, no âmbito da Advocacia-Geral da União - AGU, pode-se citar, a título de exemplo: o PARECER nº 00188/2021/CJU-MG/CGU/AGU (NUP: 67532.002177/2020-65); PARECER nº 0921/2022/CONJUR-EB/CGU/AGU (NUP: 64561.007575/2022-02); e PARECER nº 00517/2021/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (NUP: 08059.000647/2018-13).

Na mesma esteira, o TCU assim dispôs:

> *9.4. determinar à DG/MinC que celebre termo aditivo ao contrato de forma a restar estabelecido formalmente o índice de correção a ser utilizado, o qual deverá ser preferencialmente um índice setorial ou específico, e, apenas na ausência de tal índice, um índice geral, o qual deverá ser o mais conservador possível de forma a não onerar injustificadamente a administração; (Acórdão n. 114/2013-Plenário).*

O mencionado art. 24 da Instrução Normativa SGD/ME nº 1, de 2019, por sua vez, dispõe no seguinte sentido:

> *Art. 24. Nas contratações de serviços de Tecnologia da Informação em que haja previsão de reajuste de preços por aplicação de índice de correção monetária, é obrigatória a adoção do Índice de Custos de Tecnologia da Informação - ICTI, instituído pela Portaria GM/MP nº 424, de 7 de dezembro de 2017, e mantido pela Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. (Alterado pela Instrução Normativa nº 31, de 23 de março de 2021)*

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00367/2023/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU

NUP: 67720.007111/2022-14

INDEXADOR: AUSÊNCIA. ÍNDICE. TERMO ADITIVO. REAJUSTAMENTO.

REAJUSTE. CONTRATO EXPIRADO

PERGUNTA P11: : É possível a realização de reajuste contratual, em se tratando de contrato expirado?

RESPOSTA: Não, considerando que o vínculo contratual se encontra extinto, não se reveste de juridicidade qualquer alteração do ajuste de forma retroativa, nos termos do § 8º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Diante da impossibilidade de se proceder à alteração contratual retroativa, uma vez que não se adita ou apostila contrato cuja vigência se encerrou, a solução ofertada pelo ordenamento jurídico para o caso é a utilização do rito do reconhecimento de dívida previsto no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Em se encontrando o vínculo contratual extinto, não se reveste de juridicidade qualquer alteração do ajuste de forma retroativa, nos termos do § 8º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 8o A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.*

Na jurisprudência de Tribunais de Contas, pode ser destacado o Acórdão do TCE-TO nº 470/2009-Pleno, proferido pelo Tribunal de Contas de Tocantins, cujo voto do relator, Conselheiro Napoleão de Souza Luz Sobrinho, contém explicação sobre o assunto:

> *(...)*
>
> ***Ora, data máxima vênia, a formalização de apostila fora do prazo de vigência do contrato é nula, sem nenhum efeito, visto que a regra é a mesma: assim como não se prorroga contrato extinto, também não se pode alterar seu teor, bem como reajustar e atualizar os seus preços, posto que nenhum efeito acarretaria, na medida que já ocorreu sua extinção.***
>
> *Marçal Justen Filho" assevera que:*
>
> *"A duração dos contratos indica o prazo de vigência dos contratos - ou seja, o prazo previsto para as partes cumprirem as prestações que lhes incumbem"*
>
> *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, p. 502.*
>
> *Esse entendimento reflete a orientação da Editora NDJ. Senão vejamos a consulta formulada acerca do tema:*
>
> ***"Tratando-se de contrato extinto, não se deve falar em apostilamento ou termo aditivo. Assim como não se prorroga contrato extinto, também não se pode alterar seu teor, posto que nenhum efeito acarretaria, na medida em que já ocorreu sua extinção.***

Nesse escopo, tendo ocorrido eventual lapso do administrador, por exemplo, ausência de concessão de reajuste na vigência do contrato, a medida adequada seria a instauração de processo administrativo próprio, a fim de proceder ao pagamento, a título de indenização, referente ao reajuste devido quando da vigência do ajuste, não se devendo falar em apostila ou aditamento ao contrato extinto".

(3 Consulta/5487/2006/G)

Essa mesma compreensão do tema é também citada por autorizado magistério de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes Verbis:

"Contrato - prazo vencido - não prorrogação TCU decidiu: "...A jurisprudência deste Tribunal, amparada na melhor doutrina, já se pacificou no sentido de que, uma vez perempto o contrato, não estará ele sujeito a ser reavivado..." Nota: aplicou multa de R$ 10.000,00 (Nov/2003)

Fonte: TCU. Processo n° 005.383/2003-7. Acórdão n° 1.655/2003 - Plenário"

(Vade Mecum de Licitações e Contratos. 3a edição. Editora Fórum. 2007. p 831).

A situação aqui discutida se assemelha a debatida no Voto do ilustre Conselheiro José Jamil Fernandes Martins, no processo n° 02828/2006 -TCE-TO:

"A apostila de reajustamento contratual terá que ser efetivada durante a vigência do contrato porque esta é ato jurídico acessório em relação àquele, sendo assim não será possível se reajustar o que já está extinto. Neste sentido a doutrina de Lucas Rocha Furtado, Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

'Outra hipótese de extinção do contrato ocorre com a expiração de seu prazo de vigência. A Lei 8.666/93, em seu art. 57, § 3o, veda a celebração de contrato com prazo de vigência indeterminado. Ademais, o caput do art. 57 fixa a regra em matéria de vigência de contrato, in verbis: "a duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários." Somente nas hipóteses indicadas nos incisos do art. 57 poderão ser celebrados contratos com prazos superiores ao do exercício financeiro. Nesses termos, expirado o prazo de vigência do contrato, caso não ocorra a sua renovação, ocorrerá sua extinção".

(ressalva nossa)

Assim, diante da impossibilidade de se proceder à alteração contratual retroativa, uma vez que não se adita ou apostila contrato cuja vigência se encerrou, a solução ofertada pelo ordenamento jurídico para o caso é a utilização do rito do reconhecimento de dívida previsto no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993:

> *Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.*
>
> *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.*

O Termo de Reconhecimento de Dívida é o instrumento utilizado para pagamento de despesas contraídas pela Administração na hipótese de ausência de cobertura contratual seja por sua inexistência, seja por finda sua vigência, conforme orientação do Tribunal de Contas da União:

> *(...) 7. **No que se refere ao desequilíbrio suscitado, desde que devidamente comprovado, compreendendo admissível o reconhecimento da dívida após a vigência do contrato.** Aliás não apenas desequilíbrio, mas qualquer outra dívida que porventura venha a ser comprovada posteriormente pelo contratado. O não reconhecimento implica enriquecimento implica enriquecimento sem causa da Administração." Acórdão nº 374/2004-Plenário, de 07.04.04. (g.n.)*

É interessante destacar conceitualmente o que ensinou Pontes de Miranda (in PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, tomo 31, 2004, Ed. Bookseller, atualizado, ps. 69 ss.) sobre o reconhecimento de dívida, in litteris:

> *(...)*
>
> *Com o reconhecimento da dívida, aclara-se a situação, põe-se em proposições claras o que se poderia ter por 'incerto'. Trata-se, portanto, de manifestação de vontade pela qual se estabelece que, para o manifestante, o direito de outrem existe, ou a sua pretensão, ou a sua ação, ou uma e outra, ou todas. O que importa frisar-se é que, reconhecimento de dívida, como negócio jurídico, não é somente 'comunicação de conhecimento'; tem de ser, preponderantemente, 'manifestação de vontade': quer-se reconhecer, quer-se comunicar conhecimento e comunica-se como conteúdo de manifestação de vontade. (...) Com o reconhecimento reconhece-se, declara-se, de jeito que se põe 'claro' (declara) o que por alguma razão se precisou declarar, não só aclarar.*

O supracitado doutrinador pondera, ainda, que tal instituto nada mais é que um negócio capaz de produzir efeitos:

> *O reconhecimento de dívida, de obrigação, ou de ação, ou de execução, é negócio jurídico unilateral, pelo qual fica a pessoa a favor de quem se reconheceu a dívida dispensada de provar a relação jurídica básica. Trata-se de negócio jurídico abstrato. Não se pode reduzir a eficácia do reconhecimento de dívida à simples relevatio ab onere probandi. Aliás, no passado, a hostilidade ao reconhecimento como negócio jurídico era a regra, nos países que não entendiam a abstração dos negócios jurídicos.*
>
> *(...)*
>
> *A teoria do reconhecimento execução voluntária é de repelir-se. Não se executa declarando-se; declarar não é executar, nem constituir, nem, sequer, condenar-se.*
>
> *Insuficiente estudo da classificação científica das ações, das sentenças e dos próprios fatos jurídicos, quanto à sua eficácia, tem levado os juristas a lamentáveis confusões entre elemento declarativo, elemento constitutivo e elemento executivo, às vezes entre eles e o elemento condenatório ou o mandamental. Quem só declara não condena; a fortiori, não executa.*

Observa-se que se trata apenas de uma declaração de existência de uma dívida e não sua criação, não se devendo confundi-la com outras figuras jurídicas, quais sejam: novação, substituição e a execução voluntária, pois ela não inova, substitui ou voluntaria a execução.

Em suma, o Instituto do Reconhecimento de Dívida é assim resumido por Pontes de Miranda:

- o reconhecimento da dívida tem por objetivo aclarar uma situação, por ele põe-se em proposições claras o que se poderia ter por incerto;
- Não mais se pode discutir quanto ao que era duvidoso antes;
- Reconhecer dívida é afirmar que ela existe (ou não existe);
- é negócio jurídico unilateral;o reconhecimento de dívida não cria dívida ou obrigação. Aí está significativo resumo da figura do reconhecimento de dívida: declara-se, elimina-se a incerteza. No fundo, diz-se que há ou não há a relação jurídica que se entendia existir, ou de que se julgava discutível a existência.
- o reconhecimento da dívida não estabelece promessa de dívida nem assunção de dívida;

- o reconhecimento de dívida não se confunde com outras figuras jurídicas como a novação, a substituição e a execução voluntária;

- há, unicamente, uma dação, que é a dação de declaração.

Chama-se atenção, ainda, para o seguinte aspecto: o fato de ser juridicamente possível reconhecer dívida decorrente de prestação de serviços sem a necessária cobertura contratual e realizar o seu pagamento não faz deste um expediente de que a Administração Pública possa se servir alternativa ou corriqueiramente, pois o fato de se permitir o pagamento de tais despesas não desobriga o administrador de bem acompanhar o andamento dos contratos firmados pela Administração e de geri-los, com vistas a dispensar o melhor e mais correto tratamento da coisa pública, segundo as regras que a ela são aplicáveis.

Pode-se concluir que o reconhecimento de dívida é um negócio jurídico unilateral de cunho abstrato, que não cria a obrigação ou a dívida, apenas a declara, tendo por objeto aclarar uma situação, eliminando-se o campo da incerteza e da dúvida que existia. Dessa forma, sugere-se que o gestor a adote antes da deflagração do ato as seguintes medidas:

- constatação da efetiva prestação do serviço ou fornecimento de bem;

- avaliação se os documentos, tais como notas fiscais apresentadas, embasam o pagamento pretendido e atendem às formalidades legais, nos termos do artigo 37 da Lei nº 4.320, de 1964 e artigo 22 do Decreto nº 93.872, de 1986;

- apuração dos valores a serem pagos em contraprestação, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da Administração;

- apresentação de justificativa para adoção da medida, observando para tanto os princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade e moralidade);

- observância da Orientação Normativa n. 04, de 2008 da AGU, notadamente, quanto à eventual necessidade de apuração de responsabilidade;

- observar a autoridade competente para o reconhecimento das obrigações, nos termos do artigo 22, §1º, do Decreto nº 93.872, de 1986 - Ordenador de Despesas; e

- juntar ao procedimento o modelo do termo de reconhecimento de dívida disponibilizado no Manual do SIAFI.

Reforça-se que caso se trate de dívida de exercício anterior e/ou contratação expirada com indenização a ser feita, sem qualquer dúvida jurídica a ser dirimida e ausente qualquer possível falha funcional, deverá o gestor, municiando o procedimento com a documentação pertinente (empenho/notas fiscais/levantamento de valores/planilhas/certificação de que o serviço foi realizado/dotação orçamentária específica), no juízo discricionário, decidir à luz da conveniência e oportunidade se reconhece ou não a dívida.

Não é despiciendo frisar que deverá constar do termo de reconhecimento de dívida a certificação de existência de dotação orçamentária e financeira suficiente e específica, consignada para tal finalidade. Vale lembrar que os artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) impõem ao ordenador de despesas a certificação de não comprometimento das metas previstas na Lei Orçamentária Anual, bem como a declaração da efetiva existência de recursos financeiros para custear a despesa.

Registra-se, ainda, que a jurisprudência vem expressamente excluindo a possibilidade de que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista seja imposta como condição para a realização do pagamento por serviços já prestados em favor do Poder Público. As razões invocadas assentam-se nos princípios norteadores da atividade administrativa, notadamente a moralidade e a vedação ao locupletamento sem causa, além da impossibilidade de se impor sanção política (cobrança fiscal indireta). A seguir, confira-se jurisprudência nesse sentido:

> *AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE. CONTRATAÇÃO COM A MUNICIPALIDADE. SERVIÇOS JÁ REALIZADOS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*
>
> *I - Na origem, a Associação Beneficente Cearense de Reabilitação – ABCR impetrou mandado de segurança contra ato do Secretario de Saúde do Município de Fortaleza, pretendendo receber o repasse financeiro relativo a serviços por ela prestados, decorrente de contrato entabulado entre as partes, sem a necessidade de apresentação de certidão negativa expedida pela Fazenda Pública Nacional.*
>
> *II - O Tribunal a quo manteve a decisão concessiva da ordem.*
>
> *III - Ao recurso especial interposto pela municipalidade foi negado provimento, com base na Súmula 568/STJ, em razão da jurisprudência da Corte encontrar-se pacificada no mesmo sentido da decisão recorrida: **apesar de ser exigível a Certidão de Regularidade Fiscal para a contratação com o Poder Público, não é possível a retenção do pagamento de serviços já prestados, em razão de eventual descumprimento***

***da referida exigência**. Precedentes: REsp n. 1.173.735/RN, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 9/5/2014, RMS n. 53.467/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/06/2017, dentre outros.*

IV - Os argumentos trazidos pelo agravante não são suficientes para alterar o entendimento prestigiado pela decisão atacada.

V - Agravo interno improvido

(STJ; AgInt no Recurso Especial nº 1.742.457 - CE; Relator: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO; 2ª Turma; 07/06/2019)

*CONTRATO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO, DADA A **EXISTÊNCIA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO PELA IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS, APENAS POR CAUSA DA NÃO COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL**. HIPÓTESE QUE O RECURSO INTERNO VEICULA A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 83/STJ, FUNDADO EM JULGADOS ANTIGOS E JÁ SUPERADOS. AGRAVO REGIMENTAL DE COMPANHIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO OBRAS E SERVIÇOS DE CONTAGEM-CONTERRA (EM LIQUIDAÇÃO) A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. **Este STJ possui entendimento consolidado de que não pode a Administração reter pagamento de contrato administrativo por serviços efetivamente prestados forte na ausência de regularidade fiscal**. Precedentes: AgInt no AREsp. 503.038/RJ, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 31.5.2017 e AgRg no REsp. 1.313.659/RR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 6.11.2012, dentre muitos outros.*

*2. **Devem prevalecer os postulados da vedação ao enriquecimento sem causa e da impossibilidade de cobrança fiscal indireta**.*

3. Agravo Regimental de COMPANHIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO OBRAS E SERVIÇOS DE CONTAGEM-CONTERRA (EM LIQUIDAÇÃO) a que se nega provimento.

(STJ; AgRg no Recurso Especial nº 1169052 - MG; Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; Primeira Turma)

(ressalvas nossas)

Nesse mesmo sentido, vide: STJ, AgInt no AREsp 1.161.478/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/12/2018; AgInt no AREsp 503.038/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA,

DJe de 31/05/2017; AgRg no AREsp 277.049/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/03/2013; AgRg no REsp 1.313.659/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/11/2012.

Registre-se, inclusive, que a retenção do pagamento por descumprimento da cláusula de regularidade fiscal, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ofende o princípio da legalidade (REsp n. 1.173.735/RN; RMS n. 24.953/CE).

Por fim, recomenda-se que eventual minuta do termo de reconhecimento de dívida contenha as seguintes informações, conforme o caso:

> *a) identificação completa do favorecido;*
>
> *b) identificação completa do órgão devedor;*
>
> *c) indicação, origem e valor do débito, discriminando todas as eventuais parcelas do serviço em atraso e o período a que se referem;*
>
> *d) data do vencimento do compromisso;*
>
> *e) justificativa sobre os motivos do reconhecimento;*
>
> *f) fundamento legal;*
>
> *g) cláusula que defina que o pagamento gera quitação plena, geral e irrevogável do débito reconhecido;*
>
> *h) indicação dos recursos financeiros e rubricas orçamentárias para fazer face à despesa; e*
>
> *i) autorização/assinatura da autoridade competente.*

Alerta-se ainda que, após o pagamento, o credor deverá firmar recibo ou declaração de plena quitação, com eficácia administrativa e judicial, comprometendo-se a não efetuar qualquer cobrança em face do Ente Público quanto às obrigações ali dadas por satisfeitas.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00066/2023/CGAQ/SCGP/CGU/AGU

NUP: 59000.005699/2019-65

LEI Nº 14.133, de 2021: O art. 136, I, na mesma linha do constante na Lei nº 8.666, de 1993, assim preceitua:

> *Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:*

> *I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato;*
>
> *(...)*

O reconhecimento de dívida, por sua vez, está disciplinado em seu art. 149. Vejamos:

> *Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.*

INDEXADOR: REAJUSTE. CONTRATO EXPIRADO. RECONHECIMENTO DE DÍVIDA.

EXTINÇÃO DO CONTRATO

PERGUNTA P12: A ocorrência de reorganização empresarial da contratada, de natureza subjetiva (fusão, cisão ou incorporação)[3], acarreta a extinção do contrato administrativo firmado?

RESPOSTA: É possível manter contrato administrativo após a efetivação da reorganização empresarial da contratada, ainda que não haja autorização expressa prevista no edital ou contrato, desde que atendidos, mediante exame motivado do gestor público em cada caso concreto, os seguintes requisitos: a) observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação, segundo as condições originalmente previstas na licitação; b) manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original; c) inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e d) anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato, demonstrando-se que a continuidade da contratação atenderá ao interesse público.

3 O autor Ronny Charles de Lopes Torres destaca a necessidade de separar as hipóteses de associação, cessão e transferência, relacionadas à execução do contrato, da fusão, cisão e incorporação, relacionadas à pessoa jurídica contratada. Segundo o autor, as hipóteses de associação, cessão e transferência encontram-se envolvidas pela regra da subcontratação, cuja aceitação envolve uma opção gerencial, de acordo com o objeto envolvido. TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 8ª ed. Salvador. Ed. JusPodivum, 2018, p.769/770.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A doutrina, acompanhando a evolução prática do tema, costuma apontar, tradicionalmente, três formas de extinção dos contratos administrativos. Uma das formas de extinção consiste na extinção natural, pelo cumprimento do contrato. A segunda forma de extinção dos contratos administrativos é a anulação, que decorre de ilegalidade constatável no ajuste. A rescisão constitui outra modalidade de extinção do contrato administrativo, sendo que o art. 79, da Lei n. 8.666/93, dispõe acerca das modalidades de rescisão do contrato firmado junto à Administração.

A referida Lei n.8.666/93, em seu artigo 78, elenca as hipóteses motivadoras de rescisão do contrato administrativo, cabendo transcrever o teor dos incisos VI e XI:

> *"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*
>
> *[...]*
>
> *VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;*
>
> *[...]*
>
> *XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;*

Dessa forma, a fusão, cisão ou incorporação da empresa contratada, que implicam a reorganização/alteração estatutária desta, acarretam a rescisão do ajuste, desde que haja expressa previsão no edital e/ou contrato da referida consequência extintiva.

Ao interpretar os enunciados normativos citados acima, o doutrinador Marçal Justen Filho[4] esclarece, in verbis:

> *"[...] Não se afasta a aplicação do raciocínio antes desenvolvido em virtude da ausência de autorização expressa. A fórmula verbal consagrada na parte final do inc. VI do art. 78 deve ser bem interpretada. Quando a Lei se refere à modificação "não admitidas no edital e no contrato", isso não significa exigência da prévia e explícita autorização para substituição do sujeito. Interpretação dessa ordem conduziria, aliás, a sério problema prático. É que nenhum edital prevê, de antemão, a livre possibilidade de cessão de posição contratual. Nem teria sentido promover licitação e, concomitantemente, estabelecer que o vencedor poderia transferir, como e quando bem o entendesse, os direitos provenientes da contratação. Essa não é a regra norteadora da contratação administrativa.*

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 18 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.1411/1412, p. 1421.

Tem de reputar-se que a cessão de posição não será admitida, de modo algum, quando a contratação tiver sido avençada em virtude de condições específicas e peculiares do contratado, de modo que a modificação subjetiva importaria alteração radical na qualidade do objeto contratado.

Ou seja, o disposto no inc. VI tem de ser interpretado de modo consentâneo com a exigência contida no inc. XI: configura-se obstáculo insuperável à modificação subjetiva o risco de prejuízo à execução do contrato, tal como originalmente pactuado.

[...]

Em suma, não se exige a previsão de autorização expressa, mas a Lei alude à existência de vedação explícita, de cunho absoluto e intransponível.

[...]

O fundamento dessa interpretação reside no descabimento de vedações desvinculadas das circunstâncias ou dos interesses fundamentais. Em princípio, pretende-se que o contrato, tal como derivou da licitação, seja fielmente executado. Mas isso não afasta a possibilidade de alterações supervenientes, objetivas ou subjetivas, especialmente quando os interesses fundamentais não sejam afetados.

[...]

Ou seja, não é possível aplicar de modo automático o dispositivo, especialmente porque a reorganização empresarial envolve o exercício de faculdades inerentes à concepção de livre empresa. Os particulares dispõem de liberdade não apenas para se associarem, mas também para escolher a modalidade de organização empresarial que lhes aprouver. Portanto, a alteração da estrutura societária não exterioriza conduta antijurídica ou reprovável, mas uma opção que é tutelada pelo ordenamento jurídico. Tem de reputar-se, bem por isso, que essas operações apenas podem afetar os contratos administrativos em curso na medida em que sejam incompatíveis com os interesses fundamentais ou outros valores relevantes. Aplicam-se, aqui, as ponderações realizadas a propósito da disciplina contida no inc. VI, inclusive para o fim de afirmar-se que a rescisão do contrato apenas pode ocorrer quando existir vedação absoluta à reorganização empresarial."

O artigo 137, inciso III, da Lei nº Lei 14.133, dispõe que constitui motivo para a rescisão do contrato a alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato. Verifica-se, de antemão, que a nova Lei de Licitações e Contratos preocupou-se em assegurar a execução do contrato, em havendo alteração social ou modificação estrutural da empresa, sendo certo que a rescisão

do ajuste ocorrerá apenas quando a mudança implicar na restrição da capacidade de concluir o contrato.

Ainda sobre o assunto, quando o edital e/ou contrato silencia acerca da rescisão motivada pela reorganização estatutária da contratada, o Tribunal de Contas da União tem admitido, em prol da continuidade do serviço público, bem como do interesse público, a continuidade do ajuste, desde que observados alguns requisitos. Eis o citado entendimento jurisprudencial:

> *Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/1993, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja a anuência expressa da Administração à continuidade do contrato.*
>
> *(...)*
>
> *9.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 264 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente consulta, para, alterando o entendimento consubstanciado noAcórdão 1.108/2003-Plenário, responder ao consulente que, nos termos do art. 78, incisos VI e XI, da Lei 8.666/1993:*
>
> *9.1.1. se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, bem como celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:*
>
> *9.1.1.1. observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93, segundo as condições originalmente previstas na licitação;*
>
> *9.1.1.2. manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;*
>
> *9.1.1.3. inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e*

> *9.1.1.4. anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato; (TCU, Acórdão 634/2007, Plenário)*
>
> *9. No caso em tela, tal previsão não consta expressamente do edital, mas o instrumento convocatório traz como parte integrante a Norma CA/DNER nº 212/87, esta sim com remissão acerca da previsão para a cisão da empresa contratada. Assim, entendo que não se afiguraria razoável a simples negativa, pelo Dnit, da possibilidade de assunção de contrato pela empresa sucessora, ainda mais quando tal assunção não se traduz, ao meu ver, em burla à etapa competitiva da licitação (TCU, Acórdão 365/2007, Plenário).*

Consentâneo com as lições acima, o autor Ronny Charles Lopes de Torres assevera que, em havendo fusão, cisão ou incorporação da contratada, o legislador impôs a rescisão apenas nas hipóteses não admitidas no edital e no contrato, devendo a Administração, no caso concreto, verificar se a mudança afetou a obtenção da melhor proposta ou a isonomia entre os licitantes. Outrossim, o autor destaca, in verbis :

> *"Noutros termos, a possibilidade de rescisão estabelecida pelo inciso VI do art. 78, diante de situações de fusão, incorporação ou cisão das pessoas jurídicas contratadas, deve ser vista como uma prerrogativa, uma faculdade da Administração, e na o como uma consequência radical em virtude da mudança empresarial.*
>
> *Mais ainda, a jurisprudência do TCU tem evoluído para o entendimento de que, para satisfação do interesse público, deve ser admitida a continuidade do contrato, ainda que não prevista a hipótese de reorganização empresarial no edital e no contrato. Vide Acórdão 113/2006, do Plenário do TCU."*

Registra-se, ainda, as lições trazidas no bojo do Parecer nº 01/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, por meio do qual a Procuradoria Geral Federal, ao ratificar o entendimento pela possibilidade de manutenção do contrato administrativo diante de fusão, cisão ou incorporação não previstas no instrumento convocatório, desde que atendidos os requisitos destacados, salientou, *in verbis*[5]:

> *EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO NÃO PREVISTA NO EDITAL E NO CONTRATO. ALTERAÇAO SUBJETIVA*
>
> *[...]*

5 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 8ª ed. Salvador. Ed. JusPodivum, 2018, p.766/768.

III. Deve ser observada, ainda, em cada caso concreto, a possibilidade de regulamentação em legislação especial, a exemplo do Decreto n.º 6.654/2008, que aprova o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicação prestado em Regime Público, estabelecendo requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da respectiva agência reguladora, a ANATEL, quanto à emissão em ato próprio de transferência de cada uma das outorgas alcançadas pela operação de reorganização societária. Nesta situação é recomendado à Administração diligenciar junto à contratada a obtenção do ato que transfere a respectiva outorga para prestação do serviço específico na respectiva área de atuação, de sorte a demonstrar a manutenção das condições de qualificação técnica da empresa exigidas pelo edital de licitação.

IV. Não havendo no edital nem no contrato administrativo nenhuma disposição que vede a fusão, a cisão e a incorporação não prevista no edital e no contrato, a Administração tem o poder discricionário de proceder à verificação do cumprimento dos requisitos gerais e, em sendo o caso, especiais, não tendo, portanto, a empresa o direito subjetivo exigível quanto à continuidade do contrato administrativo, o que, deve ser objeto de acurado exame em cada caso concreto.

V. Deve o gestor atentar, ainda, para a intenção do legislador de evitar que as operações de cisão, fusão e incorporação sejam utilizadas para maquiar a transferência do contrato administrativo, de natureza intuito personae, sempre alerta aos maus usos que podem ser feitos dos instrumentos previstos na lei de licitações, que possam ser repudiados pelos princípios gerais da Administração Pública (...).

Nos termos do posicionamento acima transcrito, deve ser analisado o objeto contratual firmado entre as partes, a fim de verificar se incide no caso concreto alguma regulamentação prevista em legislação especial, a exemplo do Decreto n.º 6.654/2008, que estabelece requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da ANATEL, quanto à emissão em ato próprio de transferência de cada uma das outorgas alcançadas pela operação de reorganização societária. Dessa forma, nestes casos específicos, deve a Administração diligenciar junto à contratada no intuito de obter o ato que transfere a respectiva outorga para prestação do serviço específico na respectiva área de atuação, de sorte a demonstrar a manutenção das condições de qualificação técnica da empresa exigidas pelo edital de licitação correspondente.

Nos termos da fundamentação exposta, revela-se possível manter contrato administrativo após ocorrida reorganização empresarial da contratada, de natureza subjetiva (fusão, cisão ou incorporação), ainda que não haja autorização expressa prevista no edital ou contrato, desde que atendidos, mediante exame motivado do gestor público em cada

caso concreto, os seguintes requisitos: a) observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação, segundo as condições originalmente previstas na licitação; b) manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original; c) inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e d) anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato, demonstrando-se que a continuidade da contratação atenderá ao interesse público. A depender da natureza do objeto contratual firmado entre as partes, revela-se necessário, ainda, verificar se incide no caso concreto alguma regulamentação prevista em legislação especial que estabeleça requisitos específicos submetidos ao exame e manifestação da respectiva agência reguladora.

A Administração tem o poder de proceder à verificação do cumprimento dos requisitos gerais e, sendo o caso, especiais, em cada situação concreta, devendo o gestor atentar, ainda, para a intenção do legislador de evitar que as reorganizações empresariais sejam utilizadas para maquiar a transferência do contrato administrativo, de natureza personalíssima.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 04558/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 08668.003852/2013-40); Parecer nº 01/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU; Parecer nº 00024/2021/ALOB/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25061.000242/2017-66); Acórdãos Plenário do Tribunal nºs 973/2010 e 2.641/2010; Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATO ADMINISTRATIVO. REORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL DA CONTRATADA. FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA NO EDITAL E/OU CONTRATO. MANUTENÇÃO DO CONTRATO, DESDE QUE ATENDIDOS OS REQUISITOS ESTABELECIDOS.

CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL

PERGUNTA P13: Nos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária, com previsão de um índice de reajuste específico, é possível a aplicação de índice de reajuste diverso, a fim de manter a vantajosidade da contratação?

RESPOSTA: Nos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária, caso a variação do indexador adotado implique em reajuste desproporcional ao preço médio de mercado, deve a Administração negociar com a

locadora visando a adoção de preço compatível com o mercado de locação no município em que se situa o imóvel, inclusive com a possibilidade acordada de adoção de índice diverso do previsto contratualmente.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária, há certas peculiaridades que devem ser observadas. O regime jurídico aplicável a esses contratos será predominantemente o de direito privado, incidindo apenas as normas gerais previstas na Lei nº 8.666/93 que se mostrarem compatíveis com o regime de direito privado (art. 62, § 3º, inc. I). Sendo assim, o contrato de locação no qual a Administração figure como locatária possui natureza semipública, pois regido predominantemente por normas de direito privado - Lei nº 8.245/1991 - e parcialmente por normas de direito público - Lei nº 8.666/1993 ou, em sendo o caso, Lei nº 14.133/2021. Quanto à natureza semipública dos contratos da Administração regidos por normas de direito privado, transcreve-se a seguir a lição de Hely Lopes Meirelles[6]:

> A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado (STF, RTJ 91/1.099) - e frequentemente os realiza - em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá *interesse e finalidade pública* como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de *natureza semipública (contrato administrativo atípico,* como já conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá *contrato administrativo típico.* Daí a necessária distinção entre *contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito,* como já o fez a lei (art. 62, § 3º, I).

Nessa linha, o exame da prorrogação, bem como da incidência do reajuste no contrato de locação pressupõe a aplicação combinada de normas de direito privado - no caso, a Lei nº 8.245/91 - e normas de direito público - a Lei nº 8.666/93 (ou a Lei n. 14.133/2021)[7].

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 218.

7 A Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 51, dispõe que, ressalvada a hipótese de contratação por inexigibilidade de licitação para aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha (art. 74, inc. V), a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários. Dessa forma, a nova Lei de Licitações estatui que, em regra, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação, salvo a hipótese de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, quando as características de instalações e de localização do bem tornem necessária sua escolha.

Por oportuno, consigna-se que os requisitos necessários para a locação de imóvel pela Administração Pública foram esclarecidos pelo Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU, aprovado, em 01.09.2017, pela Advogada-Geral da União. O mencionado Parecer fixou os parâmetros para a realização da locação, bem como tratou da utilização da dispensa de licitação como instrumento adequado para a escolha do imóvel que comportará a repartição pública, sendo recomendável a realização de chamamento público para a prospecção do mercado imobiliário. Eis o teor da Ementa do referido Opinativo, *in verbis*:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL. NECESSIDADE DE CONSULTA PRÉVIA À SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. RECOMENDAÇÃO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PRÉVIO PARA A PROSPECÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO. INEXIGIBILIDADE LICITATÓRIA NO CASO DE IMÓVEL ÚNICO. PLURALIDADE DE IMÓVEIS APTOS NÃO AFASTA A DISPENSA PREVISTA NO ART. 24, X, DA LEI N.º 8.666/93.
>
> I – A compra ou locação de imóvel deve necessariamente ser precedida de consulta à Secretaria do Patrimônio da União sobre a existência de imóvel público disponível.
>
> II – Inexistindo imóvel público que atenda aos requisitos necessários para a instalação do órgão ou entidade, é recomendável a promoção de chamamento público para a prospecção do mercado imobiliário.
>
> III – Se somente um imóvel atender às necessidades da Administração, será constatada a inviabilidade de competição, o que permitirá a contração direta por inexigibilidade com fundamento no art. 25, caput, da Lei n.º 8.666/93.
>
> IV – Se após o chamamento público forem encontrados dois ou mais imóveis, é possível a realização de licitação ou, caso cumpridos os requisitos estampados no art. 24, X, da Lei n.º 8.666/93, poderá haver a contratação direta por dispensa licitatória.

Posteriormente, através do Parecer nº 00092/2019/DECOR/CGU/AGU, procedeu-se ao exame acerca das proposições de enunciados apresentados pela Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, pelo que sobreveio o entendimento consagrado na Orientação Normativa nº 68, de 29.05.2020, a seguir transcrita:

Em que pese a diferença no regramento adotado daquele exposto pela Lei n. 8.666/93 (segundo a qual a locação configura hipótese de dispensa de licitação, nos termos do seu art. 24, inciso X), a questão ora examinada revela-se válida juridicamente a despeito do fundamento da contratação formalizada pela Administração, seja mediante procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade, em razão de tratar sobre a vantajosidade da contratação.

Orientação Normativa AGU nº 68/2020

I) A COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL DEVE NECESSARIAMENTE SER PRECEDIDA DE CONSULTA SOBRE A EXISTÊNCIA DE IMÓVEL PÚBLICO DISPONÍVEL;

II) INEXISTINDO IMÓVEL PÚBLICO QUE ATENDA AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A INSTALAÇÃO DO ÓRGÃO OU ENTIDADE, É RECOMENDÁVEL A PROMOÇÃO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PARA FINS DE PROSPECÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO;

III) CASO SOMENTE UM IMÓVEL ATENDA ÀS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO, SERÁ CONSTATADA A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, O QUE PERMITIRÁ A CONTRAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE COM FUNDAMENTO NO ART. 25, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93; E

IV) O ART. 24, INCISO X, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, PODE SER APLICADO NOS CASOS EM QUE HAJA MAIS DE UM IMÓVEL APTO À CONTRATAÇÃO, DESDE QUE:

A) O IMÓVEL SE PRESTE PARA ATENDIMENTO DAS FINALIDADES PRECÍPUAS DA ADMINISTRAÇÃO;

B) AS INSTALAÇÕES E LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL SEJAM DETERMINANTES PARA SUA ESCOLHA; E

C) O PREÇO SEJA COMPATÍVEL COM OS VALORES DE MERCADO, CONFORME PRÉVIA AVALIAÇÃO.

Referência: Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU; Parecer nº 92/2019/DECOR/CGU/AGU; Art. 24, inciso X, e art. 26, da Lei nº 8.666, de 1993.

Nos termos expostos, nos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária, a justificativa do preço deve ser analisada pela Administração, independentemente da contratação decorrer de procedimento licitatório, dispensa ou inexigibilidade. O preço contratado deve ser compatível com os valores praticados no mercado.

Por oportuno, salienta-se o posicionamento encampado pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, através do Parecer nº 00001/2019/DECOR/CGU/AGU (NUP 59238.600022/2015-28), por meio do qual restou admitida a dispensa da obrigatória pesquisa de preços nos casos de contratação de serviços contínuos sem disponibilização de mão de obra exclusiva, quando houver a previsão de um índice de reajuste específico no contrato administrativo, condicionando-se tal dispensa à necessidade de o gestor atestar que o índice de reajuste aplicável acompanha, de fato, a variação dos preços de mercado. O referido entendimento foi igualmente objeto de análise por meio do citado

Parecer nº 00092/2019/DECOR/CGU/AGU, pelo que sobreveio a edição da Orientação Normativa nº 60, de 29.05.2020:

> Orientação Normativa AGU 60/2020
>
> I) É FACULTATIVA A REALIZAÇÃO DE PESQUISA DE PREÇOS PARA FINS DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA NOS CASOS EM QUE QUE HAJA MANIFESTAÇÃO TÉCNICA MOTIVADA NO SENTIDO DE QUE O ÍNDICE DE REAJUSTE ADOTADO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO ACOMPANHA A VARIAÇÃO DOS PREÇOS DO OBJETO CONTRATADO.
>
> II) A PESQUISA DE PREÇOS PARA FINS DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS CONTÍNUOS SEM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA É OBRIGATÓRIA NOS CASOS EM QUE NÃO FOR TECNICAMENTE POSSÍVEL ATESTAR QUE A VARIAÇÃO DOS PREÇOS DO OBJETO CONTRATADO TENDE A ACOMPANHAR A VARIAÇÃO DO ÍNDICE DE REAJUSTE ESTABELECIDO NO EDITAL.
>
> Referência: Parecer nº 1/2019/DECOR/CGU/AGU; Parecer nº 92/2019/DECOR/CGU/AGU; Art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993

Tecidas as considerações pertinentes, atinentes à necessidade de comprovação da vantajosidade dos preços para fins de celebração e prorrogação da vigência de contrato de prestação de serviço contínuo sem dedicação exclusiva de mão de obra, bem como para os contratos locatícios nos quais a Administração figura como locatária, analisa-se a situação objeto de questionamento no bojo da presente manifestação jurídica: caso a variação do indexador adotado implique em reajuste desproporcional ao preço médio de mercado, nos contrato de locação de imóvel em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária, é possível a aplicação de índice de reajuste diverso, a fim de manter a vantajosidade da contratação?

Quanto ao reajuste, cumpre ressaltar que o direito de um proprietário de reajustar anualmente o valor do aluguel de seu imóvel é garantido pela Lei do Inquilinato (art. 18, da Lei nº 8.245/91). Esse reajuste é calculado por algum índice de inflação, que é escolhido em comum acordo entre o dono do imóvel e o locatário e registrado em contrato. Dessa forma, o índice de reajuste eleito deve ser aquele que melhor reflita a recomposição de preços do específico setor do objeto do contrato - no caso, locação imobiliária.

Em geral, na locação de imóveis, o índice adotado é o IGP-M, ou o IGP-DI, ambos da Fundação Getúlio Vargas, e, por se tratar de critério técnico, deve a área competente do órgão analisar a situação e definir o índice que melhor atenta ao interesse público. Ainda, destaca-se que o índice de reajuste de aluguel, seja qual for o escolhido, deve incidir somente uma

vez ao ano (na data de aniversário de contrato), valendo lembrar que a data de aniversário do contrato é aquela em que o contrato foi assinado, não devendo ser confundida com o dia fixado para pagamento do aluguel.

Recomenda-se, portanto, que o órgão proceda a uma análise acurada sobre a manutenção da vantajosidade econômica do ajuste firmado, uma vez que o simples fato de haver previsão contratual de índice de reajuste não significa que essa questão possa ser excluída. O artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e a IN SEGES/MPDG nº 05/2017 (Anexo IX, item 3, "d" e item 4), ao contrário, exigem que a prorrogação dos contratos administrativos seja precedida da necessária análise da vantajosidade econômica da sua renovação.

O mencionado Parecer DECOR nº 00001/2019, embora tenha admitido a possibilidade de dispensar a obrigatória pesquisa de preços nos casos de contratação de serviços contínuos sem disponibilização de mão de obra exclusiva, quando houver a previsão de um índice de reajuste específico no contrato administrativo, condicionou tal dispensa à necessidade de o gestor atestar que o índice de reajuste aplicável acompanha, de fato, a variação dos preços de mercado.

Portanto, não basta haver a previsão de um índice de reajuste no contrato para que seja presumida a vantajosidade da prorrogação e dispensada a pesquisa de preços prévia. É preciso uma análise acurada e uma declaração da autoridade administrativa que ateste que tal índice, contratualmente previsto, efetivamente reflete a variação de preços ocorrida no mercado do ramo. Caso a aplicação do indexador adotado implique em reajuste desproporcional ao preço médio de mercado para a locação objeto de análise, recomenda-se que a Administração negocie com a locadora visando a adoção de preço compatível com o mercado de locação no município em que se situa o imóvel, inclusive com a possibilidade acordada de adoção de índice diverso do previsto contratualmente[8]:

Recomenda-se, inclusive, que a possibilidade de negociação conste expressamente no ajuste firmado entre as partes.

A propósito, destaca-se que não incumbe ao órgão de assessoramento jurídico imiscuir-se no mérito das justificativas administrativas apresentadas pela Administração, conforme reza o Enunciado de Boa Prática Consultiva nº 7[9].

8 Nos termos do art. 58, §1º, da Lei n. 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 104, §1º, da Lei nº 14.133/2021), as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

9 A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se 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.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 04405/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 00402.000154/2021-10); Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00441.000002/2017-66); Parecer nº 1/2019/DECOR/CGU/AGU (NUP: 59238.600022/2015-28); Parecer nº 92/2019/DECOR/CGU/AGU (NU: 00688.000717/2019-98); Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FIGURA COMO LOCATÁRIA. ÍNDICE DE REAJUSTE PREVISTO NÃO REFLETE A VARIAÇÃO DE PREÇOS OCORRIDA NO MERCADO. NEGOCIAÇÃO COM A LOCADORA, A FIM DE CONCILIAR A ADOÇÃO DE PREÇO COMPATÍVEL COM O MERCADO, COM POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE ÍNDICE DIVERSO DO PREVISTO CONTRATUALMENTE.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. SICAF

PERGUNTA P14: É possível realizar pagamento em favor de empresa contratada constatando-se, junto ao Sicaf, a situação de irregularidade?

RESPOSTA: Constatado o descumprimento da exigência da manutenção das condições de habilitação e após a concessão de prazo razoável para que a contratada regularize sua condição junto ao fisco, caso a regularização não ocorra a Administração deverá adotar as medidas necessárias à rescisão dos contratos em execução, sem prejuízo do pagamento pela efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens. Ressalte-se que a decisão de pagamento pela efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens não exime a Administração do dever de adotar as medidas administrativas tendentes a rescindir o ajuste firmado, tendo em vista que não se revela possível a prorrogação de ajustes com empresas sem a prévia comprovação da regularidade fiscal.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De início, cabe mencionar que, nos termos do artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, a Contratada deverá manter durante a contratação todas as condições de habilitação e qualificação que foram exigidas por ocasião da licitação:

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

> 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.
>
> Outrossim, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 92, inciso XVI, igualmente apregoa:
>
> Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
>
> [...]
>
> XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

Por sua vez, a Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05, de 26.05.2017[10], que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em seu Anexo XI - DO PROCESSO DE PAGAMENTO, item 2.1, assim trata do pagamento:

> 1. Após recebimento definitivo dos serviços, conforme previsto nos arts. 49 e 50 desta Instrução Normativa, o gestor do contrato deve instruir o processo de pagamento com a Nota Fiscal ou Fatura e os demais documentos comprobatórios da prestação dos serviços e encaminhar para o setor competente para pagamento.
>
> 2. A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada da comprovação da regularidade fiscal, constatada por meio de consulta online ao Sicaf ou, na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993.
>
> 2.1. **Constatando-se, junto ao Sicaf, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deverão ser tomadas as providências previstas no § 4º do art. 3º da Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010.**

A citada Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 11.10.2010 foi revogada pela Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03, de 26.04.2018, a qual, após estabelecer os níveis de abrangência do cadastro no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, em seu artigo

10 A contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional é atualmente disciplinada pela Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26.05.2017, aplicável, no que couber, às contratações diretas de serviços sob o regime da Lei nº 14.133/2021, por força da Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26.12.2022 (art. 1º).

6º (credenciamento; habilitação jurídica; regularidade fiscal federal e trabalhista; regularidade fiscal estadual, distrital e municipal; qualificação técnica; e qualificação econômico-financeira), dispõe sobre as regras de funcionamento do referido Sistema, no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como sobre o rito procedimental para os casos de irregularidade no SICAF, *in verbis*:

> Art. 30. Previamente à emissão de nota de empenho, à contratação e a cada pagamento, a Administração deverá realizar consulta ao Sicaf para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, observado o disposto no art. 29.
>
> Parágrafo único. Nos casos em que houver necessidade de assinatura do instrumento de contrato, e o fornecedor não estiver inscrito no Sicaf, este deverá proceder ao seu cadastramento, sem ônus, antes da contratação.
>
> Art. 31. A cada pagamento ao fornecedor a Administração realizará consulta ao Sicaf para verificar a manutenção das condições de habilitação, observadas as seguintes condições:
>
> I - constatando-se, junto ao Sicaf, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deve-se providenciar a sua advertência, por escrito, para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, o fornecedor regularize sua situação ou, no mesmo prazo, apresente sua defesa;
>
> II - o prazo do inciso anterior poderá ser prorrogado uma vez por igual período, a critério da Administração;
>
> III - não havendo regularização ou sendo a defesa considerada improcedente, a Administração deverá comunicar aos órgãos responsáveis pela fiscalização da regularidade fiscal quanto à inadimplência do fornecedor, bem como quanto à existência de pagamento a ser efetuado pela Administração, para que sejam acionados os meios pertinentes e necessários para garantir o recebimento de seus créditos;
>
> IV - persistindo a irregularidade, a Administração deverá adotar as medidas necessárias à rescisão dos contratos em execução, nos autos dos processos administrativos correspondentes, assegurada à contratada a ampla defesa;
>
> V - havendo a efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão contratual, caso o fornecedor não regularize sua situação junto ao Sicaf; e
>
> VI - somente por motivo de economicidade, segurança nacional ou outro interesse público de alta relevância, devidamente

> justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante, não será rescindido o contrato em execução com empresa ou profissional que estiver irregular no Sicaf.

Assim, pelo disposto no inc. V, do art. 31, da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03/2018, ainda que a contratada esteja com sua situação fiscal irregular, com certidão positiva de débitos, em havendo a efetiva prestação dos serviços os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão contratual, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração.

Dessa forma, constatado o descumprimento da exigência da manutenção das condições de habilitação, poderá a Administração, num primeiro momento, conceder prazo razoável para que a contratada regularize sua condição junto ao fisco. Caso a regularização não ocorra ou sendo a defesa considerada improcedente, a Administração deverá adotar as medidas necessárias à rescisão dos contratos em execução, nos autos dos processos administrativos correspondentes, assegurada à contratada a ampla defesa, sem prejuízo do pagamento pela efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens, até que se decida pela rescisão contratual, caso o fornecedor não regularize sua situação junto ao Sicaf.

Outrossim, a norma admite a situação excepcional na qual não será rescindido o contrato em execução com empresa ou profissional que estiver irregular no Sicaf, por motivo de economicidade, segurança nacional ou outro interesse público de alta relevância, devidamente justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante.

Não obstante a possibilidade de pagamento pela efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens, até que se decida pela rescisão contratual, caso não haja regularização ou sendo a defesa do particular considerada improcedente, a Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03/2018 determina que a Administração comunique a situação aos órgãos responsáveis pela fiscalização da regularidade fiscal quanto à inadimplência do fornecedor, bem como quanto à existência de pagamento a ser efetuado pela Administração, para que sejam acionados os meios pertinentes e necessários para garantir o recebimento de seus créditos.

Insta observar que a decisão de pagamento pela efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens não exime a Administração do dever de adotar as medidas administrativas tendentes a rescindir o ajuste firmado, caso verifique que a contratada não conseguirá regularizar sua situação com a apresentação das certidões negativas ou positivas com efeitos de negativa, cabendo à autoridade competente instaurar procedimento licitatório para nova contratação para a prestação dos serviços respectivos, em havendo necessidade, tendo em vista que não

se revela possível a prorrogação de ajustes com empresas sem a prévia comprovação da regularidade fiscal.

FONTE DE CONSULTA: Parecer n.º 03240/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 62087.003018/2017-64); Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05, de 26.05.2017; Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03/2018; Lei n. 8.666/93, Lei n. 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA CONTRATADA REGISTRADA NO SICAF. PAGAMENTO EM FAVOR DE EMPRESA CONTARTADA, COMPROVADA A EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU FORNECIMENTO DE BENS, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. ADOÇÃO DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS TENDENTES A RESCINDIR O AJUSTE, COM DEFLAGRAÇÃO DE NOVO ROCEDIMENTO LICITATÓRIO, EM SENDO NECESSÁRIO.

REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO

PERGUNTA P15: É cabível pedido de reajuste em sentido estrito de contratos administrativos continuados e nos contratos de escopo após celebração de aditivo de prorrogação de vigência?

RESPOSTA: Em regra, a Administração Pública, de ofício, deve aplicar o índice financeiro estabelecido contratualmente para reajustar o seu preço e reequilibrar sua equação econômico-financeira. Para que seja caracterizada a preclusão lógica ao direito de reajuste, que se revela enquanto medida excepcional, deve constar do edital ou contrato, expressamente, que a concessão do reajuste resta condicionada à solicitação do contratado, bem como resta necessário que o edital expressamente preveja que a formalização do aditamento sem a concessão do reajuste, ou ressalva de sua superveniente análise, será considerada como renúncia ou preclusão lógica do direito. Ainda, cumulativamente, deve a Administração certificar-se de que não houve solicitação do reajuste antes da celebração de aditamento de vigência e o aditamento para a prorrogação do prazo de vigência do contrato foi formalizado sem qualquer ressalva quanto à ulterior análise pela Administração do reajuste.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A manutenção da cláusula econômico-financeira inicialmente estabelecida com a aceitação da proposta pela Administração constitui direito do contratado garantido pela Constituição da República (art. 37, inc. XXI). O referido direito foi regulamentado pelas Leis de Licitações e Contratos, Leis n.º 8.666/93 e nº 14.133/2021, que estabelecem instrumentos para recompor o eventual desequilíbrio. Dentre eles está o reajuste em sentido estrito (art. 40, inc. XI e art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93, com dispositivo correlato no art. 25, §§ 7º e 8º, e art. 92, inc. V, da Lei nº 14.133/2021, bem como nos artigos 2º e 3º, da Lei nº 10.192/2001), que se caracteriza pela atualização do valor contratual conforme índice estabelecido contratualmente.

Cumpre consignar que o Parecer AGU nº JT-02, de 26.02.2009[11], que adotou os fundamentos do Parecer AGU/JTB 01/2008, embasado no Acórdão TCU nº 1.563/2004-Plenário, apresenta, didaticamente, as diferenças entre a repactuação e o reajustamento de preços em sentido estrito[12], considerando-os espécies do gênero reajustamento de preços em sentido amplo.

Anteriormente, amparados pelo entendimento prolatado nos Acórdãos nº 1827/2008-Plenário e n.º 1.828/2008 - Plenário TCU, segundo o qual, diante de uma hipótese de repactuação, revela-se aplicável o instituto da preclusão aos contratos administrativos, emergiram manifestações de órgãos consultivos no sentido de aplicar a preclusão lógica ao reajuste em sentido estrito . Entendia-se que o reajustamento consistiria em verdadeiro direito patrimonial disponível, de aplicabilidade facultativa, e, por conseguinte, dependeria de requerimento do interessado para ser implementado, sob pena de preclusão e renúncia tácita ao que lhe seria devido.

Observa-se contudo que, na repactuação, ao contrário do que ocorre no reajuste, é exigida a solicitação expressa da contratada, acompanhada da efetiva demonstração da alteração dos custos, conforme planilha de custos e formação de preços e de toda a documentação que a fundamenta.

Tal cenário se alterou com o advento do Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU. Após a prolação do mencionado Opinativo, via de regra, o reajuste deve ser realizado automaticamente e concedido de ofício pela Administração Pública. Por conseguinte, não há que se falar em preclusão lógica. Eventual assinatura de termo aditivo de prorrogação do prazo de vigência do contrato administrativo sem que a contratada tenha previamente suscitado seu direito ao reajuste ou promovido a ressalva do direito de assim proceder em momento posterior em nada afeta o seu

11 Parecer vinculante para toda a Administração Pública porque aprovado pelo Chefe do Poder Executivo e publicado no Diário Oficial da União que circulou em 06.03.2009 (disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-JT-02-2009.htm).

12 Cite-se, como exemplo, o Parecer n. 00422/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, uma das bases argumentativas para a prolação do n. Parecer n. 00079/2019/DECOR/CGU/AGU.

direito ao reajuste. Dessa forma, no caso do reajuste em sentido estrito, uma vez estabelecido em edital e pactuado entre as partes no âmbito do contrato administrativo, deve ser automática e periodicamente realizado pela própria Administração contratante, e de ofício, não sendo exigível prévio requerimento ou solicitação por parte do contratado.

Exceção existe na hipótese em que as partes, com previsão expressa no edital e no contrato, acordem a obrigação de prévio requerimento do contratado para a concessão do reajuste. Neste caso específico seria possível entender pela preclusão lógica, se, transcorrido o período para o reajuste, o contratado não requerer a sua concessão e concordar em prorrogar a vigência contratual por mais um período, mantidas as demais condições inicialmente pactuadas.

Ainda nos termos do citado Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU, há uma segunda situação na qual a preclusão do direito ao reajuste deve ser analisada pela Administração: no caso de transcurso do prazo para o reajuste sem a sua concessão e a chegada do momento da prorrogação contratual, quando a análise da vantajosidade deverá ser elaborada e o valor não reajustado será parâmetro para a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração. Nesta hipótese, o reconhecimento extemporâneo do reajuste, solicitado apenas após a prorrogação contratual, atingiria o juízo de vantajosidade já realizado, podendo conduzir a uma situação na qual uma renovação não vantajosa ocorresse, pelo desconhecimento acerca da posterior revisão econômica do contrato ou por intencional postergação da referida solicitação. Nestes caos, deve a Administração proceder mediante expressa negociação com a contratada, para que esta abdique do reajuste, mantendo a vantajosidade necessária para garantir a prorrogação contratual .

A respeito deste particular aspecto da possibilidade jurídica de renúncia expressa do contratado ao reajuste em sentido estrito, verifica-se que o Despacho nº 496/2020/DECOR/CGU/AGU, que aprovou o Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU, alertou no sentido de que, caso haja prorrogação da vigência contratual sem a prévia concessão do reajuste em sentido estrito, a legalidade da continuidade da execução do contrato deve ser precedida de negociação, de maneira a verificar se é possível que haja renúncia ao reajuste pelo contratado ou, em caso negativo, deve a Administração avaliar se há vantagem econômica para a prorrogação considerando os preços reajustados, observando a Orientação Normativa AGU nº 60 e o Anexo IX da IN SEGES/MPDG nº 5/2017, e se há lastro orçamentário para os pagamentos, na esteira do art. 7º, § 2º, inciso III, e § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Destarte, no âmbito da Consultoria-Geral da União prevaleceu o entendimento no sentido de que o reajuste em sentido estrito, em regra, deve ser concedido ex officio pela Administração, independentemente

de solicitação da empresa contratada, por ser medida que concretiza a cláusula constitucional que resguarda a equação econômico-financeira dos contratos administrativos, sendo excepcionalmente admitida a preclusão dessa espécie de reajuste nas estritas hipóteses em que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: o edital e/ou contrato expressamente condicionem a concessão do reajuste à solicitação da contratada; não tenha sido requerido o reajuste; e o contratado aceite prorrogar o prazo de vigência do instrumento preservando incólume as condições pactuadas.

Outrossim, convém destacar que o Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU, ao consolidar como regra que o reajuste em sentido estrito não está sujeito à preclusão lógica, não aboliu a possibilidade jurídica de sua renúncia, notadamente da renúncia expressa desse direito por parte de contratado[13].

Recentemente, através do Parecer nº 00003/2023/DECOR/CGU/AGU, o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, ao ratificar a natureza do reajuste em sentido estrito como direito de ordem patrimonial e disponível, estabeleceu os parâmetros a serem utilizados para o reconhecimento da renúncia tácita ou da preclusão lógica do seu exercício, nos contratos continuados e nos contratos de escopo. Eis a Ementa do referido Parecer:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO. CONTRATOS DE ESCOPO. CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS. NÃO APLICAÇÃO EM REGRA DA PRECLUSÃO LÓGICA. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE INCIDÊNCIA, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PREVISTA NO EDITAL OU CONTRATO.
>
> I) A preclusão lógica caracteriza-se como a renúncia tácita a um direito em razão da prática de ato incompatível ou inconciliável com seu regular exercício.
>
> II) Nos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, a celebração de termo aditivo para renovação das obrigações pactuadas por um período subsequente não representa per si e em regra medida logicamente incompatível com a concessão do reajuste em sentido estrito dos preços pactuados, uma vez que o reajuste consubstancia mera expressão da preservação da equação econômico-financeira dos contratos administrativos mediante correção monetária que retrate a variação efetiva dos custos de produção.

13 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 8ª ed. Salvador. Ed. JusPodivum, 2018. p. 527/528.

III) Nos contratos administrativos de escopo, reputa-se igualmente que em regra também não se caracteriza a renúncia tácita do direito de reajuste em sentido estrito em decorrência da celebração de aditamento de prazo de vigência para a prorrogação do cronograma de execução do objeto, uma vez que nessa hipótese a dilação contratual importa medida necessária para a própria conclusão do escopo pactuado, não representando per si e em regra ato inconciliável com ulterior concessão do reajuste em sentido estrito dos preços contratados.

IV) Por caracterizar-se o reajuste em sentido estrito como direito de ordem patrimonial e disponível, não há óbice jurídico para que, em tese, seja consumada a renúncia tácita ou a preclusão lógica do seu exercício nos contratos continuados e nos contratos de escopo, desde que cumulativamente: (a) o edital ou contrato preveja expressamente que a concessão do reajuste resta condicionada à solicitação do contratado; (b) que não haja solicitação do reajuste antes da celebração de aditamento de vigência; (c) seja celebrado aditamento para a prorrogação do prazo de vigência do contrato sem qualquer ressalva quanto à ulterior análise pela Administração do reajuste e (d) o edital expressamente preveja que a formalização do aditamento sem a concessão do reajuste, ou ressalva de sua superveniente análise, será considerada como renúncia ou preclusão lógica do direito.

V) Considerando que o reajuste em sentido estrito é um direito patrimonial disponível, que as renúncias se interpretam estritamente (art. 114 do Código Civil), que os preceitos de direito privado se aplicam supletivamente aos contratos administrativos, que os contratos administrativos devem dispor com clareza e precisão sobre os deveres, obrigações e responsabilidades das partes (§ 2º do art. 89 da Lei n. 14.133, de 2021, § 1º do art. 54 da Lei n. 8.666, de 1993), a renúncia tácita do reajuste em sentido estrito não prescinde de disciplina no edital ou contrato para fins de sua caracterização.

Dessa forma, nos termos do Parecer nº 00003/2023/DECOR/CGU/AGU, além da exigência de constar do edital ou contrato, expressamente, que a concessão do reajuste resta condicionada à solicitação do contratado, para que seja caracterizada a preclusão lógica ao direito de reajuste resta necessário que o edital expressamente preveja que a formalização do aditamento sem a concessão do reajuste, ou ressalva de sua superveniente análise, será considerada como renúncia ou preclusão lógica do direito. O segundo requisito foi incluído pelo referido Opinativo do DECOR, incrementando o entendimento do Parecer n.º 79/2019/DECOR/CGU/AGU.

A interpretação conferida no Parecer nº 00003/2023/DECOR/CGU/AGU remonta ao entendimento exposto na ampla fundamentação do Parecer JT-02, ao considerar que as renúncias devem ser interpretadas estritamente, pelo que, para evitar discussões administrativas ou demandas judiciais, a

preclusão lógica da repactuação em caso de celebração de aditamento de prorrogação de vigência de contratos de prestação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra não prescinde de expressa cláusula editalícia ou contratual que caracterize este específico cenário fático-jurídico como renúncia tácita (ou preclusão lógica).

Dessa forma, recomenda-se que, nos contratos de escopo e nos contratos de prestação de serviços continuados, eventual preclusão lógica do reajuste em sentido estrito também se condicione a uma prévia e expressa disposição editalícia ou contratual que, além de demandar pedido do contratado de reajuste, também considere como preclusão lógica a celebração de aditamento contratual sem a sua concessão, ou ao menos uma expressa ressalva da oportuna avaliação por parte da Administração.

Portanto, com fulcro nos princípios que regem as contratações públicas - o da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º e art. 41 da Lei de Licitações, com dispositivo correlato no art. 5º e 92, inc. II, da Lei nº 14.133/2021) e o da Pacta sunt servanda (art. 66 da Lei nº 8.666/93 e art. 115, da Lei n. 14.133/2021), bem como o da garantia da manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, CF/88) -, após certo período de execução contratual, a Administração Pública, de ofício, deve aplicar o índice financeiro estabelecido contratualmente para reajustar o seu preço e reequilibrar sua equação econômico financeira.

Para que reste configurada a preclusão lógica faz-se necessário avaliar se os termos fixados nos instrumentos convocatório e contratual condicionam a concessão do reajuste a pedido que deve ser feito pela contratada, com a expressa previsão de que resta configurada a preclusão lógica caso celebrado o aditamento contratual sem sua concessão; ou, ainda, se atribuem à Administração contratante o dever de reajustar o valor do contrato de ofício. No primeiro caso, incidirá a preclusão, desde que cumpridos os requisitos elencados ao longo desta manifestação. Já no segundo, não ocorrerá esse efeito, cabendo à Administração proceder mediante expressa negociação com a contratada, para que esta abdique do reajuste, mantendo a vantajosidade necessária para garantir a prorrogação contratual e, em caso de discordância da contratada, deve a Administração avaliar se há vantagem econômica para a prorrogação considerando os preços reajustados, observando a Orientação Normativa AGU nº 60 e o Anexo IX da IN SEGES/MPDG nº 5/2017, e se há lastro orçamentário para os pagamentos, na esteira do art. 7º, § 2º, inciso III, e § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993.

FONTE DE CONSULTA: Parecer AGU nº JT-02, de 26.02.2009; Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU (Processo NUP 08008.000351/2017-17); Parecer n. 00003/2023/DECOR/CGU/AGU (Processo NUP 00688.000929/2020-17); Lei nº 8.666/93; Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONTINUADOS E CONTRATOS POR ESCOPO. REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO. CONCESSÃO DE OFÍCIO, COMO REGRA GERAL. PRECLUSÃO LÓGICA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. REQUISITOS IMPOSTOS. CASOS EXAMINADOS À LUZ DAS REGRAS EDITALÍCIA E CONTRAUAL.

DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL

PERGUNTA P16: Como proceder em caso de dívida decorrente de despesa contraída sem cobertura contratual?

RESPOSTA: Em respeito ao Princípio da moralidade administrativa, que veda o enriquecimento sem causa, nos casos de dívida decorrente de despesa contraída sem cobertura contratual, a Administração deve instaurar procedimento administrativo adequado para o pagamento de despesas efetivamente realizadas, mediante reconhecimento da dívida por ato da autoridade competente, empenho, liquidação e posterior pagamento da despesa realizada sem cobertura contratual.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A contratação pública consiste em um procedimento formal. A Carta Magna de 1988, em seu art. 37, inciso XXI, dispõe acerca da matéria ao estabelecer que "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]".

Encontra-se assente na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de contratação a ser efetivada pelo Poder Público, sem a realização do procedimento licitatório prévio. Tal forma de contratação configura hipótese excepcional, somente admissível em situações previstas em lei, relatadas como casos de dispensa e inexigibilidade, além da licitação dispensada. Dessa forma, mesmo as hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação) exigem um procedimento prévio e determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais, em que é imprescindível a observância de etapas e formalidades legais. Assim, a celebração de contrato administrativo que importe em despesa para a Administração pública deve ser precedida de licitação ou procedimento formal de dispensa ou inexigibilidade.

Ainda, o ordenamento jurídico determina a prévia análise jurídica das

minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes da Administração Publica federal pela Advocacia-Geral da União, a quem compete o controle de legalidade preventivo (art. 38, § único, da Lei n. 8.666/93; art. 53, da Lei nº 14.133/2021, c/c art. 11, inc. VI, alíneas a e b, da Lei Complementar nº 73/93), assim entendido enquanto integrante do referido procedimento formal de contratação.

Em que pese o regramento destacado, há situações nas quais a despesa pública ocorre sem o cumprimento dos ritos acima especificados e sem a devida cobertura contratual. Nestes casos, embora à luz da teoria geral dos contratos possa ser arguido que exista, sim, um contrato de fato na hipótese, com seus elementos integrantes - consentimento entre agentes capazes, objeto lícito e determinável, o reconhecimento da validade do ajuste é obstaculizado pela inobservância da forma prescrita em lei, bem como pela ausência de contrato escrito (art. 60, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, com dispositivo correlato no art. 95, §2º, da Lei nº 14.133/2021), e pela inexistência de procedimento licitatório, de dispensa ou inexigibilidade de licitação prévios.

Nessas situações de irregularidade da despesa, em razão da não emissão do empenho prévio ou da inexistência de instrumento contratual formalizado, para que não haja o enriquecimento sem causa da Administração Pública faz-se necessário o pagamento de indenização em favor daquele que efetivamente prestou o serviço, através do procedimento de reconhecimento de divida[14].

Por sua vez, o Princípio da moralidade impõe a obrigação de pagamento mesmo ausente a regularidade formal da relação jurídica, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[15]. Cumpre registrar que o direito do particular de ver-se ressarcido pelos serviços efetivamente prestados subsiste ainda que a relação jurídica tenha se travado irregularmente ou mesmo desprezando qualquer formalidade, mas com o assentimento, tácito ou explícito, do Poder Público, assentimento este depreendido do mero fato de haver pacificamente incorporado os benefícios do serviço prestado em seu proveito. Restam ressalvadas da situação exposta as relações decorrentes de atos em que o prestador atuou dolosamente, com inquestionável má-fé.

14 Nos termos do Despacho nº 00235/2021/DECOR/CGU/AGU (NUP nº 72031.014801/2020-58), "o reconhecimento de dívida é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, excepcionalmente, ressarce despesas ao particular, que ocorreram sem a devida cobertura contratual, ou sem o necessário empenho. Esse procedimento decorre do princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa. Desse modo, ainda que não tenha observado as formalidades legais para contratação, se a Administração se beneficia de serviços executados, ou bens adquiridos, encontra-se obrigada a ressarci-los".

15 Cite-se o Recurso Especial nº 408.785/RN.

Consentânea com o que impõem os Princípios da boa-fé, da moralidade e da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração, a Lei nº 8.666/93 ainda tratou da questão em seu artigo 59, parágrafo único (com dispositivo correlato no art. 149, da Lei nº 14.133/2021), segundo o qual a declaração de nulidade do contrato administrativo 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.

Registre-se, outrossim, a Orientação Normativa da Advocacia Geral da União que versa sobre o assunto:

> **ON AGU nº 04/2009**
>
> "A despesa sem cobertura contratual deverá ser objeto de reconhecimento da obrigação de indenizar nos termos do art. 59, parágrafo único da Lei nº 8666, de 1993, sem prejuízo da apuração da responsabilidade de quem lhe der causa."

A obrigação de indenizar o particular pela prestação de serviços extracontratuais deve ser formalizada mediante procedimento especial de reconhecimento de dívida, tratado no sistema jurídico pátrio como uma situação anômala, extraordinária e excepcionalíssima e, por se tratar de procedimento extraordinário e excepcional, a Administração deve demonstrar nos autos, de forma expressa e inequívoca, que foram atendidos todos os requisitos trazidos pela lei e pela jurisprudência, os quais foram didaticamente sintetizados no bojo do Parecer Referencial nº 00003/2021/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU, abaixo transcritos:

> a) justificativa para a contratação do serviço sem a observância dos procedimentos formais instituídos pela lei, bem como para a escolha do fornecedor e quantitativo.
>
> b) comprovação de que o fato que gerou a assunção da obrigação é excepcional e extraordinário, ou seja, que o órgão não faz uso da prática de forma reiterada e que o não fornecimento ou prestação de serviço em caráter de urgência causaria prejuízo para a boa gestão pública;
>
> c) comprovação da boa-fé do fornecedor/prestador do serviço e do gestor público;
>
> d) comprovação de que o serviço tenha sido efetivamente realizado;
>
> e) certificação de inexistência de pagamento pelo serviço executado ou produto fornecido sem cobertura contratual;
>
> f) comprovação de que o preço praticado é o de mercado, mediante pesquisa de preços;

g) dotação orçamentária específica do exercício corrente para o pagamento do débito;

h) prescindibilidade de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista do fornecedor/prestador do serviço[16];

i) formalização do termo de reconhecimento da dívida, mediante apresentação de minuta, a ser subscrita pela autoridade competente para empenhar a despesa;

j) formalização da liquidação da despesa, nos termos dos arts. 62 e seguintes da Lei n. 4.320/64[17]; e

k) apuração de responsabilidade de quem deu causa à prática de obter a prestação de serviços, sem a devida cobertura contratual[18].

Restando atendidos os requisitos acima expostos, ratifica-se que o procedimento administrativo adequado para o pagamento de despesas efetivamente realizadas sem a necessária cobertura contratual é o reconhecimento de dívida por ato da autoridade, empenho e posterior pagamento.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 4673/2021/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25034.001111/2021-18); 25034.001111/2021-18 (NUP 00688.001068/2021-67); Parecer nº 01582/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 63066.001165/2021-97); Parecer nº 01065/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25064.001167/2020-26); Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

16 Em que pese, via de regra, a Administração Pública ter o poder-dever de exigir a prova de regularidade fiscal e trabalhista por parte da contratada, seja em momento anterior à própria contratação, ou mesmo durante o período de execução do contrato, a jurisprudência vem expressamente excluindo a possibilidade de que a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista seja imposta como condição para a realização do pagamento por serviços já prestados em favor do Poder Público. Cite-se: STJ; AgInt no Recurso Especial nº 1.742.457 - CE; STJ; AgRg no Recurso Especial nº 1169052 - MG; STJ, AgInt no AREsp 1.161.478/MG e AgInt no AREsp 503.038/RJ.

17 Insta trazer a lume a Lei n. 4.320/64, a qual, em seu art. 62, preconiza que: "O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação". Ademais, os artigos 63 e 64 do mesmo diploma legal dispõem acerca da liquidação da despesa. Nos termos do art. 63, §2º, inc. II, da referida Lei, a liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. Assim, o reconhecimento de dívida deve respeitar o prescrito na Lei nº 4320/64, a respeito da regular liquidação e pagamento da despesa.

18 Orienta-se, portanto, não só a regular liquidação da despesa, nos termos dos art. 62 e seguintes da Lei nº 4.320, de 1964, mas também a instauração do devido processo administrativo para apuração das eventuais responsabilidades de quem deu causa à despesa sem cobertura contratual, nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, da Orientação Normativa nº 04/2009 da AGU, bem como de entendimento consolidado do TCU.

INDEXADOR: DESPESA SEM COBERTURA CONTRATUAL. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, BOA FÉ E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 59, § ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. ART. 149, DA LEI Nº 14.133/2021. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE RECONHECIMENTO DE DÍVIDA. REQUISITOS EXIGIDOS. EMPENHO, LIQUIDAÇÃO E POSTERIOR PAGAMENTO.

CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL. RESCISÃO

PERGUNTA P17: Nos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária é cabível a rescisão do ajuste com fulcro em razão de interesse público, a exemplo da decisão administrativa de ocupar imóvel pertencente à União?

RESPOSTA: Nos termos do art. 78, inciso XII, da Lei n. 8.666/93 (com dispositivo correlato no artigo 137, inciso VIII, da Lei n. 14.1333/2021), as razões de interesse público, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante (locador) e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato constituem motivo para rescisão do contrato de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária há certas peculiaridades que devem ser observadas. O regime jurídico aplicável a esses contratos será predominantemente o de direito privado, incidindo apenas as normas gerais previstas na Lei nº 8.666/93 que se mostrarem compatíveis com o regime de direito privado (art. 62, § 3º, inc. I). Sendo assim, o contrato de locação no qual a Administração figure como locatária possui natureza semipública, pois regido predominantemente por normas de direito privado - Lei nº 8.245/1991 - e parcialmente por normas de direito público - Lei nº 8.666/1993 ou, em sendo o caso, Lei nº 14.133/2021. Quanto à natureza semipública dos contratos da Administração regidos por normas de direito privado, transcreve-se a seguir a lição de Hely Lopes Meirelles[19]:

19 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 218.consolidado do TCU.

> A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado (STF, RTJ 91/1.099) - e frequentemente os realiza - em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico. Daí a necessária distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como já o fez a lei (art. 62, § 3º, I).

Por oportuno, cumpre consignar que os requisitos necessários para a locação de imóvel pela Administração Pública foram esclarecidos pelo Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU, aprovado, em 01.09.2017, pela Advogada-Geral da União. O mencionado Parecer fixou os parâmetros para a realização da locação, bem como reiterou a necessidade de prévia análise acerca da existência de imóvel público disponível para uso pela Administração, sendo recomendável a realização de chamamento público para a prospecção do mercado imobiliário. Eis o teor da Ementa do referido Opinativo, *in verbis*:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL. NECESSIDADE DE CONSULTA PRÉVIA À SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. RECOMENDAÇÃO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PRÉVIO PARA A PROSPECÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO. INEXIGIBILIDADE LICITATÓRIA NO CASO DE IMÓVEL ÚNICO. PLURALIDADE DE IMÓVEIS APTOS NÃO AFASTA A DISPENSA PREVISTA NO ART. 24, X, DA LEI N.º 8.666/93.
>
> I – A compra ou locação de imóvel deve necessariamente ser precedida de consulta à Secretaria do Patrimônio da União sobre a existência de imóvel público disponível.
>
> II – Inexistindo imóvel público que atenda aos requisitos necessários para a instalação do órgão ou entidade, é recomendável a promoção de chamamento público para a prospecção do mercado imobiliário.
>
> III – Se somente um imóvel atender às necessidades da Administração, será constatada a inviabilidade de competição, o que permitirá a contração direta por inexigibilidade com fundamento no art. 25, caput, da Lei n.º 8.666/93.
>
> IV – Se após o chamamento público forem encontrados dois ou mais imóveis, é possível a realização de licitação ou, caso cumpridos os requisitos estampados no art. 24, X, da Lei n.º 8.666/93, poderá haver a contratação direta por dispensa licitatória.

Posteriormente, através do Parecer nº 00092/2019/DECOR/CGU/AGU, procedeu-se ao exame acerca das proposições de enunciados apresentados pela Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, pelo que sobreveio o entendimento consagrado na Orientação Normativa n. 68, de 29.05.2020, a seguir transcrita:

> Orientação Normativa AGU n. 68/2020
>
> I) A COMPRA OU LOCAÇÃO DE IMÓVEL DEVE NECESSARIAMENTE SER PRECEDIDA DE CONSULTA SOBRE A EXISTÊNCIA DE IMÓVEL PÚBLICO DISPONÍVEL;
>
> II) INEXISTINDO IMÓVEL PÚBLICO QUE ATENDA AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A INSTALAÇÃO DO ÓRGÃO OU ENTIDADE, É RECOMENDÁVEL A PROMOÇÃO DE CHAMAMENTO PÚBLICO PARA FINS DE PROSPECÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO;
>
> III) CASO SOMENTE UM IMÓVEL ATENDA ÀS NECESSIDADES DA ADMINISTRAÇÃO, SERÁ CONSTATADA A INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, O QUE PERMITIRÁ A CONTRAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE COM FUNDAMENTO NO ART. 25, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93; E
>
> IV) O ART. 24, INCISO X, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, PODE SER APLICADO NOS CASOS EM QUE HAJA MAIS DE UM IMÓVEL APTO À CONTRATAÇÃO, DESDE QUE:
>
> A) O IMÓVEL SE PRESTE PARA ATENDIMENTO DAS FINALIDADES PRECÍPUAS DA ADMINISTRAÇÃO;
>
> B) AS INSTALAÇÕES E LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL SEJAM DETERMINANTES PARA SUA ESCOLHA; E
>
> C) O PREÇO SEJA COMPATÍVEL COM OS VALORES DE MERCADO, CONFORME PRÉVIA AVALIAÇÃO.
>
> Referência: Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU; Parecer nº 92/2019/DECOR/CGU/AGU; Art. 24, inciso X, e art. 26, da Lei nº 8.666, de 1993.

Nos termos expostos, a locação de imóvel pela Administração deve, necessariamente, ser antecedida de consulta acerca da existência de imóvel público disponível que atenda aos requisitos imprescindíveis para a instalação do órgão ou entidade. Em havendo imóvel público disponível, a norma prefere a sua utilização à locação de imóvel de particular. Diante de tal cenário, há casos nos quais a Administração locatária encontra-se diante da possibilidade de ocupar imóvel pertencente à União, pelo que surge o propósito de rescindir o contrato locatício preteritamente firmado.

A doutrina, acompanhando a evolução prática do tema, costuma apontar, tradicionalmente, três formas de extinção dos contratos administrativos. Uma das formas de extinção consiste na extinção natural, pelo cumprimento do contrato. A segunda forma de extinção dos contratos administrativos é a anulação, que decorre de ilegalidade constatável no ajuste. A rescisão constitui outra modalidade de extinção do contrato administrativo, sendo que o art. 79, da Lei nº 8.666/93, dispõe acerca das modalidades de rescisão do contrato firmado junto à Administração.

A referida Lei nº 8.666/93, em seu artigo 78, elenca as hipóteses motivadoras de rescisão do contrato administrativo, cabendo transcrever o teor do inciso XII:

> "Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
>
> [...]
>
> XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;
>
> [...];"

O artigo 137, inciso VIII, da Lei nº Lei 14.133[20], dispõe que constitui motivo para a rescisão do contrato razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante.

Dessa forma, os referidos dispositivos aplicam-se aos contratos de locação de imóveis em que a Administração Pública ocupa a posição de locatária, sendo cabível a rescisão do ajuste com fulcro em razão de interesse público, a exemplo da decisão administrativa de ocupar imóvel pertencente à União. Não obstante a possibilidade aventada, cumpre tecer alguns comentários acerca dos requisitos caracterizadores da hipótese de rescisão ora tratada.

Marçal Justen Filho destaca a rescisão com fundamento no inciso XII, da Lei nº 8.666/93 enquanto clássica manifestação das competências anômalas da Administração. A extinção fundada na conveniência administrativa não envolve inadimplemento do outro contratante, não possuindo natureza sancionatória. Eis as lições do ilustre administrador, acerca das razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, *in verbis*:

20 De acordo com a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 138, a extinção contratual pode ocorrer de quatro formas: unilateral, consensual, arbitral e judicial. A rescisão arbitral foi incluída pela nova Lei, acrescentando mais uma hipótese àquelas previstas no artigo 79, da Lei nº 8.666/93. A rescisão ora tratada enquadra-se em rescisão unilateral, ocorrida apenas nas situações expressamente autorizadas pela lei - incisos I a IX, do art. 137, da Lei nº 14.133/2021.

> A Lei expressamente reconheceu a insuficiência da simples alegação de 'interesse público' na rescisão.
>
> Primeiramente, condicionou a rescisão à existência de razões de 'interesse público' de alta relevância e amplo conhecimento. A adjetivação não pode ser ignorada. A eventual dificuldade em definir, de antemão, o sentido de 'alta relevância' não autoriza ignorar a existência legal. A Administração está obrigada a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses cuja relevância não é a usual. A 'alta' relevância indica uma importância superior aos casos ordinários. Isso envolve danos irreparáveis , tendo em vista a natureza da prestação ou do objeto executado. Ou seja, não se admite a invocação a razões imprecisas e indeterminadas, de cunho duvidoso ou meramente opinativa. Há necessidade de extinguir-se o contrato porque sua manutenção será causa de consequências lesivas.
>
> Ademais, essa situação deverá ser de amplo conhecimento, o que indica a ausência de dúvida acerca do risco existente. O contratado tem direito de ser ouvido e manifestar-se acerca da questão. Não estará presente o requisito legal se nem o contratado tiver conhecimento da situação e do risco invocado pela Administração.

Outrossim, os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa (§ único, do citado art. 78, da Lei nº 8.666/93, bem como art. 137, caput, da Lei n. 14.133/2021). No bojo do processo administrativo que trata da rescisão, deve restar comprovada a existência efetiva e real da situação legal que disciplina a rescisão ora analisada, com avaliação acerca da solução da rescisão enquanto decisão compatível com o Princípio da proporcionalidade. Ademais, a rescisão deve vir acompanhada da indenização ao particular (art. 79, §2º, da Lei n. 8.666/93)[21], em sendo o caso, com prévia avaliação do referido valor, a fim de, inclusive, permitir à Administração avaliar a conveniência da extinção da avença.

Nos termos acima expostos, revela-se cabível a rescisão do contrato de locação no qual a Administração ocupa a posição de locatária, com fulcro em razão de interesse público, a exemplo da decisão administrativa de ocupar imóvel pertencente à União, sendo cabível indenização ao particular, após análise de cada caso concreto.

A indenização prevista para os casos nos quais a rescisão ocorre em razão de decisão administrativa de ocupar imóvel pertencente à União pode abarcar, por exemplo, as reformas/adequações a serem realizadas no imóvel, desde que previstas contratualmente, a fim de readequá-lo às condições originais, caso tenha havido mudanças à época da assinatura do contrato, para fins de acomodação do órgão locatário, empreendidas

21 STJ. AgRg no MS 11308/DF-Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Seção.

no interesse e benefício deste[22]. Deve a Administração, no exame do caso concreto, certificar-se de que restou expressamente acordado, no ajuste firmado, enquanto obrigação da locatária, a necessidade de readequar o imóvel às suas condições originais ao final da locação.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00441.000002/2017-66); Parecer n. 00092/2019/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00688.000717/2019-98); Parecer nº 03086/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 25006.001493/2006-70) ; Lei nº 8.666/93; Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL EM QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FIGURA COMO LOCATÁRIA. RESCISÃO EM RAZÃO DE INTERESSE PÚBLICO, JUSTIFICADA PELA AUTORIDADE MÁXIMA DO ÓRGÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. INDENIZAÇÃO CABÍVEL AO PARTICULAR, APÓS ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS

PERGUNTA P18: Quando cabível, a contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para prestação de serviços postais deve ocorrer mediante dispensa ou inexigibilidade?

RESPOSTA: Os serviços postais prestados em regime de exclusividade pela ECT (arts. 9º e 27, da Lei nº 6.538/78), são passíveis de contratação direta por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993 (com dispositivo correlato no art. 74, caput, da Lei nº 14.133/2021). Já a contratação dos demais serviços postais, prestados em regime de livre concorrência (serviços postais não exclusivos e atividades correlatas), pode ocorrer através de contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993 (com dispositivo correlato no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021).

22 Razões como a incapacidade técnica do órgão em contratar os serviços de engenharia para execução de obras, inexistência de força de trabalho de profissional de engenharia necessário para a elaboração de projetos técnicos/executivos, bem como de corpo técnico fiscal podem fundamentar a opção pela indenização, caso esta se apresenta como vantajosa para a Administração, considerando o tempo que seria necessário entre a contratação dos projetos, instrução do procedimento licitatório, realização da licitação e execução das obras.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Preliminarmente, ratifica-se que está assente na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de contratação a ser efetivada pelo Poder Público, sem a realização do procedimento licitatório prévio. Todavia, tal forma de contratação configura hipótese excepcional, somente admissível em situações previstas em lei, relatadas como casos de dispensa e inexigibilidade, além da licitação dispensada. O processo licitatório decorre de comando constitucional cristalizado no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e visa materializar princípios basilares do Direito Administrativo, sobretudo a legalidade, a impessoalidade, e a moralidade administrativa:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ressalta-se que a Administração Pública, diante das opções de que dispõe, pode entender aplicável ao caso concreto a situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Na realidade, ambos os institutos de dispensa e inexigibilidade constituem ferramentas à disposição da Administração para o melhor atendimento do interesse público almejado. No dizer autorizado de Maria Sylvia Zanella di Pietro[23], a distinção entre os institutos "está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável".

Portanto, tem-se que a licitação é a regra a ser obedecida, sendo a dispensa e a inexigibilidade a exceção. Neste aspecto, a própria Carta Magna tratou de ressalvar que em alguns casos, previstos em lei, a licitação pode ser afastada. Segundo Marçal Justen Filho[24]:

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 481/482.

24 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 475/476.

2) Contratação direta

É usual se afirmar que a "supremacia do interesse público" fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não incidência do regime formal de licitação. A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

Cumpre analisar a natureza dos serviços prestados pela ECT, iniciando-se a análise acerca da legislação aplicável à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a saber:

DECRETO-LEI Nº 509, DE 20 DE MARÇO DE 1969

Dispõe sobre a transformação do Departamento Dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências.

Art. 1º O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT; nos termos do artigo 5º, item II, do Decreto lei nº 200 (*), de 25 de fevereiro de 1967. (Vide Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967)

(...)

Art. 2º À ECT compete:

I - executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional;

II - exercer nas condições estabelecidas nos artigos 15 e 16, as atividades alí definidas.

III - explorar os seguintes serviços postais: (Incluído pela Lei nº 12.490, de 2011)

a) logística integrada; (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

b) financeiros; e (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

c) eletrônicos. (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

Parágrafo único. A ECT poderá, obedecida a regulamentação do Ministério das Comunicações, firmar parcerias comerciais que agreguem valor à sua marca e proporcionem maior eficiência de sua infraestrutura, especialmente de sua rede de atendimento. (Incluído pela Lei nº 12.490, de 2011)

(...)

Art. 4º Os Estatutos da ECT, que serão expedidos por decreto, estabelecerão a organização, atribuições e funcionamento dos órgãos que compõem sua estrutura básica.

LEI Nº 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978

Dispõe sobre os Serviços Postais.

(...)

Art. 2º O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

§ 1º Compreende-se no objeto da empresa exploradora dos serviços:

a) planejar, implantar e explorar o serviço postal e o serviço de telegrama;

b) explorar atividades correlatas;

c) promover a formação e o treinamento de pessoal sério ao desempenho de suas atribuições;

d) exercer outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério das Comunicações.

§ 2º A empresa exploradora dos serviços, mediante autorização do Poder Executivo, pode constituir subsidiárias para a prestação de serviços compreendidos no seu objeto.

§ 3º A empresa exploradora dos serviços, atendendo a conveniências técnicas e econômicas, e sem prejuízo de suas atribuições e responsabilidades, pode celebrar contratos e convênios objetivando assegurar a prestação dos serviços, mediante autorização do Ministério das Comunicações.

DECRETO Nº 8.016, DE 17 DE MAIO DE 2013

Aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

Art. 1º A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, criada pelo Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969, será regida pela legislação federal e por este Estatuto.

(...)

Art. 4º A ECT tem por objeto social, nos termos da lei:

I - planejar, implantar e explorar o serviço postal e o serviço de telegrama;

II - explorar os serviços postais de logística integrada, financeiros e eletrônicos;

III - explorar atividades correlatas; e

IV - exercer outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério das Comunicações.

§ 1º A ECT terá exclusividade na exploração dos serviços de que tratam os incisos I a III do caput do art. 9º da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, conforme inciso X do caput do art. 21 da Constituição.

§ 2º A ECT, atendendo a conveniências técnicas e econômicas, e sem prejuízo de suas atribuições e responsabilidades, poderá celebrar contratos e convênios para assegurar a prestação de serviços.

§ 3º A ECT, no exercício de sua função social, é obrigada a assegurar a continuidade dos serviços postais e telegráficos, observados os índices de confiabilidade, qualidade, eficiência e outros requisitos fixados pelo Ministério das Comunicações.

§ 4º A ECT poderá, obedecida a regulamentação do Ministério das Comunicações, firmar parcerias comerciais que agreguem valor à sua marca e proporcionem maior eficiência de sua infraestrutura, especialmente de sua rede de atendimento.

Nota-se, pelo cotejamento da legislação acima transcrita, que a empresa pública em questão se amolda às exigências previstas nos requisitos estabelecidos na Lei nº 8.666, para a contratação direta através de dispensa de licitação, fundada no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021), no que diz respeito a ter sido criada para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante.

Sobre este aspecto, convém destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF 46[25] e os RE-RG 601.392 e 627.051, paradigmas da repercussão geral, assentou a natureza peculiar dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, consignando que tanto aqueles prestados em regime de privilégio quanto em concorrência com particulares são dotados de regime especial.

No que diz respeito à natureza pública dos serviços prestados pela ECT, tem-se que a Lei nº 6.538/78 prevê, em seu artigo 2º, que o serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações. O Decreto-Lei nº 509/69 transformou a ECT na referida empresa pública, lhe atribuindo competência para, dentre outras, executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional, conforme seu artigo 2º, inciso I.

Os serviços postais podem ser prestados por meio dos regimes de exclusividade ou de livre concorrência, a depender do tipo ou modalidade de serviço postal a ser contratado. Todos, porém, são considerados "serviços públicos".

Alguns deles são prestados em concomitância com outras empresas privadas no mercado - aqueles não compreendidos no regime de exclusividade da empresa -, fato que, por si só, não descaracteriza a natureza pública da atividade, cuja titularidade foi atribuída à União, por força do art. 21, inc. X, da CF/88, e sob seu poder remanesce, ainda que, de fato, reconhecida a possibilidade de atendimento complementar por empresas privadas no mercado.

Dessa forma, nos termos do entendimento perfilhado no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 46, os serviços postais prestados pela ECT, sejam exclusivos ou não, possuem natureza pública e, mesmo que prestados por outras empresas no mercado, não constituem exploração de atividade econômica em sentido estrito. Acrescente-se que este entendimento se coaduna com o disposto na Orientação Normativa AGU nº 13, segundo a qual: "Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a administração pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da lei no 8.666, de 1993". Conforme ressaltado anteriormente, na esteira da jurisprudência do STF, os serviços postais, inclusive aqueles prestados em regime não exclusivo, são serviços públicos sob privilégio estatal.

25 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, cuja questão principal era a discussão em torno da recepção, ou não, da Lei nº 6.538/78 pela Constituição Federal de 1988, bem como a consequente manutenção, ou não, do regime de exclusividade da ECT na prestação dos serviços listados no art. 9º da Lei nº 6.538/78, já que eles não constavam expressamente do rol do art. 177 da CF/1988, que discrimina as atividades prestadas sob o monopólio da União.

No julgamento da referida Ação, o STF, além de reconhecer a natureza pública dos serviços prestados pela ECT, entendeu recepcionada a Lei nº 6.538/78 pelo diploma constitucional, mantendo sua vigência e eficácia, e, por consequência, o regime de exclusividade previsto em seu artigo 9º.

No intuito de diferenciar os serviços prestados sob os regimes de exclusividade e de concorrência, há que se observar o disposto na Lei nº 6.538/1978 que, em seu art. 7º, afirma que "serviço postal" constitui-se em recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondências (carta, cartão-postal, impresso, cecograma, pequena-encomenda), valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

O referido diploma legal prescreve, em seu art. 9º e 27:

> Art. 9º - São explorados pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:
>
> I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
>
> II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;
>
> III – fabricação, emissão de selos e de outras formulas de franqueamento postal.
>
> (...)
>
> Art. 27 - O serviço público de telegrama é explorado pela União em regime de monopólio.

Da leitura dos dispositivos em tela tem-se que somente incidirá o regime de exclusividade da ECT quando (e somente quando) os serviços contratados forem de "recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e de correspondência agrupada", ou de "telegrama".

Conforme delineado no Parecer Referencial nº 00005/2020/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU:

> (...) A contrário sensu, todas as demais atividades desempenhadas pela ECT são exercidas em regime de livre-concorrência. Estão compreendidos nesta categoria os denominados serviços postais não exclusivos e atividades correlatas. Constituem exemplos de serviços postais não exclusivos: recebimento, expedição, transporte e entrega de valores e encomendas (Sedex e PAC), distribuição de impressos, periódicos (jornais e revistas), boletos bancários e faturas de água, gás, telefone e energia elétrica, venda de selos etc, além de outras atividades afins que poderão ser prestadas, desde que autorizadas pelo Ministério das

> Comunicações. Definem-se como atividades correlatas aquelas relacionadas no art. 8º da Lei nº 6.538, de 1978.

Tem-se, portanto, que, caso o serviço postal seja prestado em regime de exclusividade (serviços descritos nos arts. 9º e 27 da Lei nº 6.538/78), o enquadramento legal será a inexigibilidade de licitação prevista no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93, com dispositivo correlato no art. 74, caput, da Lei nº 14.133/2021. Caso, porém, os serviços de postagem não sejam exclusivos da ECT - serviços postais não exclusivos e atividades correlatas (prestados em regime de livre concorrência, portanto), poderá o órgão contratar por dispensa de licitação, prevista no inciso VIII, do art. 24, da mesma Lei, com dispositivo correlato no art. 75, inc. IX, da Lei n. 14.133/2021.

Ainda no que pertine ao tema aqui abordado - da natureza peculiar dos serviços prestados pela ECT -, cumpre registrar julgado do STF, em 11.09.2018, no bojo do Mandado de Segurança n. 34939/DF, impetrado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos contra Acórdãos do TCU que responderam a Consulta formulada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal sobre a legalidade da contratação direta da Empresa para a prestação de serviços de logística, com dispensa de licitação, baseada no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93. Nos referidos Acórdãos, restou registrada a ilegalidade da contratação direta da impetrante, pela Administração Pública, para prestação de serviços de logística, dispensando-se a licitação.

Na ocasião do julgamento, o STF entendeu que o serviço de logística, apesar de tratar-se de atividade não exclusiva dos Correios, prestado em regime de concorrência com particulares, deve ser entendido, ao menos, como serviço afim ao serviço postal, o que justificaria a aplicação de um regime diferenciado, sendo certo que a ECT preenche todos os requisitos legais necessários à possibilidade de sua contratação direta - integra a Administração Pública e foi criada em data anterior à edição da Lei 8.666/93, para a prestação de serviços postais, entre os quais entendeu que se incluiriam os serviços de logística integrada. No que tange ao último requisito, referente à necessidade de que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, a Corte destacou a necessária análise pela Administração contratante, caso a caso.

No âmbito da Advocacia Geral da União, foi emitido o Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011, aprovado pelo Sr. Advogado-Geral da União, em 20.04.2012, tendo sido reconhecida a possibilidade de contratação direta da ECT para a prestação das atividades não incluídas no rol do monopólio da empresa, com fundamento no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93, embasada no entendimento firme do E. STF no sentido de que tais atividades constituem "serviço público", e não exploração de atividade econômica em sentido estrito[26].

26 Por oportuno, reproduz-se a seguir trecho da conclusão do citado Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011:

Posteriormente, por meio do Parecer nº 00101/2017/DECOR/CGU/AGU, o Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos da CGU ratificou o entendimento presente no Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011, no sentido da possibilidade de contratação direta da ECT, por dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para prestação de serviços que não sejam objeto exclusivo da estatal[27].

"70. Ante o exposto CONCLUO:

a) O serviço postal é serviço público (ADPF-46), de titularidade da União e delegado para a ECT;

b) Ao serviço postal – não considerado atividade econômica em sentido restrito – não se aplicam os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (ADPF-46);

c) Os serviços postais são de duas espécies: exclusivos (monopólio, art. 9º da Lei n. 6.538/78) e não exclusivos;

d) Os serviços postais não exclusivos – dado sua natureza pública – podem ser objeto de contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, VIII da lei 8.666/93), observada a compatibilidade de preços com o mercado;

e) A contratação direta da ECT na prestação de serviços postais não exclusivos (art. 24, VIII da lei 8.666/93) não viola os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, por não se tratar de atividade econômica em sentido restrito (ADPF 46);

(...)"

27 Segue transcrição da ementa do Parecer nº 00101/2017/DECOR/CGU/AGU, in verbis:

"EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS (ECT). ART. 24, INC. VIII, DA LEI N.º8.666/93.

I. Subsistência do entendimento jurídico firmado no Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011, que com fulcro na decisão da ADPF n.º 46, autorizou a contratação direta da ECT por dispensa de licitação fundamentada no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para prestação de serviços que não sejam objeto exclusivo da estatal;

II. Na ADPF n.º 46 foi assentado que a ECT presta serviço público, portanto, o serviço postal não é atividade econômica; e, por não ser atividade econômica, não se aplicam os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa;

III. O entendimento do TCU, nos acórdãos TCU n.º 1800/2016 - Plenário e n.º 213/2017 - Plenário, não estão conforme o externado pelo STF na decisão da ADPF n. 46;

IV. A decisão da ADPF possui efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do poder público (art. 10º, § 3º da Lei n. 9.882/99);

V. Encaminhamento aos órgãos competentes para avaliar cabimento e conveniência de eventuais providências".

Nos termos do entendimento acima exposto, resta acertado que os serviços prestados com exclusividade pela ECT (art. 9º e 27 da Lei nº 6.538/78) poderão ser contratados de forma direta, por inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 74, caput, da Lei nº 14.133/2021). Já com relação aos serviços públicos postais não compreendidos no monopólio da empresa, a contratação poderá ser efetivada de forma direta, por dispensa do certame, amparada no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 75, inc. IX, da Lei nº 14.133/2021), conforme entendimento consagrado na Suprema Corte sobre a natureza pública de tais atividades, não incidindo os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência previstos no art. 173 da Magna Carta, e nos termos do Parecer nº 00101/2017/DECOR/CGU/AGU.

FONTE DE CONSULTA: Parecer Referencial nº 00005/2020/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 00688.001341/2020-72); Parecer nº 00030/2022/CONJUR-MMA/CGU/AGU (NUP 02000.005277/2021-97); Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011(NUP 00400.011022/2010-72); Parecer nº 00101/2017/DECOR/CGU/AGU (NUP 00767.000468/2017-99); Orientação Normativa CJU-MG Nº 09, de 17.03.2009 (NUP 00688.001188/2020-83); Decreto-Lei nº 509, de 20.03.1969, Lei n. 6.538, de 22.06.1978, Decreto n. 8.016, de 17.05.2013, Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: SERVIÇOS POSTAIS PRESTADOS PELA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. SERVIÇOS PÚBLICOS. SERVIÇOS PRESTADOS EM REGIME DE EXCLUSIVIDADE (ARTS. 9º E 27, DA LEI Nº 6.538/78) - INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. DEMAIS SERVIÇOS POSTAIS, PRESTADOS EM REGIME DE LIVRE CONCORRÊNCIA (SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS E ATIVIDADES CORRELATAS) - POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO, ATENDIDOS OS REQUISITOS LEGALMENTE ESTABELECIDOS.

DISPENSA DE LICITAÇÃO

PERGUNTA P19: É dispensável a licitação quando não houver licitantes interessados ou quando os preços oferecidos forem manifestamente superiores aos do mercado em certame anterior? Quais os requisitos da dispensa?

RESPOSTA: Sim, tanto a Lei nº 8.666/93 como a Lei nº 14.133/21 veiculam hipóteses de contratação direta, por dispensa de licitação, quando a licitação anterior restar frustada. Necessidade de manutenção das condições pré-estabelecidas.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

> Conforme a Lei nº 8.666/93,
>
> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;
>
> (...)
>
> VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor
>
> não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

A doutrina e o Tribunal de Contas da União denominam as hipóteses acima, respectivamente, de licitações deserta e fracassada.

A nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) condensa as duas possibilidades em um único dispositivo, a saber:

> Art. 75. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:
>
> a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
>
> b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

A licitação, assim, pode ser dispensada com base nos artigos citados. Contudo, para que tal opção possa ser executada, as mesmas condições devem ser praticadas, como salientado pelo Tribunal de Contas da União (e expressamente consignado na novel Lei):

> MANUAL DE COMPRAS DIRETAS DO TCU:
>
> (...)
>
> c. Licitação deserta que não pode ser repetida (inciso V)
>
> No caso de licitação deserta (sem interessados), a Administração poderá, caso comprove a urgência da contratação, dispensar a licitação e contratar diretamente, resguardadas as condições estabelecidas na licitação (especificações do objeto, critérios de aceitabilidade da proposta e condições de habilitação dos licitantes). Portanto, são esses os requisitos:
>
> 1. licitação realizada, porém deserta ou fracassada;
>
> 2. risco de prejuízos para Administração, se o processo licitatório vier a ser repetido;
>
> 3. manutenção das condições ofertadas no ato convocatório anterior.

Na motivação da dispensa, é essencial que sejam investigados os motivos pelos quais a licitação não obteve êxito, deixando claro que a Administração não contribuiu para seu insucesso, tal como, por exemplo, ao extrapolar as exigências mínimas a serem atendidas pelas empresas do mercado.

Por fim, deve a Administração observar as regras gerais aplicáveis às contratações diretas, tais como o ditado no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93 ou no art. 72 da Lei nº 14.133/21.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00148/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25045.000405/2021-95); PARECER nº 02216/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25045.000147/2022-28); PARECER nº 02974/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 08664.008849/2021-62).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. LICITAÇÃO DESERTA. LICITAÇÃO FRACASSADA. LEI Nº 8.666/93. LEI Nº 14.133/21.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÕES - EBC

PERGUNTA P20: Revela-se obrigatória a contratação dos serviços de publicidade legal prestados pela Empresa Brasil de Comunicações - EBC mediante inexigibilidade de licitação?

RESPOSTA: Em se tratando da prestação do serviço de distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, à exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União, a EBC encontra-se submetida a um regime de monopólio legal condicionado. Desde que o preço ofertado esteja compatível com aquele praticado no mercado, deve ocorrer a contratação direta da EBC, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, caput, da Lei n. 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 74, caput, da Lei nº 14.133/2021), tendo em vista que a prestação do destacado serviço foi conferida à referida Empresa, nos termos do artigo 8º, inc. VII, c/c §2º, inc. II, da Lei nº 11.652/2008. Em restando fracassada a tentativa de negociação de valores junto à empresa pública, com a manutenção de valores incompatíveis, o órgão deverá tomar providências para realizar o procedimento cabível de acordo com a Lei 8.666/93, sendo certo que o processo que objetive a contratação de empresa distinta da EBC para o referido serviço deve ter como requisito de início válido a comprovação inequívoca de incompatibilidade de preço requerido pela empresa pública.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Preliminarmente, ratifica-se que está assente na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de contratação a ser efetivada pelo Poder Público, sem a realização do procedimento licitatório prévio. Todavia, tal forma de contratação configura hipótese excepcional, somente admissível em situações previstas em lei, relatadas como casos de dispensa e inexigibilidade, além da licitação dispensada. O processo licitatório decorre de comando constitucional cristalizado no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e visa materializar princípios basilares do Direito Administrativo, sobretudo a legalidade, a impessoalidade, e a moralidade administrativa:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Cabe ressaltar que a Administração Pública, diante das opções de que dispõe, pode entender aplicável ao caso concreto a situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Na realidade, ambos os institutos de dispensa e inexigibilidade constituem ferramentas à disposição da Administração para o melhor atendimento do interesse público almejado. No dizer autorizado de Maria Sylvia Zanella di Pietro[28], a distinção entre os institutos "está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável".

Portanto, tem-se que a licitação é a regra a ser obedecida, sendo a dispensa e a inexigibilidade a exceção. Neste aspecto, a própria Carta Magna tratou de ressalvar que em alguns casos, previstos em lei, a licitação pode ser afastada. Segundo Marçal Justen Filho[29]:

> 2) Contratação direta
>
> É usual se afirmar que a "supremacia do interesse público" fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. Essa flexibilidade não significa discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não incidência do regime formal de

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 481/482.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 475/476.

> licitação. A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

No bojo do questionamento ora abordado, cumpre analisar a natureza dos serviços de publicidade legal prestados pela EBC, iniciando-se a análise acerca da legislação aplicável à referida Empresa.

A Empresa Brasil de Comunicação – EBC - constitui-se em empresa pública vinculada à Casa Civil da Presidência da República, conforme dispõe o artigo 5º, da Lei nº 11.652/2008, e tem por finalidade a prestação de serviços de radiodifusão pública e serviços conexos.

Nos termos do art. 8º, da Lei nº 11.652/2008, à EBC compete o desempenho das seguintes atividades:

> Art. 8º Compete à EBC:
>
> [...]
>
> VII - distribuir a publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, à exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União;
>
> [...]
>
> § 1o Para fins do disposto no inciso VII do caput deste artigo, entende-se como publicidade legal a publicação de avisos, balanços, relatórios e outros a que os órgãos e entidades da administração pública federal estejam obrigados por força de lei ou regulamento.
>
> § 2º É dispensada a licitação para a:
>
> I - celebração dos ajustes com vistas na formação da Rede Nacional de Comunicação Pública mencionados no inciso III do caput deste artigo, que poderão ser firmados, em igualdade de condições, com entidades públicas ou privadas que explorem serviços de comunicação ou radiodifusão, por até 10 (dez) anos, renováveis por iguais períodos;
>
> II - contratação da EBC por órgãos e entidades da administração pública, com vistas na realização de atividades relacionadas ao seu objeto, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.

Por seu turno, o Decreto nº 6.555, de 8 de setembro de 2008, que trata das ações de comunicação do Poder Executivo Federal e dá outras providências, assevera que a publicidade legal que não deva ser veiculada nos órgãos oficiais da União, dos Municípios, dos Estados ou do Distrito Federal deverá ser distribuída pela EBC. Confira-se:

> Art. 9º As ações de publicidade do Poder Executivo Federal serão executadas por intermédio de agência de propaganda, com exceção da publicidade legal veiculada nos órgãos oficiais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
>
> [...]
>
> § 3º A publicidade legal não enquadrada no caput será distribuída pela Empresa Brasil de Comunicação - EBC, nos termos do art. 8º, inciso VII, da Lei nº 11.652, de 7 de abril de 2008, observadas as instruções da Secretaria de Comunicação Social.

Portanto, no que concerne especificamente aos serviços de distribuição de publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, cumpre destacar o que prescreve o artigo 8º, inc. VII, da Lei nº 11.652/2008, supratranscrito. Os serviços de distribuição de publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal, com exceção daquela veiculada pelos órgãos oficiais da União, foram legalmente atribuídos à EBC.

Destaca-se que, em relação à contratação dos serviços prestados pela EBC, a Advocacia-Geral da União uniformizou entendimento no sentido de que, tratando-se de serviços de distribuição da publicidade legal da Administração Pública Federal, a contratação da referida empresa deve ser realizada mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no caput do art. 25, da Lei 8.666/93, tendo em vista a inviabilidade de competição, por conta do monopólio legal instituído em favor da EBC pelo inciso VII, do art. 8º, da Lei 11.652/08.

O entendimento exposto restou acertado no Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, cuja conclusão restou vazada nos seguintes termos:

Ante o exposto, em resposta à provocação do Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre, entendo que, nos termos do art. 8º, inciso VII, e § 2º, inciso II, da Lei 11.652/08, e do art. 9º, § 3º, do Decreto 6.555/08, a contratação da Empresa Brasil de Comunicação – EBC pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal deve se dar por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93.

No entanto, o referido entendimento não autoriza a contratação da EBC a qualquer preço, havendo a necessidade de que seja verificada a compatibilização da contratação com os preços praticados no mercado, conforme consta do Parecer nº 00123/2017/DECOR/CGU/AGU, assim ementado:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITOS COMUNICATIVOS. PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DIREITO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA. EMPRESA PÚBLICA. EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. SISTEMA BRASILEIRO DE COMUNICAÇÃO PÚBLICA. DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICIDADE LEGAL. MONOPÓLIO CONDICIONADO. LEI Nº 11.652/08. LEI Nº 11.303/16.
>
> 1. Há obrigação de a Empresa Brasil de Comunicação ser contratada diretamente, todavia apenas nas hipóteses em que os preços guardem correlação com o praticado no âmbito mercadológico, nos termos da Lei nº 11.652/08, art. 8º, inciso II, §2º, assim como o art. 29, XI, da Lei nº 11.303/16 (Lei das Estatais). Detectada a disparidade, é necessário novo pronunciamento da EBC sobre a oferta, vez que neste ponto detém preferência para ser a última a se manifestar sobre os valores encontrados pelos órgãos e entidades.
>
> 2. Os órgãos e entidades devem realizar tratativas junto à EBC para propiciar a pesquisa eficiente dos preços praticados pela empresa pública em seu sistema de informação, para fins de aplicação adequada do método comparativo de análise dos preços, sem prejuízo de outras providências para o trâmite célere das negociações.
>
> 3 . Quando os preços estiverem acima do valor de mercado, variação esta comprovada documentalmente nos autos dos processos administrativos, necessariamente deve ser aplicada a Lei nº 8.666/93, diploma essencialmente focado na obtenção dos valores de mercado e adequado ao cumprimento da condicionante jurídica prevista na Lei nº 11.652/08 (art. 8º, inciso II, §2º).

Dessa forma, a EBC encontra-se submetida a um regime de monopólio legal condicionado, quando da prestação do serviço de distribuição da publicidade legal.

Na mesma linha, a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 17, de 1º de abril de 2009 dispõe que:

> É OBRIGATÓRIA A JUSTIFICATIVA DE PREÇO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, QUE DEVERÁ SER REALIZADA MEDIANTE A COMPARAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA COM PREÇOS PRATICADOS PELA FUTURA CONTRATADA JUNTO A OUTROS ÓRGÃOS PÚBLICOS OU PESSOAS PRIVADAS.

Portanto, a lei impõe a contratação da EBC para prestação dos serviços de distribuição de publicidade legal desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado. A contrario sensu, havendo

incompatibilidade do preço praticado pela EBC com o de mercado, não poderá ser efetivada a contratação por inexigibilidade de licitação.

No que se refere especificamente à verificação da compatibilidade de preços, vale destacar, resumidamente, as orientações expostas pelo já mencionado Parecer nº 00123/2017/DECOR/CGU/AGU, extraídas do Parecer Referencial nº 00002/2021/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU, da Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços sem Dedicação Exclusiva de mão-de-obra:

> • Os preços da EBC devem ter correlação com os de mercado. Portanto, deve ser feita uma ampla pesquisa de preços do mercado, com base nas diretrizes da IN nº 05/2014 (revogada pela IN nº 73/2020, posteriormente revogada pela IN 65/2021);
>
> • A empresa pública disponibiliza sistema operacional para os órgãos ou entidades pesquisarem os preços cobrados pela EBC em relação ao meio de comunicação selecionado;
>
> • É razoável que a EBC indique aos órgãos e entidades a melhor forma de pesquisa de preços em seu sistema, sem prejuízo de aperfeiçoamentos, bem como qual o seu departamento competente para manter o diálogo quando constatados preços além dos praticados no mercado. A vantagem da proposta é examinada à luz do mesmo anúncio e veículo;
>
> • Na falta disso, os órgãos e entidades devem realizar tratativas junto à EBC para propiciar a pesquisa eficiente dos preços praticados pela empresa pública em seu sistema de informação, para fins de aplicação adequada do método comparativo de análise dos preços, sem prejuízo de outras providências para o trâmite célere das negociações;
>
> • Detectada a disparidade, é necessário novo pronunciamento da EBC sobre a oferta, vez que neste ponto detém preferência para ser a última a se manifestar sobre os valores encontrados pelos órgãos e entidades;
>
> • Portanto, a comprovação, por qualquer forma admitida em direito, da existência de preços incompatíveis pode partir do referido sistema, através de método comparativo entre um ou mais valores obtidos e as cotações realizadas diretamente junto às agências de publicidade que atuam no mercado, desde que observada a resistência da EBC em reduzir o seu valor ou a ausência de resposta em prazo razoável;
>
> • Quando os preços estiverem acima do valor de mercado (variação comprovada documentalmente nos autos dos processos administrativos) e frustrada a negociação com a EBC, caberá ao órgão afastar a contratação direta e tomar providências para aplicação da Lei 8.666/93 (licitação ou outra forma de contratação direta). Neste caso, o processo que objetive

a contratação de empresa distinta da EBC para o serviço de distribuição de publicidade legal deve ter como requisito de início válido a comprovação inequívoca de incompatibilidade de preço requerido pela empresa pública[30];

• Caso conste dos autos a pesquisa de preços realizada com base nas diretrizes da IN nº 05/2014 (revogada pela IN nº 73/2020, posteriormente revogada pela IN 65/2021), demonstrando que os preços da EBC estão de acordo com o valor de mercado, está autorizada a contratação direta, pela hipótese de licitação dispensada, prevista no artigo 8º, VII, e §2º, II, da Lei nº 11.652/2008.

Outrossim, destaca-se que a verificação de compatibilidade de preços é uma matéria de ordem técnica, competindo ao órgão adotar as providências necessárias para certificar-se da adequação dos valores encontrados e, consequentemente, da solução a ser adotada no caso[31].

Nos termos do entendimento acima exposto, desde que o preço ofertado esteja compatível com aquele praticado no mercado, revela-se possível a contratação direta da EBC, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 74, caput, da Lei nº 14.133/2021), tendo em vista a prestação do serviço de distribuição da publicidade legal dos órgãos e entidades da administração federal ter sido conferida à referida Empresa, nos termos do artigo 8º, inc. VII, c/c §2º, inc. II, da Lei nº 11.652/2008. Restando fracassada a tentativa de negociação de valores junto à empresa pública, com a manutenção de valores estejam incompatíveis, o órgão deverá tomar providências para realizar o procedimento cabível de acordo com a Lei 8.666/93. Outrossim, o processo que objetive a contratação de empresa distinta da EBC para o referido serviço deve ter como requisito de início válido a comprovação inequívoca de incompatibilidade de preço requerido pela empresa pública.

FONTE DE CONSULTA: Parecer Referencial nº 00002/2021/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 00688.000280/2021-15), Parecer nº 041/2010/DECOR/CGU/AGU (NUP 00400.016883/2009-11), Parecer nº 00123/2017/DECOR/CGU/AGU (NUP 00443.000031/2016-27); Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 17, de 1º de abril de 2009; Lei nº 11.652/2008, Decreto nº 6.555, de 08.09.2008 , Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

30 Recomendação destacada no bojo do Despacho n. 00460/2018/DECOR/CGU/AGU, que acolheu o Parecer n. 00123/2017/DECOR/CGU/AGU, com acréscimos de fato e de direito.

31 Neste aspecto, ressalta-se que a análise jurídica circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos na pretensão em apreço, não cabendo à unidade jurídica imiscuir-se no exame dos aspectos de economicidade, oportunidade e conveniência, conforme reza o Enunciado de Boa Prática Consultiva nº 7.

INDEXADOR: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE PUBLICIDADE LEGAL. EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. REGIME DE MONOPÓLIO LEGAL CONDICIONADO. INELEGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, DESDE QUE O PREÇO ESTEJA COMPATÍVEL COM AQUELE PRATICADO NO MERCADO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE NEGOCIAR COM A EMPRESA PÚBLICA, A FIM DE MANTER A REFERIDA COMPATIBILIDADE DO VALOR OFERTADO.

CONTRATO DE LOCAÇÃO

PERGUNTA P21: Deve a Administração verificar a regularidade fiscal e trabalhista da locadora do imóvel objeto de contrato com a Administração?

RESPOSTA: Sim, apesar de se tratar de contrato eminentemente privado, deve a Administração locatária do imóvel consultar se o locador encontra-se regular nas bases fiscais e trabalhistas.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Apesar de o contrato de locação ser eminentemente regido pelas normas de direito privado (Lei nº 8.245/91), a ele se aplicam as regras gerais concernentes aos contratos públicos, tal como previsto na Lei nº 8.666/93:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> (...)
>
> II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, **locação de bens**, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;
>
> Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:
>
> III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
>
> (...)

> V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.
>
> Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
>
> (...)
>
> 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.
>
> Art. 61. (...)
>
> (...)
>
> § 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;**

Desta feita, ao longo da execução de tal contrato, deve a Administração averiguar a regularidade fiscal da empresa contratada no Sicaf ou por meio de outros documentos comprobatórios, tal como exige a Instrução Normativa no 03, de 2018, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão:

> Art. 30. Previamente à emissão de nota de empenho, à contratação e a cada pagamento, a Administração deverá realizar consulta ao Sicaf para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, observado o disposto no art. 29.
>
> Parágrafo único. Nos casos em que houver necessidade de assinatura do instrumento de contrato, e o fornecedor não estiver inscrito no Sicaf, este deverá proceder ao seu cadastramento, sem ônus, antes da contratação.
>
> Art. 31. A cada pagamento ao fornecedor a Administração realizará consulta ao Sicaf para verificar a manutenção das condições de habilitação, observadas as seguintes condições:
>
> I - constatando-se, junto ao Sicaf, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deve-se providenciar a sua advertência, por escrito, para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, o fornecedor regularize sua situação ou, no mesmo prazo, apresente sua defesa;

II - o prazo do inciso anterior poderá ser prorrogado uma vez por igual período, a critério da Administração;

III - não havendo regularização ou sendo a defesa considerada improcedente, a Administração deverá comunicar aos órgãos responsáveis pela fiscalização da regularidade fiscal quanto à inadimplência do fornecedor, bem como quanto à existência de pagamento a ser efetuado pela Administração, para que sejam acionados os meios pertinentes e necessários para garantir o recebimento de seus créditos;

IV - persistindo a irregularidade, a Administração deverá adotar as medidas necessárias à rescisão dos contratos em execução, nos autos dos processos administrativos correspondentes, assegurada à contratada a ampla defesa;

V - havendo a efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão contratual, caso o fornecedor não regularize sua situação junto ao Sicaf; e

VI - somente por motivo de economicidade, segurança nacional ou outro interesse público de alta relevância, devidamente justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante, não será rescindido o contrato em execução com empresa ou profissional que estiver irregular no Sicaf.

A Lei nº 14.133/21, por sua vez, traz o mesmo entendimento sobre o tema, ao dispor que:

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

(...)

III – locação;

Art. 51. Ressalvado o disposto no inciso V do caput do art. 74 desta Lei, a locação de imóveis deverá ser precedida de licitação e avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações e do prazo de amortização dos investimentos necessários.

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

(...)

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

(...)

> V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;
>
> Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.
>
> Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
>
> (...)
>
> XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

Dessa forma, apesar de ser majoritariamente regulado pela Lei nº 8.245/91, certas normas de direito público regem o contrato de locação de imóvel, pelo que cumpre à Administração, enquanto locatária, verificar as regularidades fiscal e trabalhista do locador nas respectivas bases de dados.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00231/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 00407.003739/2008-66); PARECER nº 00362/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25065.000166/2021-35).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATO DE LOCAÇÃO.REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA. LEI Nº 8.666/93. LEI Nº 14.133/21.

NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA PRÉVIA

PERGUNTA P22: Sabendo-se que resta legalmente exigido o exame prévio e conclusivo dos textos de edital de licitação e dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, bem como dos atos pelos quais se reconheça a inexigibilidade ou a dispensa de licitação, por parte do órgão jurídico competente, nos moldes do artigo 11, inciso VI, "a", da Lei Complementar nº 73/93 e do artigo 38, § único, da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no artigo 53, caput, da Lei n. 14.133/2021 c/c seu §4º), o fato de inexistir tal manifestação jurídica anterior acarreta a nulidade do ato administrativo?

RESPOSTA: Embora legalmente exigido o exame prévio e conclusivo dos textos de edital de licitação e dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, bem como dos atos pelos quais se reconheça a inexigibilidade ou a dispensa de licitação, por parte do Órgão jurídico competente, o fato de inexistir tal manifestação jurídica anterior, por si só, não acarreta a nulidade do ato administrativo, se o edital e seus anexos não apresentarem vícios insanáveis podendo sujeitar, todavia, o agente administrativo à responsabilização funcional.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, 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. Por sua vez, o artigo 53, caput, da Lei nº 14.133/2021, c/c seu § 4º, dispõe sobre a necessidade de remessa do processo licitatório, ao final da fase preparatória, para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, para que este realize controle prévio de legalidade, assim como impõe a este órgão a incumbência de realizar controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

Portanto, tem-se que o escopo dos referidos dispositivos é possibilitar a realização de um controle prévio de legalidade do processo de contratação pública, de modo que se possa identificar e corrigir vícios porventura existentes, evitando que a contratação seja maculada com ilegalidades e defeitos que possam gerar a anulação de todo o procedimento ocasionando, assim, desperdício de tempo e de recursos públicos, o que viola a eficiência e a economicidade.

Assim, cabe à assessoria jurídica verificar previamente se os atos praticados pela Administração encontram-se de acordo com o que a lei determina. Por essa razão, afirma-se que o controle de legalidade da gestão administrativa deve ser, de regra, prévio, ou seja, anterior à prática do ato.

Nos termos do entendimento ratificado pelo Tribunal de Contas da União, a Lei nº 8.666/93 exige a submissão da minuta do edital e do contrato à prévia análise pela assessoria jurídica, em que pese essa manifestação não vincular a autoridade, que pode praticar o ato sem acatar o teor do parecer elaborado mas, nesse caso, deverá expor as justificativas para a divergência e assumirá a total responsabilidade pelo ato praticado. Nesse sentido, forma-se trecho do Voto do Ministro Relator no Acórdão nº 521/2013

– Plenário, fazendo menção a precedentes da Corte de Contas[32]:

> "17. Ocorre que mesmo que a administração contratante desejasse seguir adiante com a contratação pretendida, contrariando, eventualmente, parecer jurídico sobre o assunto, necessitar-se-ia da aposição de justificativa para tanto, no processo licitatório, conforme esclarecido no precedente Acórdão 147/2006 – TCU – Plenário, cujo excerto do voto condutor da lavra do Ministro Benjamin Zymler transcrevo a seguir, por pertinente ao assunto aqui abordado:(...)18. Em sentido semelhante, este Tribunal já havia alertado ao Inpe, mediante o subitem1.5.3 do Acórdão 2.116/2011 – 2ª Câmara, com a redação dada pelo Acórdão 4.984/2011 –2ª Câmara (Rel. o Ministro-Substituto André Luis de Carvalho), que "1.5.3. se abstenha de publicar editais de licitação ou minutas de contratos cujo conteúdo não tenha sido aprovado pela assessoria jurídica ou cujo conteúdo difira do aprovado por esta, nos exatos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, e, em caso de divergência, faça incluir no processo licitatório documento fundamentando a discordância ou a impossibilidade de atendimento;"

Desta forma, a análise prévia das minutas de contrato e instrumentos congêneres é regra ditada pela Lei e pela jurisprudência do TCU.

Registra-se que a Lei n. 14.133/2021, em seu artigo 53, §5º, dispõe sobre exceção à regra exposta: é dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. Outrossim, a Orientação Normativa AGU nº 69/2021[33] dispõe sobre situação excepcional de não remessa do feito para manifestação jurídica prévia, nos casos de contratação direta de que dispõe.

32 Destaca-se, ainda, que o TCU, no Acórdão nº 131/2015- Plenário deu ciência à Administração sobre impropriedade em termo aditivo de contrato, consistente na ausência de parecer jurídico prévio sobre a regularidade de aditivos contratuais, considerando afronta ao disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93. (TCU, Acórdão nº 131/2015, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 04.02.2015).

33 Orientação Normativa 69/2021: "NÃO É OBRIGATÓRIA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS DE PEQUENO VALOR COM FUNDAMENTO NO ART. 75, I OU II, E § 3º DA LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021, SALVO SE HOUVER CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO E ESTE NÃO FOR PADRONIZADO PELO ÓRGÃO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO, OU NAS HIPÓTESES EM QUE O ADMINISTRADOR TENHA SUSCITADO DÚVIDA A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. APLICA-SE O MESMO ENTENDIMENTO ÀS CONTRATAÇÕES DIRETAS FUNDADAS NO ART. 74, DA LEI Nº 14.133, DE 2021, DESDE QUE SEUS VALORES NÃO ULTRAPASSEM OS LIMITES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ART. 75, DA LEI Nº 14.133, DE 2021".

Cabe citar, ainda, o entendimento da Orientação Normativa AGU nº 46/2014[34], segundo a qual somente é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor fundadas na Lei nº 8.666/93 quando houver minuta de contrato não padronizada ou haja, o administrador, suscitado dúvida jurídica sobre a contratação.

Não obstante a obrigatoriedade, como regra geral, de análise prévia pelo órgão de assessoramento jurídico, há casos nos quais o instrumento não é encaminhado para o exame da consultoria. A falta de encaminhamento para manifestação jurídica prévia, por representar infração ao ordenamento jurídico, costuma ser penalizada pelos Órgãos de controle da legalidade dos atos da Administração Pública, como é o caso, na esfera federal, do TCU (Acórdão nº 1.466/2010 – Plenário, Acórdão nº 2.004/2007 – Plenário, Acórdão nº 720/2008 – Plenário).

Sobre o tema, após destacar as finalidades jurídicas da análise jurídica prévia - impedir que uma atuação defeituosa (com vícios de legalidade) seja consumada e desincentivar a prática de atos irregulares, precipitados e não satisfatórios, o autor Marçal Justen[35] leciona:

> É relevante determinar a finalidade da exigência examinada, o que permite estabelecer as consequências da eventual infração à regra do parágrafo único do art. 38.
>
> A fiscalização pela assessoria jurídica não se configura como uma solenidade bastante em si. Não se trata de um ato administrativo destinado a satisfazer, diretamente e por si só, as necessidades administrativas. O parecer jurídico é um ato de controle de legalidade e conveniência da atividade administrativa licitatória e contratual. Portanto, a exigência da manifestação prévia da assessoria jurídica tem duas finalidades jurídicas.
>
> [...]
>
> Justamente por isso, a ausência de manifestação da assessoria jurídica não se constitui em defeito autônomo, apto a eliminar a validade do ato. Por exemplo, se o Edital e as minutas de contratação forem perfeitos e não possuírem irregularidades, seria um despropósito supor que a ausência de prévia aprovação da assessoria jurídica seria suficiente para invalidar a licitação. Portanto, o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica. Com isso, afirma-se que a ausência de observância do disposto no parágrafo único não é causa autônoma

34 Orientação Normativa 46/2014: SOMENTE É OBRIGATÓRIA A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES DE PEQUENO VALOR COM FUNDAMENTO NO ART. 24, I OU II, DA LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, QUANDO HOUVER MINUTA DE CONTRATO NÃO PADRONIZADA OU HAJA, O ADMINISTRADOR, SUSCITADO DÚVIDA JURÍDICA SOBRE TAL CONTRATAÇÃO. APLICA-SE O MESMO ENTENDIMENTO ÀS CONTRATAÇÕES FUNDADAS NO ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, DESDE QUE SEUS VALORES SUBSUMAM-SE AOS LIMITES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

35 JUSTEN Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 18ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 871/872.

> de invalidade da licitação. O descumprimento da regra do parágrafo único não vicia o procedimento se o edital ou o contrato não apresentem vício. Configurar-se-á apenas a responsabilidade funcional para os agentes que deixaram de atender à formalidade.

Com efeito, embora legalmente exigido o exame prévio e conclusivo dos textos de edital de licitação e dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, bem como dos atos pelos quais se reconheça a inexigibilidade ou a dispensa de licitação, por parte do órgão jurídico competente, nos moldes do artigo 11, inciso VI, "a", da Lei Complementar nº 73, de 1993 e do artigo 38, § único da Lei nº 8.666/93 (com dispositivo correlato no artigo 53, caput, da Lei nº 14.133/2021 c/c seu §4º), o fato de inexistir tal manifestação jurídica anterior, por si só, não acarreta a nulidade do ato administrativo se o edital e seus anexos não apresentarem vícios insanáveis podendo sujeitar, todavia, o agente administrativo à responsabilização funcional.

Neste aspecto, ultrapassada a questão atinente à obrigatoriedade de manifestação jurídica prévia acerca dos textos de edital de licitação e dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, bem como dos atos pelos quais se reconheça a inexigibilidade ou a dispensa de licitação, deve o órgão jurídico de assessoramento, ao ser questionado sobre eventual vício constante em ato administrativo praticado posteriormente à formalização do instrumento sem exame prévio pela consultoria jurídica, analisar cada caso em específico, distinguindo as situações que ensejam convalidação do ato daquelas impassíveis de aproveitamento.

A análise da possibilidade de convalidação de atos administrativos requer o entendimento acerca da Teoria das nulidades no Direito Administrativo. Consoante entendimento exposto por José dos Santos Carvalho Filho[36], parcela majoritária da doutrina perfilha Teoria dualista, segundo a qual os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a gravidade do vício apontado. E conclui o autor:

> Embora muitos dos autores se refiram à 'anulação' dos atos administrativos, decidimos adotar o termo 'invalidação', seguindo, aliás, a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para significar qualquer desconformidade do ato com as normas reguladoras, evitando-se, desse modo, que a referência à 'anulação' cause a insinuação de que trata de processo de desfecho apenas da anulabilidade, e não da nulidade.

Quanto ao instituto da convalidação (saneamento ou aperfeiçoamento), de acordo com as lições de Maria Sylvia Zanella de Pietro, "é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado"[37]. Trata-se de

36 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 130/132.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 326.

espécie de extinção do ato administrativo, por manifestação de vontade do administrador, pela prática de outro ato administrativo que retira do mundo jurídico o primeiro, sanando os vícios do ato anterior.

A convalidação é instituto previsto no art. 55 da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), que preconiza, *in verbis*:

> Art. 55. 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.

Dessa forma, da leitura do dispositivo transcrito, denota-se que são condições cumulativas para que um ato possa ser convalidado: defeito sanável; o ato não acarretar lesão ao interesse público; o ato não acarretar prejuízo a terceiros; decisão discricionária da administração acerca da conveniência e oportunidade de convalidar o ato (em vez de anulá-lo).

De acordo com a corrente doutrinária majoritária[38], os atos que possuam vícios de competência, de forma e de procedimento são, em regra, passíveis de convalidação; ao passo que os defeitos insanáveis, aqueles que impedem o aproveitamento do ato, são os que apresentam imperfeições relativas ao motivo, à finalidade e ao objeto. Isto porque a Administração Pública deve orientar-se, como é cediço, pela observância aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da presunção de validade, da legitimidade dos atos por ela praticados, todos em sintonia com o princípio da economicidade, que também deve guiar suas atuações.

Neste contexto, no campo da jurisprudência, o Acórdão nº 115/2011, do Plenário do Tribunal de Contas da União- TCU, definiu:

> [...] A convalidação só é possível quando o ato administrativo eivado de vícios for sanável e estiver comprovada ausência de lesão ao interesse público, de desrespeito à moralidade administrativa e de prejuízo terceiros.
>
> O resultado da convalidação do ato administrativo viciado não pode ser perpetuação da ilegalidade e nem a ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Ainda, a Lei nº 9.784/99, em seu art. 50, prescreve o dever de motivação para a convalidação, nos seguintes termos:

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
>
> [...]

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 13139/141.

> VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
>
> [...]
>
> § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Dessa forma, quando inexistente a análise prévia e conclusiva dos textos de edital de licitação e dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, bem como dos atos pelos quais se reconheça a inexigibilidade ou a dispensa de licitação, visualiza-se a possibilidade de realização do assessoramento jurídico ao órgão, no que tange à validade dos atos administrativos praticados posteriormente, pelo disposto no inciso V, do art. 11, da Lei Complementar n. 73/93, que contempla o cabimento de assistência aos órgãos e autoridades no controle interno da legalidade administrativa dos atos já praticados pelas autoridades.

Destaca-se, no entanto, que a possibilidade conferida pelo inciso V, do art. 11, da LC 73/93 não autoriza o órgão de assessoramento jurídico a realizar a análise retroativa, em momento superveniente, de instrumentos já celebrados, já que a análise de tais documentos deve ser prévia. Enquanto a análise jurídica prévia resguarda a Administração na prática de ato administrativo, evitando eventual ilegalidade, a apreciação jurídica a posteriori deve apontar possíveis ilegalidades, considerando-se a presunção relativa de legalidade do ato administrativo.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 02737/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 33374.086162/2021-71); Parecer nº 00112/2021/CONJUR-MMA/CGU/AGU (NUP: 02000.001007/2021-15; Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 46/2014, nº 69/2021; Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA PRÉVIA. INEXISTÊNCIA DE TAL MANIFESTAÇÃO, POR SI SÓ, NÃO ACARRETA A NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, CASO OS INSTRUMENTOS NÃO APRESENTEM VÍCIOS INSANÁVEIS. AGENTE ADMINISTRATIVO SUJEITO À RESPONSABILIZAÇÃO FUNCIONAL. VÍCIO EM ATO PRATICADO POSTERIORMENTE. ANÁLISE DE CADA CASO CONCRETO, COM DISTINÇÃO DOS VÍCIOS CONVALIDÁVEIS DAQUELES IMPASSÍVEIS DE APROVEITAMENTO.

RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PERGUNTA P23: Há necessidade de elaboração de termo aditivo para formalizar a rescisão contratual unilateral motivada por fato atribuível à culpa da empresa contratada (aquela perpetrada nos termos do art. 79, I, da Lei nº 8.666/93, quando verificada uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da mesma Lei) e encaminhamento dos autos para exame prévio da consultoria jurídica?

RESPOSTA: A rescisão administrativa constitui manifestação de vontade unilateral, independendo de manifestação de vontade da outra parte, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado, representando típico exemplo de manifestação de cláusula exorbitante presente no regime jurídico-administrativo, pelo que resta dispensada a elaboração de termo aditivo para o seu aperfeiçoamento. A rescisão deve ser sempre decorrente de ato devidamente motivado e justificado, assegurado o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório. Ainda, os processos de rescisão administrativa devem ser encaminhados ao órgão jurídico consultivo não para fins de análise prévia e indiscriminada do documento formalizador da rescisão unilateral em todo e qualquer caso, mas nas hipóteses de esclarecimentos pontuais de questões de natureza jurídica que eventualmente suscitem dúvidas específicas quanto à forma de proceder na prática do ato administrativo rescisório.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A doutrina, acompanhando a evolução prática do tema, costuma apontar, tradicionalmente, três formas de extinção dos contratos administrativos. Uma das formas de extinção consiste na extinção natural, pelo cumprimento do contrato. A segunda forma de extinção dos contratos administrativos é a anulação, que decorre de ilegalidade constatável no ajuste. A rescisão constitui outra modalidade de extinção do contrato administrativo, originando-se de um fato jurídico superveniente nascido de manifestação volitiva. O art. 78, da Lei nº 8.666/93 elenca as hipóteses motivadoras de rescisão do contrato administrativo.

A referida Lei nº8.666/93, em seu artigo 79, dispõe acerca das modalidades de rescisão do contrato firmado junto à Administração[39]. Acerca dos tipos de rescisão do contrato administrativo, com especial atenção à denominada "rescisão administrativa", que se opera justamente pela manifestação de vontade unilateral da Administração Pública.

Acerca da rescisão unilateral (ou administrativa), cumpre transcrever os artigos da lei nº 8.666/93[40] que são pertinentes à abordagem da temática:

> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
>
> [...]
>
> II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
>
> [...]
>
> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
>
> I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
>
> II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
>
> III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
>
> IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
>
> V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

39 De acordo com a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 138, a extinção contratual pode ocorrer de quatro formas: unilateral, consensual, arbitral e judicial. A rescisão arbitral foi incluída pela nova Lei, acrescentando mais uma hipótese àquelas previstas no artigo 79, da Lei nº 8.666/93. A rescisão ora tratada enquadra-se em rescisão unilateral, ocorrida apenas nas situações expressamente autorizadas pela lei - incisos I a IX, do art. 137, da Lei nº 14.133/2021.

40 Os dispositivos citados encontram artigos correspondentes na Lei 14.133/21, a seguir identificados:

-Art. 58, inc. II, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 104, inc. II, da Lei nº 14.133/2021;
-Art. 78, da Lei nº 8.666/93, correspondente parcialmente ao art. 137, da Lei nº 14.133/2021;
-Art. 79, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 138, da Lei nº 14.133/2021;
-Art. 80, da Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 139, da Lei nº 14.133/2021;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

[...]

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração , nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

[...]

§ 1° A rescisão administrativa ou amigável deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

[...]

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

> II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
>
> III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
>
> IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.
>
> § 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.
>
> § 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.
>
> § 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.
>
> [...]

Como se pode perceber, a rescisão administrativa é aquela perpetrada por ato unilateral e escrito da Administração Pública (art. 79, I, da lei nº 8.666/93), quando verificada uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da mesma Lei. Trata-se de prerrogativa inerente aos contratos administrativos, caracterizados que são pela presença de cláusulas exorbitantes, assim conceituadas pela profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro[41]:

> São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado.

Dessa forma, a rescisão administrativa difere da rescisão amigável (art. 79, II, da lei nº 8.666/93) - que se perfaz, necessariamente, por mútuo acordo de vontade das partes e através da mesma forma utilizada no ato da contratação -, representando típico exemplo de manifestação de cláusula exorbitante presente no regime jurídico-administrativo, e que conduz à derrogação parcial do direito obrigacional ordinário regido exclusivamente pelo direito privado.

A rescisão administrativa não se configura, portanto, como ato contratual em sentido estrito, ou bilateral. Antes, trata-se de manifestação de vontade

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32.ª Edição, 2019. Ed. Forense. Rio de Janeiro, RJ. p. 308.

unilateral, independendo de manifestação de vontade da outra parte, um direito potestativo reconhecido em favor da Administração Pública, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado.

A dispensa de elaboração de termo aditivo para aperfeiçoar a rescisão contratual unilateral não quer significar, contudo, ampla ou irrestrita liberdade para a Administração Pública. A rescisão deve ser sempre decorrente de ato devidamente motivado e justificado, assegurado o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Dessa forma, consentâneo com o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, o art. 78, parágrafo único, da lei nº 8.666/93, determina que o ato administrativo que consubstanciar a rescisão do ajuste deve vir acompanhado de dois requisitos legais: formal motivação do ato rescisório e garantia do contraditório e ampla defesa em favor do contratado.

Acerca da motivação formal do ato rescisório, o termo que o formalizar deverá indicar os fatos que levaram à rescisão do contrato, o estado em que se encontra o objeto contratual, em qual(is) das hipóteses de rescisão unilateral previstas no art. 78 da lei nº 8.666/93 o caso se amolda, além de todos os demais elementos e informações subjacentes à relação jurídica que tenham ensejado a sua rescisão. Nesse sentido, preconiza a doutrina à luz do art. 78, parágrafo único, da lei nº 8.666/93[42]:

> O ato rescisório, expresso em decreto ou despacho, deverá ser consubstanciado em termo, no qual se descreva o estado em que se encontra o objeto do contrato e se indiquem os motivos e disposições, normativas ou contratuais, que embasaram a rescisão, para que a qualquer tempo se possa evidenciar sua legitimidade e fixar a indenização, se devida. Esse termo é o ato formalizador da rescisão administrativa , operando seus efeitos a partir da data de sua publicação ou ciência oficial ao interessado (ex nunc).

Já no que se refere à garantia do contraditório e da ampla defesa, visualizam-se duas situações distintas no contexto da rescisão unilateral, as quais, a depender do caso concreto, ensejarão o exercício de tais garantias em diferentes graus ou intensidade. Em verdade, a distinção que se propõe aqui tem em vista duas providências acautelatórias que estão à disposição da entidade pública contratante e que se encontram previstas nos incisos I e II c/c o §1º, todos do art. 80 da lei nº 8.666/93, já transcritas acima.

As condutas descritas no art. 80, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tem como finalidade permitir que a Administração aja imediatamente com vistas ao atendimento do interesse público, dando concretude ao princípio da continuidade do serviço público. Assim, uma

42 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores. São Paulo. SP. 42ª Edição. 2016, pág. 278.

vez rescindido unilateralmente o contrato, é possível que a Administração atue imediatamente, de modo a evitar a interrupção da execução do objeto.

Assim, quando a rescisão unilateral do contrato não implicar na necessidade de "assunção imediata do objeto do contrato" (art. 80, I, da lei nº 8.666/93) ou na "ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato" (art. 80, II, da lei nº 8.666/93), resta imposta a observância do contraditório e da ampla defesa previamente à eventual adoção do ato rescisório unilateral, devendo a medida ser adotada no bojo de procedimento administrativo próprio, instaurado especificamente para apuração das circunstâncias que teriam dado ensejo à interrupção do ajuste, conforme preceitua o art. 78, parágrafo único, da lei nº 8.666/93.

Por outro lado, quando caracterizada a premente necessidade de "assunção imediata do objeto do contrato" pela Administração Pública (art. 80, I, da lei nº 8.666/93), ou mesmo a "ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato" (art. 80, II, da lei nº 8.666/93), tais circunstâncias modificam, em parte, o contexto do exercício do contraditório e ampla defesa, ao menos em um primeiro momento. Nessas hipóteses, em que a adoção de uma das referidas providências se mostra imprescindível para evitar a própria descontinuidade do fornecimento ou serviço de interesse público, garantir o contraditório e a ampla defesa, em toda sua plenitude, previamente à adoção do ato rescisório unilateral, não nos parece medida compatível com situações que, como visto, demandam a adoção in continenti das providências previstas nos incisos I e II do art. 80 da lei nº 8.666/93.

Em casos tais, o ato administrativo formalizador da rescisão administrativa deve produzir efeitos desde logo - a partir da data de sua publicação ou ciência oficial ao interessado, viabilizando, dessa forma, a aludida encampação do objeto contratual e evitando prejuízos maiores ao interesse público. Não se trata de inobservância do contraditório e da ampla defesa, mas sim de diferimento do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, cujo processamento seria apenas postergado para momento futuro, a ser garantido no bojo de processo administrativo próprio, diante da indisponibilidade do interesse público, bem como da supremacia deste último sobre o interesse privado. Antes disso, porém, é recomendável que se estabeleça um contraditório preliminar, oportunizando, conforme o caso e de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, a manifestação da empresa contratada acerca da pretensão da Administração Pública em extinguir unilateralmente o contrato, para que a motivação formal do ato rescisório unilateral esteja, na máxima medida possível, amparada no mais amplo conhecimento dos fatos e circunstâncias, de modo a conferir-lhe maior legitimidade e segurança jurídica.

Nos casos em que a Administração Pública entenda necessário adotar uma das medidas previstas no art. 80, I e II, da lei nº 8.666/93, a realização de um contraditório preliminar nos moldes acima expostos tem a virtude de fornecer ao gestor público mais elementos a compor a motivação formal do ato rescisório, mitigando-se assim o risco de se incidir em uma rescisão unilateral prematura que posteriormente venha a se mostrar indevida no procedimento administrativo próprio. Registre-se que tal diligência deve ser levada a efeito sem prejuízo da abertura de processo administrativo próprio para apuração, dessa vez exauriente, das circunstâncias dos fatos que ensejaram a rescisão contratual, no caso de a autoridade administrativa decidir por promover a rescisão unilateral mesmo após a eventual apresentação da defesa preliminar sugerida nos parágrafos anteriores.

Registra-se que os processos de rescisão administrativa devem ser encaminhados ao órgão jurídico consultivo para atuação no assessoramento do gestor público sempre que este entender necessário, mas não para fins de análise prévia e indiscriminada do documento formalizador da rescisão unilateral em todo e qualquer caso. Nas hipóteses de esclarecimentos pontuais de questões de natureza jurídica que eventualmente suscitem dúvidas específicas quanto a forma de proceder na prática do ato administrativo rescisório os processos devem ser encaminhados referido órgão jurídico consultivo.

O inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666/93 demanda que o ato da rescisão seja formalizado por escrito. Quanto à forma que o ato administrativo de rescisão deve se revestir, repise-se o quanto consignado pelo Coordenador da e-CJU/SSEM no Parecer nº 00042/2021/CJU-MG/CGU/AGU:

> 13. Destaque-se que não há forma predelineada para a concretização do ato que determina a rescisão unilateral de contrato administrativo. Pode ser um termo, um decreto, um ato, uma declaração, uma certidão, etc. Qualquer forma é válida desde que seja cumprida a determinação de: a) declarar a rescisão do contrato; e, b) cientificar o contratado da rescisão, pois vige no caso o princípio pas de nullité sans grief, ou seja, onde não há prejuízo não há nulidade.

Outrossim, entende-se dispensável a publicação do ato administrativo rescisório na imprensa oficial como condição para sua eficácia. Isso porque o ato unilateral não configura, a rigor, à luz da dicção do art. 61, parágrafo único, da lei nº 8.666/93, "instrumento de contrato" ou "aditamentos". Antes, na qualidade de típico ato administrativo, o termo unilateral de rescisão opera a ruptura do vínculo obrigacional de pleno direito, dependendo apenas de prévia cientificação oficial ao interessado.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 00007/2021/COORD/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 00688.000436/2021-50); Orientação Normativa E-CJU/SSEM Nº 0001/2021, de 8.04.2021 (NUP: 00688.000436/2021-50); Parecer nº 00042/2021/CJU-MG/CGU/AGU (NUP: 21181.001225/2017-29); Lei nº 8.666/93, Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: RESCISÃO UNILATERAL POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS ADMITIDOS EM LEI (RESCISÃO ADMINISTRATIVA). CLÁUSULA EXORBITANTE E DERROGATÓRIA DO REGIME JURÍDICO COMUM. PRERROGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESCINDIBILIDADE DA RESCISÃO SER FORMALIZADA POR TERMO ADITIVO E/OU SER PRECEDIDA DE EXAME PRÉVIO POR PARTE DO ÓRGÃO DE CONSULTORIA JURÍDICA. NECESSIDADE DE FORMAL MOTIVAÇÃO E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

NEPOTISMO. VEDAÇÃO

PERGUNTA P24: Pode a Administração contratar empresa que se recusa a fornecer declaração de inexistência de nepotismo?

RESPOSTA: Não. A Declaração de Inexistência de Nepotismo é condição à assinatura do contrato administrativo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu texto que :

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte...

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, dispõe que:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O Decreto nº 7.203/10, que Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal, prescreve:

> Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:
>
> I - cargo em comissão ou função de confiança;
>
> II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e
>
> III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.
>
> (...)
>
> § 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.
>
> Art. 7º Os editais de licitação para a contratação de empresa prestadora de serviço terceirizado, assim como os convênios e instrumentos equivalentes para contratação de entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal, deverão estabelecer vedação de que familiar de agente público preste serviços no órgão ou entidade em que este exerça cargo em comissão ou função de confiança.

Por sua vez, o Decreto nº 9.507/18, que *Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União,* prevê:

> Art. 5º É vedada a contratação, por órgão ou entidade de que trata o art. 1º, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que tenham relação de parentesco com:
>
> I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação; ou
>
> II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade."

A vedação ao nepotismo é assim tratado na Lei nº 14.133/21:

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, **da impessoalidade, da moralidade**, da publicidade, da eficiência, do interesse público, **da probidade administrativa, da igualdade,** do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, **da competitividade,** da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).
>
> Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:
>
> (...)
>
> III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.
>
> Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:
>
> (...)
>
> IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;
>
> Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:
>
> (...)
>
> Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

> Art. 122. Na execução do contrato e sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, o contratado poderá subcontratar partes da obra, do serviço ou do fornecimento até o limite autorizado, em cada caso, pela Administração.
>
> (...)
>
> § 3º Será vedada a subcontratação de pessoa física ou jurídica, se aquela ou os dirigentes desta mantiverem vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou se deles forem cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral, ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação.

Desta feita, de acordo com o arcabouço jurídico brasileiro, a exigência de declaração de inexistência de nepotismo configura condição para a contratação de empresa licitante.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00200/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU (NUP 21181.001920/2021-77); PARECER nº 00384/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 21181.000336/2022-85).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NEPOTISMO.VEDAÇÃO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; LEI Nº 8.666/93; LEI Nº 14.133/21; DECRETO Nº 7.203/10; DECRETO Nº 9.507/18.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

PERGUNTA P25: A adjudicação pelo menor preço global por lote/grupo, em licitação processada segundo o sistema de registro de preços, autoriza a contratação futura de itens individualizados que o compõem?

RESPOSTA: Nas licitações processadas segundo o sistema de registro de preços, com adjudicação pelo menor preço global por lote/grupo, será admitida a aquisição de item isolado desde que, com relação ao referido item, o preço unitário adjudicado ao vencedor seja o menor preço válido ofertado na fase de lances.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Via de regra, as contratações de compras, serviços e obras da Administração Pública devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, em conformidade com o art. 23, §1°, da Lei n° 8.666/1993 (com dispositivos correlatos no art. 40, inc. V, b, c/c art. 47, inc. II, da Lei n° 14.133/2021).

De outro lado, a própria Instrução Normativa SEGES n° 58/2022 é clara ao estabelecer a necessidade de que a autoridade, no planejamento da contratação, ao elaborar o estudo técnico preliminar[43], justifique o parcelamento ou não da solução (artigo 9°, inc. VII).

Portanto, caso haja viabilidade técnica e econômica, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, mais vantagem para a Administração.

Sublinhe-se que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula n° 247, pacificou o seguinte entendimento:

> "É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."

Nesta mesma linha de raciocínio, o dever de parcelamento também implica que, caso o serviço abranja o fornecimento de materiais e equipamentos que representem percentual expressivo do custo total, sejam realizadas contratações distintas, salvo justificativa técnica ou econômica que afaste esta exigência.

Diante dessas considerações, forçoso concluir que, sendo divisível

43 Nos termos do art. 3°, inc. I, da citada norma:
Estudo Técnico Preliminar - ETP: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.
[2] Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/noticias/global>

o objeto, a contratação conjunta somente restará autorizada se a Administração demonstrar que tem por fundamento a inviabilidade técnica ou econômica do parcelamento, pois, caso contrário, deverá proceder-se à divisão do objeto.

Cumpre esclarecer que a licitação por itens proporciona a obtenção de propostas mais vantajosas individualmente, ou seja, para cada item que integra o edital da licitação busca-se a proposta mais vantajosa, enquanto que na licitação por lote/grupo, tendo-se como critério de julgamento o menor preço global, alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote/grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores ou, ainda, com sobrepreço. Se permitida a aquisição de itens individualizados que compõem o lote/grupo e o interesse recair em itens com valores acima dos de outros competidores, a contratação torna-se antieconômica para a administração. Por isso que a licitação por lote/grupo deve ser afastada quando o interesse da administração não for a aquisição integral de seus itens.

Tecidas as considerações iniciais necessárias, cumpre analisar a (im) possibilidade de contratação futura de itens individualizados em licitação processada segundo o sistema de registro de preços cujo critério de adjudicação utilizado foi o menor preço global por lote/grupo.

Segundo precedente do Tribunal de Contas da União, a adoção de critério de adjudicação pelo menor preço global por lote em registro de preços é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores.

Nos termos expostos, cabe registrar entendimento da Corte de Contas, *in verbis*:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:
>
> 9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com fundamento nos incisos I e VI do art. 16 do Anexo I do Decreto 9.035/2017, que:
>
> 9.1.1. expeça orientação às unidades administrativas sob sua jurisdição, sem prejuízo da adoção de outras ações que considerar necessárias, esclarecendo sobre o entendimento firmado nos Acórdão 2977/2012-TCU-Plenário, 2.695/2013-TCU-Plenário, 343/2014-TCU-Plenário, 4.205/2014-TCU-1ª Câmara, 757/2015-TCU-Plenário, 588/2016-TCU-Plenário, 2.901/2016-TCU-Plenário, 3.081/2016-TCU-Plenário e 1.347/2018-TCU-Plenário, bem como na presente decisão, no sentido de que, no âmbito de licitações realizadas sob a modelagem de aquisição por preço global de grupo de itens, somente é admitida a aquisição da totalidade dos itens de grupo, respeitadas as proporções de quantitativos

> definidos no certame, ou de item isolado para o qual o preço unitário adjudicado ao vencedor seja o menor preço válido ofertado para o mesmo item na fase de lances, constituindo, portanto, irregularidade a aquisição (emissão de empenho) de subconjunto de itens de grupo adjudicado por preço global para os quais o preço unitário adjudicado ao vencedor do lote não for o menor lance válido ofertado na disputa relativa ao item; (Acórdão nº 1872/2018 – Plenário, Rel. Min. Vital do Rego, Processo nº 021.893/2014-4).

Sobre o tema, destaca-se a orientação emanada pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão[44], abaixo transcrita:

> A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (SEGES/MP), em atenção aos Acórdãos 2.977/2012-TCU-Plenário, 2.695/2013-TCU-Plenário, 343/2014-TCU-Plenário, 4.205/2014-TCU-1ª Câmara, 757/2015-TCU-Plenário, 588/2016-TCU-Plenário, 2.901/2016-TCU-Plenário e 3.081/2016-TCU-Plenário orienta os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) que:
>
> No âmbito das licitações realizadas sob a modelagem de aquisição por preço global de grupo de itens, somente será admitida as seguintes hipóteses:
>
> a) aquisição da totalidade dos itens de grupo, respeitadas as proporções de quantitativos definidos no certame; ou
>
> b) aquisição de item isolado para o qual o preço unitário adjudicado ao vencedor seja o menor preço válido ofertado para o mesmo item na fase de lances.
>
> Constitui irregularidade a aquisição (emissão de empenho) de item de grupo adjudicado por preço global, de forma isolada, quando o preço unitário adjudicado ao vencedor do lote não for o menor lance válido ofertado na disputa relativo ao item, salvo quando, justificadamente, ficar demonstrado que é inexequível ou inviável, dentro do modelo de execução do contrato, a demanda proporcional ou total de todos os itens do respectivo grupo.
>
> Os editais de licitações deverão prever cláusulas que impeçam a aquisição diferente desta Orientação.

Diante das razões expostas, nas licitações realizadas sob a modelagem de aquisição por preço global de grupo de itens, somente será admitida a aquisição da totalidade dos itens de grupo, respeitadas as proporções de quantitativos definidos no certame; ou a aquisição de item isolado para o qual o preço unitário adjudicado ao vencedor seja o menor preço válido ofertado para o mesmo item na fase de lances. A referida aquisição de item de grupo adjudicado por preço global, de forma isolada, quando o preço unitário adjudicado ao vencedor do lote não for o menor lance válido

44 Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/noticias/global>

ofertado na disputa relativo ao item considera-se irregular, salvo quando, justificadamente, ficar demonstrado que é inexequível ou inviável, dentro do modelo de execução do contrato, a demanda proporcional ou total de todos os itens do respectivo grupo.

FONTE DE CONSULTA: PARECER nº 00908/2021/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP: 64042.000497/2020-12); Portal de Compras do Governo Federal. Instrução Normativa SEGES nº 58/2022. Lei nº 8.666/93; Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ADJUDICAÇÃO POR PREÇO GLOBAL DE GRUPO DE ITENS. AQUISIÇÃO FUTURA DE ITEM ISOLADO. O PREÇO UNITÁRIO ADJUDICADO AO VENCEDOR DEVE SER O MENOR PREÇOS VÁLIDO OFERTADO PARA O MESMO ITEM NA FASE DE LANCES.

EXTINÇÃO CONTRATUAL

PERGUNTA P26: Quais condutas devem ser adotadas em caso de cobrança de fatura realizada após a extinção do contrato?

RESPOSTA: Caso as cobranças não sejam cessadas após a extinção do contrato, deverá a Administração adotar medidas primeiramente pela via administrativa, podendo, após, ser necessária a atuação da unidade contenciosa da Advocacia-Geral da União competente.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Como se extrai do arcabouço jurídico pátrio, a rescisão do contrato finda a obrigatoriedade de execução do objeto pactuado e dos respectivos pagamentos.

Nada obstante, podem surgir casos em que, extinta a relação contratual e terminada a prestação dos serviços, a empresa continue a realizar cobranças irregulares à Administração.

Nessas hipóteses, não deve a Administração efetuar os pagamentos indevidamente exigidos, sob pena de enriquecimento sem causa da empresa antes contratada, conforme artigo 884 do Código Civil (aplicado supletivamente, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.666/93 e art. 89 da Lei nº 14.133/21). Caso já tenham sido efetuados pagamentos dos valores cobrados, deverá a Administração requerer o respectivo ressarcimento.

Nessa conjuntura, deve a autoridade competente do ente público adotar certas providências, de modo a buscar a cessação de tais cobranças.

Em primeiro, cumpre à Administração entrar em contato com a empresa anteriormente contratada, de preferência por meio de documentos escritos (correspondência eletrônica, ofícios, dentre outros), relatando a situação corrente e requisitando as medidas cabíveis.

Caso não obtenha resposta ou ocorra a recusa na cessação das cobranças irregulares, poderá o ente recorrer às agências reguladoras das atividades da empresa, caso existente, informando os fatos e requerendo o término das cobranças e a anulação das faturas irregularmente emitidas.

Assim, por exemplo, na hipótese de empresa prestadora de serviços telefônicos, deverá a Administração formalizar reclamação junto à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Por último, na hipótese de não resolução da demanda administrativamente, deverá o ente público solicitar à Procuradoria Jurídica da Advocacia-Geral da União responsável a adoção das providências pertinentes.

Para quaisquer das hipóteses acima, a Administração deve valer-se dos dados e documentos a seu dispor, de modo a subsidiar seu pleito, tais como cópias do contrato, termo de rescisão, faturas recebidas, ofícios enviados, dentre outros.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 01061/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25063.000244/2020-31); PARECER nº 02104/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 25063.000244/2020-31).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. EXTINÇÃO CONTRATUAL. COBRANÇAS IRREGULARES. POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DA PROCURADORIA DA AGU. LEI Nº 8.666/93. LEI Nº 14.133/21. LEI Nº 10.406/02; LEI COMPLEMENTAR Nº 73/93.

REMANESCENTE DE OBRAS E SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. LEI Nº 14.133/21

PERGUNTA P27: Pode a Administração dispensar a licitação para a execução do remanescente de obra, serviço ou fornecimento em caso de rescisão contratual?

RESPOSTA: Sim, nos termos do art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666/93. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21) não prevê a hipótese corrente como dispensa de licitação, mas vislumbra a possibilidade da contratação de licitante posteriormente classificado para a execução do remanescente em seu art. 90, § 7º.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Lei nº 8.666/93 excepciona a regra constitucional da exigibilidade do certame licitatório em seus artigos 24 e 25.

Os casos de dispensa de licitação estão contidos no primeiro dispositivo acima citado, dentre os quais se destaca o seguinte:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
>
> (...)
>
> XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em conseqüência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

É necessário, desse modo, que ocorra a rescisão do contrato, o atendimento da ordem classificatória da licitação anterior e identidade das condições aceitas pelo licitante vencedor. A vigência do novo contrato, vale mencionar, terá o tempo restante do contrato rescindido, podendo ser prorrogado nos termos da lei.

Ademais, devem ser cumpridos os requisitos trazidos no art. 26 da Lei:

> 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)
>
> Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
>
> I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)
>
> II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
>
> III - justificativa do preço.
>
> IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Por oportuno, cabe mencionar que a hipótese de contratação de licitante posteriormente classificado para executar o remanescente da obra ou serviço objeto do ajuste rescindido não figura como dispensa de licitação na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A respeito, diferentemente da Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/21 prescreve tal contratação no § 7º do art. 90, nos termos a seguir:

> Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.
>
> (...)
>
> § 2º Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.
>
> (...)
>
> § 4º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do § 2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:
>
> I - convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;

> II - adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.
>
> (...)
>
> § 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

Desta forma, poderá a Administração contratar o licitante posteriormente classificado no certame em razão de rescisão do contrato, nas mesmas condições propostas pelo vencedor. Caso frustada tal contratação, poderá a Administração, observando o valor estimado, negociar com os licitantes remanescentes, e, em último caso, aceitar as condições então ofertadas.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 02775/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 08651.003419/2020-12).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. REMANESCENTE DE OBRAS E SERVIÇOS. LEI Nº 8.666/93. LEI Nº 14.133/21.

PRORROGAÇÃO DE PRAZO CONTRATUAL

PERGUNTA P28: Pode a Administração prorrogar contrato celebrado com empresa impedida de licitar e contratar com a União?

RESPOSTA: Não. Apesar da aplicação da sanção não resultar, obrigatoriamente, na rescisão do contrato em curso, seus efeitos futuros impedem a prorrogação do prazo de sua vigência.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos termos da Lei nº 8.666/1993, compete à Administração sancionar administrativamente o contratado quando o objeto do ajuste não for executado total ou parcialmente.

> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
>
> I - advertência;
>
> II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
>
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
>
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A Lei do Pregão Eletrônico (Lei nº 10.520/02), a seu turno, dita que:

> Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Em relação à declaração de inidoneidade e seus efeitos sobre o contrato em curso, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1782/2012 – TCU – Plenário, proferiu que:

> 7. De acordo com o entendimento desta Corte de Contas e do STJ, a declaração de inidoneidade possui efeitos futuros. Logo, não afeta os contratos em vigor eventualmente celebrados entre o particular sancionado e outros entes administrativos de qualquer esfera de governo.
>
> 8. Nesse caso a sanção administrativa não pode prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito sob pena de violação ao art. 37, XXXVI da Constituição da República e ao princípio da segurança jurídica.
>
> 9. Frise-se que a imediata rescisão dos contratos administrativos em vigor em vista da declaração de inidoneidade, poderia causar

> enorme prejuízo não só ao Erário, mas ao interesse público, na medida em que muitas obrigações contratuais de relevante interesse social seriam interrompidas, exigindo-se a realização de novos certames licitatórios e dispêndio de recursos públicos.

A Advocacia-Geral da União, por sua vez, entendeu na Orientação Normativa AGU nº 49, de 25 de abril de 2014:

> A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR NO ÂMBITO DA UNIÃO (ART. 7º DA LEI Nº 10.520, DE 2002) E DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE (ART. 87, INC. IV, DA LEI Nº 8.666, DE 1993) POSSUEM EFEITO EX NUNC, COMPETINDO À ADMINISTRAÇÃO, DIANTE DE CONTRATOS EXISTENTES E AVALIAR A IMEDIATA RESCISÃO NO CASO CONCRETO.

Desta feita, por produzir efeitos futuros, a aplicação de tal sanção não gera necessariamente a rescisão do contrato, cujas eventuais faltas devem ser avaliadas em cada caso.

Nada obstante, o contrato não poderá ser prorrogado, em atenção ao item 11, alínea "b", do Anexo IX, da Instrução Normativa SG/MPDG nº 5/2017:

> 11. A Administração não poderá prorrogar o contrato quando:
>
> (Revogado pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)
>
> b) a contratada tiver sido penalizada nas sanções de declaração de inidoneidade, suspensão temporária ou impedimento de licitar e contratar com poder público, observadas as abrangências de aplicação.

No que respeita à nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21), é expressa a obrigatoriedade de consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep):

> Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial.
>
> (...)
>
> § 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

Desse modo, tampouco é possibilitada a prorrogação do contrato firmado com base na nova lei.

FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00971/2022/GM/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (NUP 00588.000697/2020-17).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PRORROGAÇÃO DE PRAZO CONTRATUAL. SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR. LEI Nº 8.666/93. LEI Nº 14.133/21. INSTRUÇÃO NORMATIVA SG/MPDG Nº 5/2017.

VEDAÇÃO À APRESENTAÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

PERGUNTA P29: Pode a Administração aceitar a inclusão de documento de habilitação complementar após a abertura da sessão pública?

RESPOSTA: A Administração poderá acolher documento de habilitação complementar para a realização de diligências.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Sobre a possibilidade de aceitação de novos documentos de habilitação aos já apresentados pelo licitante, a Lei nº 8.666/93 dita que:

> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
>
> (...)
>
> § 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Por sua vez, o Decreto nº 10.024/2019, que Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, prescreve:

> Art. 17. Caberá ao pregoeiro, em especial:
>
> (...)
>
> VI - sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica;

> Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.
>
> (...)
>
> § 9º Os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38.
>
> Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Pela leitura dos dispositivos acima, a apresentação de novos documentos alberga tão somente aqueles considerados complementares aos já apresentados como exigência na fase de habilitação, não sendo facultado ao licitante, portanto, o envio de novos documentos habilitatórios, salvo para sanar erros ou falhas que não alterem sua proposta, após decisão motivada do pregoeiro.

A NLLC (Lei nº 14.133/21) trata a questão da seguinte forma:

> Art. 47. O pregoeiro poderá, no julgamento da habilitação e das propostas, sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.
>
> Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:
>
> I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;
>
> II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

> § 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.
>
> § 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

As diligências a serem praticadas pela Comissão, como se vê, restrigem-se à complementação de informações para apurar fatos existentes à época da abertura do certame ou para atualização de documento expirado após seu recebimento, ou, ainda, para sanar erros ou falhas, formais ou materiais, que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica.

FONTE DE CONSULTA: PARECER nº 00727/2022/ADV/E-CJU/SSEM/CGU (NUP 64658.005335/2021-13).

INDEXADOR: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. VEDAÇÃO À APRESENTAÇÃO DE NOVOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO. LEI Nº 8.666/93. DECRETO Nº 10.024/2019. LEI Nº 14.133/21.

SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA CONTRATADA NO SICAF

PERGUNTA P30: Há possibilidade de firmar aditivo contratual com contratada que se encontra irregular junto ao SICAF ou a rescisão deve ser operada imediatamente?

RESPOSTA: Via de regra, entende-se pela impossibilidade de celebração de aditivo com contratada que apresente irregularidade junto ao SICAF, tendo em vista que a manutenção das condições de habilitação de que trata o art. 27 da Lei 8.666/93 (com dispositivo correlato no art. 92, inc. XVI, da Lei nº 14.133/2021), constitui obrigação da contratada. Não obstante o impedimento acima, o inciso VI, do art. 31, da IN SEGES/MPDG nº 03/2018 prevê a possibilidade do contrato em execução não ser rescindido, em razão de interesse público de alta relevância, devidamente justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante, cabendo ao gestor avaliar os riscos de rescindir ou não o ajuste e, consequentemente, invocar as razões devidamente fundamentadas, observadas as seguintes condicionantes: constar, na minuta do termo aditivo, cláusula dispondo acerca da vigência do contrato por prazo razoável previamente estipulado ou até o término da realização de novo

procedimento licitatório, o que ocorrer primeiro; recomendação à área técnica para a imediata adoção de providências para realização de nova licitação e, como medida adicional para preservação dos direitos dos trabalhadores, sugere-se à área responsável do órgão contratante, antes da realização de pagamentos relativos ao contrato, que deem ciência ao juízo responsável pela inclusão da restrição e débito trabalhista, informando sobre a existência de crédito devido à empresa contratada.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De início, cabe mencionar que, nos termos do artigo 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, a Contratada deverá manter durante a contratação todas as condições de habilitação e qualificação que foram exigidas por ocasião da licitação:

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

Outrossim, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 92, inciso XVI, igualmente apregoa:

> Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
>
> [...]
>
> XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

Por sua vez, a Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05, de 26.05.2017[3], que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração

45 A contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional é atualmente disciplinada pela Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 26.05.2017, aplicável, no que couber, às contratações diretas de serviços sob o regime da Lei nº 14.133/2021, por força da Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26.12.2022 (art. 1º).

Pública federal direta, autárquica e fundacional, em seu Anexo XI - DO PROCESSO DE PAGAMENTO, item 2.1, assim trata do pagamento:

> 1. Após recebimento definitivo dos serviços, conforme previsto nos arts. 49 e 50 desta Instrução Normativa, o gestor do contrato deve instruir o processo de pagamento com a Nota Fiscal ou Fatura e os demais documentos comprobatórios da prestação dos serviços e encaminhar para o setor competente para pagamento.
>
> 2. A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada da comprovação da regularidade fiscal, constatada por meio de consulta online ao Sicaf ou, na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993.
>
> **2.1. Constatando-se, junto ao Sicaf, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deverão ser tomadas as providências previstas no § 4º do art. 3º da Instrução Normativa nº 2, de 11 de outubro de 2010.**

A citada Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02, de 11.10.2010 foi revogada pela Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03, de 26.04.2018, a qual, após estabelecer os níveis de abrangência do cadastro no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, em seu artigo 6º (credenciamento; habilitação jurídica; regularidade fiscal federal e trabalhista; regularidade fiscal estadual, distrital e municipal; qualificação técnica; e qualificação econômico-financeira), dispõe sobre as regras de funcionamento do referido Sistema, no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como sobre o rito procedimental para os casos de irregularidade no SICAF, *in verbis*:

> Art. 31. A cada pagamento ao fornecedor a Administração realizará consulta ao Sicaf para verificar a manutenção das condições de habilitação, observadas as seguintes condições:
>
> I - constatando-se, junto ao Sicaf, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deve-se providenciar a sua advertência, por escrito, para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, o fornecedor regularize sua situação ou, no mesmo prazo, apresente sua defesa;
>
> II - o prazo do inciso anterior poderá ser prorrogado uma vez por igual período, a critério da Administração;
>
> III - não havendo regularização ou sendo a defesa considerada improcedente, a Administração deverá comunicar aos órgãos responsáveis pela fiscalização da regularidade fiscal quanto à inadimplência do fornecedor, bem como quanto à existência de pagamento a ser efetuado pela Administração, para que sejam acionados os meios pertinentes e necessários para garantir o recebimento de seus créditos;

> IV - persistindo a irregularidade, a Administração deverá adotar as medidas necessárias à rescisão dos contratos em execução, nos autos dos processos administrativos correspondentes, assegurada à contratada a ampla defesa;
>
> V - havendo a efetiva prestação de serviços ou o fornecimento dos bens, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão contratual, caso o fornecedor não regularize sua situação junto ao Sicaf; e
>
> **VI - somente por motivo de economicidade, segurança nacional ou outro interesse público de alta relevância, devidamente justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante, não será rescindido o contrato em execução com empresa ou profissional que estiver irregular no Sicaf.**

De acordo com o disposto no inc. V, do art. 31, da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03/2018, ainda que a contratada esteja com sua situação fiscal irregular, com certidão positiva de débitos, em havendo a efetiva prestação dos serviços, os pagamentos serão realizados normalmente, até que se decida pela rescisão contratual, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração.

Outrossim, a norma admite a situação excepcional na qual não será rescindido o contrato em execução com empresa ou profissional que estiver irregular no SICAF (inciso VI, do art. 31, da transcrita IN SEGES/MPDG nº 03/2018), em razão de economicidade, segurança nacional ou outro interesse público de alta relevância, devidamente justificado, em qualquer caso, pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante. **Levando-se em consideração o previsto no referido dispositivo, caso conste nos autos os motivos devidamente justificados pela máxima autoridade do órgão ou entidade contratante (motivos atinentes à economicidade, segurança nacional ou outro interesse público de alta relevância), o ajuste firmado com empresa irregular junto ao SICAF não será rescindido.**

Destaca-se que não constitui competência do órgão de assessoramento jurídico substituir o gestor nesse aspecto, nem avaliar se as justificativas porventura apresentadas são suficientes ao enquadramento da situação no caso excecional previsto no inciso VI, do art. 31, da IN SEGES/MPDG nº 03/2018. Afinal, apenas o gestor poderá avaliar os riscos de manter vigente ou não o contrato para a Administração e, consequentemente, invocar o interesse público, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência e, por fim, a economicidade.

Acrescente-se, ainda, que, de modo a compatibilizar a interpretação extraordinária à justificativa que pode ser apresentada pela Administração e no intuito de privilegiar as empresas que obedeçam às exigências de regularidade trabalhista, **recomenda-se que conste, na minuta do aditivo**

a ser firmado, cláusula dispondo acerca da vigência do ajuste por prazo razoável previamente estipulado ou até o término da realização de novo procedimento licitatório, o que ocorrer primeiro. Outrossim, recomendando-se igualmente à área técnica competente a imediata adoção de providências para realização de nova licitação.

Por fim, como medida adicional para preservação dos direitos dos trabalhadores, sugere-se à área responsável do órgão contratante, antes da realização de pagamentos relativos ao contrato firmado, que deem ciência ao juízo responsável pela inclusão da restrição e débito trabalhista, informando sobre a existência de crédito devido à empresa contratada. Dessa forma, ainda que o contrato não seja rescindido, a despeito da existência de irregularidade junto ao SICAF, evitar-se-ia maiores prejuízos aos trabalhadores beneficiados por decisão judicial condenatória.

FONTE DE CONSULTA: Parecer nº 00440/2023/CGSEM/SCGP/CGU/AGU (NUP 19973.102758/2021-45); Parecer nº 00149/2023/CGSEM/SCGP/CGU/AGU (NUP 08206.000674/2020-61); Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05, de 26.05.2017; Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 03/2018; Lei nº 8.666/93 e Lei nº 14.133/2021.

INDEXADOR: CONTRATO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA CONTRATADA NO SICAF. RESCISÃO CONTRATUAL, VIA DE REGRA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL: INTERESSE PÚBLICO DE ALTA RELEVÂNCIA, DEVIDAMENTE JUSTIFICADO PELA MÁXIMA AUTORIDADE DO ÓRGÃO OU ENTIDADE CONTRATANTE. MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS PERTINENTES.



COMPÊNDIO DE PERGUNTAS FREQUENTES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

CAPÍTULO 4

CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

SUMÁRIO DO CAPÍTULO 4

PESQUISA DE PREÇOS 269

PERGUNTA P1: NO CASO DE CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, COMO PROCEDER À PESQUISA DE PREÇOS, NA HIPÓTESE DE NÃO HAVER INSTRUMENTO COLETIVO (ACT OU CCT) VIGENTE? 269

PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS 271

PERGUNTA P2: REVESTE-SE DE JURIDICIDADE EVENTUAL PAGAMENTO DE PARCELA ESTABELECIDA EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO (CCT) INTITULADA COMO "ABONO", NO ÂMBITO DE PEDIDO DE REPACTUAÇÃO? 271

PERGUNTA P3: É PERMITIDA A INCLUSÃO, NAS PLANILHAS DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS, DE BENEFÍCIOS ESTABELECIDOS EM ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, QUE ONEREM EXCLUSIVAMENTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DE SERVIÇO? 277

PERGUNTA P4: EMPRESA INTERESSADA EM PRESTAR SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO OU LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA, OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, QUE PARTICIPE DE LICITAÇÃO CUJO OBJETO NÃO ESTEJA PREVISTO NO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006, DEVERÁ APRESENTAR PLANILHA DE FORMAÇÃO DE CUSTOS CONTENDO OS BENEFÍCIOS DO SIMPLES NACIONAL? 280

PERGUNTA P5: É POSSÍVEL INCLUIR, POR MEIO DE TERMO ADITIVO, NO CURSO DA EXECUÇÃO CONTRATUAL, GRATIFICAÇÃO NÃO PREVISTA NA PROPOSTA? 282

PERGUNTA P6: NO PREENCHIMENTO DA PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS DE DETERMINADO POSTO DE TRABALHO, É POSSÍVEL CONSIDERAR JORNADA DE TRABALHO SEMANAL INFERIOR A 44H? 284

PERGUNTA P7: NA HIPÓTESE DE CONTRATAÇÃO DE POSTO QUE ENVOLVA A JORNADA DE TRABALHO DE 12X36, DEVE-SE COMPUTAR O DESCANSO SEMANAL REMUNERADO (DSR) NA PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS? 287

PERGUNTA P8: PRODUTOS DE HIGIENE COMO, POR EXEMPLO: PAPEL HIGIÊNICO, SABONETE LÍQUIDO, PAPEL TOALHA, ÁLCOOL EM GEL, SUPORTES PARA PAPEL TOALHA OU PARA SABONETE, ETC. PODEM SER CONSIDERADOS INSUMOS NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO? 288

PERGUNTA P9: SE UM DETERMINADO CUSTO NÃO RENOVÁVEL DA PLANILHA DE PREÇOS NÃO FOR EXCLUÍDO QUANDO DA CELEBRAÇÃO DA PRIMEIRA PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA, PODE A ADMINISTRAÇÃO ELIMINÁ-LO POSTERIORMENTE? EM CASO POSITIVO, COMO DEVE SER FEITA ESSA EXCLUSÃO? 291

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE 293

PERGUNTA P10: É POSSÍVEL, NO CURSO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO, A SUPRESSÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SOB A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE LAUDO COMPROBATÓRIO DAS CONDIÇÕES INSALUBRES NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO? É PERMITIDA A INCLUSÃO, DURANTE A EXECUÇÃO CONTRATUAL, DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE NOS CUSTOS DA CONTRATAÇÃO? 293

INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 295

PERGUNTA P11: HÁ RESPALDO LEGAL PARA QUE O ÓRGÃO CONSULENTE EXIJA QUE SEJA(M) ALOCADO(S) EMPREGADO(S) PORTADOR(ES) DE DEFICIÊNCIA, NO ÂMBITO DE DETERMINADO CONTRATO ADMINISTRATIVO? **295**

COOPERATIVAS **297**

PERGUNTA P12: A SUPERVENIÊNCIA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133, DE 2021) AFETA O TERMO DE CONCILIAÇÃO, CELEBRADO ENTRE A UNIÃO E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, POR MEIO DO QUAL A UNIÃO DEVE SE ABSTER DE CELEBRAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM COOPERATIVAS DE TRABALHO NAS HIPÓTESES EM QUE A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS, POR SUA PRÓPRIA NATUREZA, DEMANDA SUBORDINAÇÃO DOS TRABALHADORES EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA CONTRATADA PELA ADMINISTRAÇÃO? **297**

ADICIONAL NOTURNO_HORA REDUZIDA **301**

PERGUNTA P13: NO CASO DE LICITAÇÕES DESTINADAS À CONTRATAÇÃO QUE ENVOLVA MÃO DE OBRA QUE TRABALHE NO PERÍODO NOTURNO, É POSSÍVEL QUE AS PROPOSTAS DOS LICITANTES NÃO CONSIDEREM A HORA NOTURNA REDUZIDA (PERÍODO FICTO DE 52 MINUTOS E 30 SEGUNDOS) PARA FINS DE CÁLCULO DO ADICIONAL? **301**

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO **303**

PERGUNTA P14: É ADEQUADO QUE A CONTRATADA, NO ÂMBITO DE UM CONTRATO ADMINISTRATIVO COM ALOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA EXCLUSIVA, EFETUE PAGAMENTO EM PECÚNIA DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO AOS SEUS COLABORADORES? **303**

EDITAL **305**

PERGUNTA P15: É POSSÍVEL A ACEITAÇÃO DE PROPOSTA DE LICITANTE QUE UTILIZE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO QUE NÃO CONTENHA O CARGO DESCRITO NO EDITAL DE LICITAÇÃO? **305**

ADITIVO_VIGÊNCIA CONTRATUAL **307**

PERGUNTA P16: NOS PROCESSOS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS, COMO DEVEM SER FIXADOS OS TERMOS INICIAL E FINAL DE CADA CONTRATO OU TERMO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO? **307**

PERGUNTA P17: OS REQUISITOS PARA A PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO DE QUE TRATA O ART. 57, § 4º, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, SÃO OS MESMOS REQUISITOS A QUE SE SUBMETE A PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA PREVISTA NO ART. 57, INC. II, DO CITADO DIPLOMA LEGAL? **310**

PERGUNTA 18: É POSSÍVEL SE VALER DA PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL PREVISTA NO ART. 57, § 4º, DA LEI N. 8.666/1993, NAS HIPÓTESES DE FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA ADMINISTRATIVA OU MÁ GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA? **311**

PERGUNTA P19: É POSSÍVEL ESTIPULAR NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTÍNUOS, O PRAZO INICIAL DE VIGÊNCIA SUPERIOR A 12 (DOZE) MESES? **315**

PERGUNTA P20: A CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA DEVE SER OBRIGATORIAMENTE PRECEDIDA DE PESQUISA DE PREÇOS ATUAIS DE MERCADO OU DE PREÇOS CONTRATADOS POR OUTROS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA? **316**

ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO CONTRATUAL **318**

PERGUNTA P21: QUAL É A BASE DE CÁLCULO PARA VERIFICAÇÃO DO LIMITE FIXADO PELO ART. 65 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, NOS CASOS DE CONTRATAÇÕES LICITADAS POR GRUPO? **318**

PERGUNTA P22: O DESENQUADRAMENTO DA EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL GERA DIREITO A REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO? **320**

PERGUNTA P23: É POSSÍVEL A COMPENSAÇÃO DE ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES ENTRE ITENS DISTINTOS, DE MODO QUE A SUPRESSÃO DE QUANTITATIVOS DE UM OU MAIS ITENS SEJA COMPENSADA POR ACRÉSCIMOS DE ITENS DIFERENTES OU PELA INCLUSÃO DE NOVOS ITENS? **322**

PERGUNTA P24: O RESTABELECIMENTO PARCIAL OU TOTAL DE QUANTITATIVO ANTERIORMENTE SUPRIMIDO CONFIGURA HIPÓTESE DE COMPENSAÇÃO VEDADA? **326**

APOSTILAMENTO **330**

PERGUNTA P25: A ALTERAÇÃO DA UNIDADE GESTORA DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS E FINANCEIROS DA UNIÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PODE SER FORMALIZADA MEDIANTE APOSTILAMENTO? **330**

REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO **332**

PERGUNTA P26: O REAJUSTE PROMOVIDO, POR MEIO DE ÍNDICE INFLACIONÁRIO PREVISTO EM CONTRATO, ATINENTE AOS INSUMOS NÃO RELACIONADOS À MÃO DE OBRA, NOS CONTRATOS CELEBRADOS COM REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, DEPENDE DE REQUERIMENTO DA CONTRATADA? ESTÁ SUJEITO À PRECLUSÃO LÓGICA? **332**

REPACTUAÇÃO **335**

PERGUNTA P27: COMO DEVE SER A FORMA DE CONTAGEM DO INTERREGNO MÍNIMO DE UM ANO, PARA SURGIMENTO DO DIREITO À REPACTUAÇÃO, NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA? **335**

PERGUNTA P28: PODE SER CONCEDIDA A REPACTUAÇÃO QUANDO PLEITEADA POSTERIORMENTE À PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO? COMO PROCEDER QUANDO, NO MOMENTO DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO, AINDA NÃO FOR POSSÍVEL A APRESENTAÇÃO DOS CÁLCULOS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DA REPACTUAÇÃO? **339**

PERGUNTA P29: APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO, É POSSÍVEL SOLICITAR A CONCESSÃO DA REPACTUAÇÃO? **342**

PERGUNTA P30: QUAL O INSTITUTO A SER APLICADO, EM RELAÇÃO AO AUMENTO DO SALÁRIO-MÍNIMO, A REPERCUTIR NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS CONTINUADOS? **343**

PERGUNTA P31: NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, É PERMITIDO O PAGAMENTO DE SALÁRIO AO COLABORADOR DA CONTRATADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL? **344**

PERGUNTA P32: É LÍCITA A PRETENSÃO DE REPACTUAÇÃO FUNDADA EM CONVENÇÃO COLETIVA, QUE DIFERENCIA A REMUNERAÇÃO DO TRABALHADOR QUE EXECUTA O SERVIÇO NO ÂMBITO DA TOMADORA DE SERVIÇOS, EM RELAÇÃO AO QUE O EXECUTA NA EMPRESA CONTRATADA? **346**

PERGUNTA P33: EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, A MAJORAÇÃO DAS TARIFAS DE TRANSPORTE PÚBLICO ENSEJA A READEQUAÇÃO DO PREÇO CONTRATUAL POR MEIO DE REPACTUAÇÃO (APOSTILAMENTO) OU REVISÃO DE PREÇOS (TERMO ADITIVO)? **347**

PERGUNTA P34: PARA SOLICITAÇÃO DE REPACTUAÇÃO NO ÂMBITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, É NECESSÁRIO QUE A NORMA COLETIVA ESTEJA REGISTRADA NO MINISTÉRIO DO TRABALHO? **349**

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO **351**

PERGUNTA P35: A MUDANÇA DO REGIME TRIBUTÁRIO APLICÁVEL À CONTRATADA, DE LUCRO PRESUMIDO PARA LUCRO REAL, JUSTIFICA A REVISÃO DO CONTRATO, NOS TERMOS DO ART. 65, INCISO II, ALÍNEA "D", DA LEI Nº 8.666, DE 1993? **351**

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS **353**

PERGUNTA P36: HÁ POSSIBILIDADE DE O GESTOR INSTAURAR O PROCESSO SANCIONADOR E APLICAR SANÇÕES MESMO APÓS A RESCISÃO CONTRATUAL OU TÉRMINO DA VIGÊNCIA DO CONTRATO? **353**

PERGUNTA P37: EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO CONTRATUAL DECORRENTE DA APLICAÇÃO DE SANÇÃO DE IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR NO ÂMBITO DA UNIÃO, É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO REMANESCENTE OU É NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO? **354**

PERGUNTA P38: NO BOJO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO, A COMUNICAÇÃO PROCESSUAL, FRUSTRADA A TENTATIVA DE NOTIFICAÇÃO DA EMPRESA VIA POSTAL, PODE SER REALIZADA, DESDE JÁ, POR MEIO DE EDITAL OU ANTES DEVE-SE BUSCAR OUTROS MEIOS DE REALIZAR A NOTIFICAÇÃO? NESTE CASO, QUAIS OS MEIOS MAIS ADEQUADOS? **356**

PERGUNTA P39: É POSSÍVEL APLICAR AS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 87 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DECORRENTES DA MODALIDADE PREGÃO? **359**

PERGUNTA P40: QUAL O ESPECTRO DE INCIDÊNCIA DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 87, INC. III, DA LEI Nº 8.666, DE 1993? POSSUI EFEITO COM AMPLITUDE SUBJETIVA AMPLA OU RESTRITA? PODE-SE DIZER QUE AFETA APENAS O DIREITO DE LICITAR OU CONTRATAR EM RELAÇÃO AO ÓRGÃO SANCIONADOR? **370**

PERGUNTA P41: EM SE TRATANDO DE ÓRGÃOS COMPOSTOS, A EXEMPLO DO QUE OCORRE COM AS FORÇAS ARMADAS E COM A POLÍCIA FEDERAL, COMO DEVE SER TRATADA A QUESTÃO ATINENTE AO ESPECTRO DE INCIDÊNCIA DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 87, INC. III, DA LEI Nº 8.666, DE 1993? **379**

CADIN_OCORRÊNCIAS IMPEDITIVAS **386**

PERGUNTA P42: É POSSÍVEL A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS OU TERMOS ADITIVOS COM EMPRESAS QUE CONSTAM COMO INADIMPLENTES NO CADIN? **386**

PERGUNTA P43: É LÍCITA A RESCISÃO AMIGÁVEL DO CONTRATO QUANDO PRESENTES DESCUMPRIMENTOS CONTRATUAIS, POR PARTE DA EMPRESA CONTRATADA, QUE FUNDAMENTARIAM A DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO, NO SENTIDO DE RESCINDIR O CONTRATO? **388**

CONTRATAÇÃO REMANESCENTE **390**

PERGUNTA P44: O CONTRATO CELEBRADO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 24, INCISO XI, DA LEI Nº 8.666, DE 1993 (CONTRATAÇÃO DE REMANESCENTE), PODE SER CELEBRADO NOS MESMOS AUTOS DA CONTRATAÇÃO RESCINDIDA? **390**

PERGUNTA P45: É POSSÍVEL A CONTRATAÇÃO DE REMANESCENTE, COM FULCRO NO ART. 24, INCISO XI, DA LEI Nº 8.666, DE 1993, QUANDO O CONTRATO ORIGINÁRIO É EXTINTO POR DECURSO NATURAL DO PRAZO? **392**

GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL **393**

PERGUNTA P46: AS PENALIDADES DE MULTAS (APLICADAS NO ÂMBITO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS) E OS VALORES DECORRENTES DE GARANTIA SECURITÁRIA (CONTRATO DE SEGURO), NAS HIPÓTESES EM QUE AS EMPRESAS ESTEJAM EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, PODEM SER COBRADAS ADMINISTRATIVAMENTE? E, EM CASO DE NÃO QUITAÇÃO, PODEM SER INSERIDAS EM CADASTROS PÚBLICOS DE INADIMPLENTES? **393**

PERGUNTA P47: É JURIDICAMENTE ADEQUADA A APRESENTAÇÃO DE SEGURO-GARANTIA CUJA APÓLICE CONDICIONE O PAGAMENTO DE COBERTURA, EM BENEFÍCIO DA ADMINISTRAÇÃO, AO TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÕES TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIAS? **397**

PERGUNTA P48: DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, É POSSÍVEL SUA ALTERAÇÃO COM A FINALIDADE DE DISPENSAR A APRESENTAÇÃO DE GARANTIA CONTRATUAL? **399**

CONTA VINCULADA_PAGAMENTO DIRETO **400**

PERGUNTA P49: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE PODE UTILIZAR VALORES RETIDOS DAS NOTAS FISCAIS, PARA REALIZAR O PAGAMENTO DE SALÁRIOS E OUTRAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS, DIRETAMENTE PARA OS COLABORADORES? **400**

PERGUNTA P50: NOS CONTRATOS QUE UTILIZAM CONTA VINCULADA, APÓS SUA EXTINÇÃO, QUAL PROCEDIMENTO DEVERÁ SER ADOTADO PARA LIBERAÇÃO DO RESPECTIVO SALDO REMANESCENTE? **404**

PERGUNTA P51: É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DA CONTA DEPÓSITO VINCULADA PARA PAGAMENTO DA MULTA ESTABELECIDA NO ART. 477 DA CLT, POR ATRASO NO PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIA? **406**

PERGUNTA P52: É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DE SALDO, REMANESCENTE OU NÃO, EM CONTA DEPÓSITO-VINCULADA PARA O PAGAMENTO DE MULTA APLICADA À CONTRATADA DECORRENTE DE INEXECUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO CONTRATO? **407**

VÍNCULO TRABALHISTA **410**

PERGUNTA P53: A EMPRESA CONTRATADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE CONTRATAR PREPOSTO ENQUADRADO COMO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) OU É NECESSÁRIO O VÍNCULO TRABALHISTA? **410**

PERGUNTA P54: É POSSÍVEL A ALOCAÇÃO DE TRABALHADORES AUTÔNOMOS EM CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA CELEBRADOS COM A ADMINISTRAÇÃO? **411**

INSCRIÇÃO NOS CONSELHOS REGIONAIS DE DMINISTRAÇÃO **413**

PERGUNTA P55: É NECESSÁRIA A INSCRIÇÃO DAS EMPRESAS LICITANTES FORNECEDORAS DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADA NOS CONSELHOS REGIONAIS DE ADMINISTRAÇÃO? **413**

RECESSOS E PONTOS FACULTATIVOS **414**

PERGUNTA P56: OS RECESSOS E PONTOS FACULTATIVOS PODEM SER ESTENDIDOS AOS EMPREGADOS TERCEIRIZADOS? **414**

TELETRABALHO **416**

PERGUNTA P57: HÁ RESPALDO LEGAL PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS, NO REGIME DE TELETRABALHO, NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM EXCLUSIVIDADE DE MÃO DE OBRA? **416**

MATRIZ E FILIAL **419**

PERGUNTA P58: CELEBRADO CONTRATO COM A MATRIZ, É POSSÍVEL SUA EXECUÇÃO PELA FILIAL DA PESSOA JURÍDICA CONTRATADA? **419**

LOCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS **420**

PERGUNTA P59: É POSSÍVEL A ALTERAÇÃO DO LOCAL ONDE SÃO PRESTADOS OS SERVIÇOS CONTRATADOS, DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO? **420**

ULTRATIVIDADE DAS NORMAS **421**

PERGUNTA P60: É CORRETO SUSTENTAR A EXISTÊNCIA DE ULTRATIVIDADE DE NORMAS COLETIVAS TRABALHISTAS EM SEDE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA? **421**

COMPENSAÇÕES DE CRÈDITOS **441**

PERGUNTA P62: É POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ENTRE CRÉDITOS E DÉBITOS CONSTANTES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DIVERSOS? **441**

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL 447

PERGUNTA P63: PARA QUE O CONTRATO ADMINISTRATIVO TENHA FORÇA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL É OBRIGATÓRIA A ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS? 447

PAGAMENTO PELO FATO GERADOR 450

PERGUNTA P64: NA SISTEMÁTICA DO PAGAMENTO PELO FATO GERADOR, AS VERBAS RESCISÓRIAS SÃO PARTE INTEGRANTE DOS PAGAMENTOS MENSAIS À CONTRATADA? 450



CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA

PESQUISA DE PREÇOS

PERGUNTA P1: No caso de contratações de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, como proceder à pesquisa de preços, na hipótese de não haver instrumento coletivo (ACT ou CCT) vigente?

RESPOSTA: Como as normas coletivos não possuem ultratividade (art. 614, §3°, da CLT), as CCT e ACT com vigência expirada não poderão servir de parâmetro para formação de preços na licitação. Para que a atividade administrativa não seja paralisada, contudo, a elaboração da planilha de composição de custos e formação de preços deve se basear na pesquisa de preços, conforme diretrizes da IN SEGES/ME n.° 73/2020, para os processos regidos pela Lei n° 8.666/1993, e, para os certames sujeitos à Lei n° 14.133, de 2021, conforme parâmetros da IN SEGES/ME n° 65/2021.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A composição dos custos nos contratos de prestação de serviços com alocação de mão de obra exclusiva depende da análise das disposições da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), que é o documento que reúne as regras trabalhistas de cada categoria profissional, acordadas entre o sindicato laboral (que defende os interesses dos empregados) e o sindicato patronal (que defende os interesses dos empregadores), já que é na CCT onde se encontram, dentre outras, as regras sobre o piso salarial, o reajuste salarial, e o adicional das horas extras.

Com a reforma trabalhista promovida pela Lei n.º 13.467, de 2017, a ultratividade das normas coletivas ficou proibida, conforme nova redação dada ao art. 614, §3º, da CLT (não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade). Cita-se:

> *Art. 614 - Os Sindicatos convenentes ou as emprêsas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.*

Ocorre que a composição dos custos é item primordial nas licitações, pois envolve alocação orçamentária, a escolha da modalidade licitatória, serve como parâmetro para julgamento de propostas, além de que influencia eventos da execução contratual (reajuste, repactuação, etc.).

Para que não haja descontinuidade do serviço, a inexistência de norma coletiva que permita a aferição dos custos da mão de obra atrelada à execução do contrato não pode servir de óbice à realização de licitações públicas.

Nessa perspectiva, conclui-se que, para que seja possível aferir os custos da licitação, recomenda-se que a Administração se socorra do trâmite regular da pesquisa de preços, conforme diretrizes das normas específicas (IN SEGES/ME nº 73/2020, para certames regidos pela Lei nº 8.666/1993, ou IN SEGES/ME nº 65/2021, para certames sujeitos à Lei nº 14.133/2021).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00041/2019/DECOR/CGU/AGU

NUP: 58000.109846/2017-41

PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS

PERGUNTA P2: Reveste-se de juridicidade eventual pagamento de parcela estabelecida em convenção coletiva de trabalho (CCT) intitulada como "abono", no âmbito de Pedido de Repactuação?

RESPOSTA: Nas hipóteses excepcionais em que a Administração Pública constate que o intitulado "abono" detenha natureza de verba trabalhista é juridicamente possível a inserção desse custo na planilha de formação de preços e de custos. Contudo, depende não apenas da inclusão do abono na planilha de formação de preços e de custos mediante repactuação, mas também de efetiva comprovação do pagamento da parcela aos trabalhadores vinculados ao contrato administrativo.

Destaca-se que essa matéria está submetida à análise e uniformização do DECOR/CGU/AGU, que uniformizará definitivamente o entendimento da epigrafada matéria.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Sabe-se que a regularidade do pagamento de parcela estabelecida em norma coletiva intitulada de "abono" é matéria controversa, no âmbito da Advocacia-Geral da União, havendo manifestações no sentido de sua inviabilidade, uma vez que o referido pagamento, em certos casos, decorreria de liberalidade do empregador e estaria destituído de natureza trabalhista.

No bojo do processo nº 71000.003284/2022-58, inclusive, a questão está pendente de análise para fins de uniformização do entendimento no âmbito do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União – DECOR/CGU/AGU.

Na análise do questionamento em comento, considera-se situação em que fora concedido no âmbito de uma convenção coletiva de trabalho (CCT), uma específica verba intitulada como "abono", contudo, referida verba tenha sido avençada em compensação a defasagem dos salários

promovida pela revisão tardia da norma coletiva, haja vista o prolongado processo de negociação coletiva.

Entende-se que a inclusão da parcela na planilha de formação de preços e de custos de pagamento intitulado "abono", encontraria respaldo no art. 57, §1°, da IN SEGES/MPDG n° 5/2017, pois nas hipóteses em que estivesse destituída de liberalidade, a medida consistiria em efetiva recomposição salarial a ser paga aos empregados com contratos de trabalho ativos quando da data-base da categoria.

Logo, entende-se que o abono, quando dotado de natureza trabalhista, pois diretamente vinculado ao reajuste do salário dos empregados, não se tratando de mera liberalidade concedida pelos empregadores, mas de valor que substitui a defasagem dos salários promovida pela revisão tardia da norma coletiva, reveste-se de juridicidade.

A essa conclusão também chegou a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, conforme disposto no PARECER n. 01438/2021/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (NUP 08059.000398/2018-58):

> *21. Assim, esquematicamente, a partir da dicção das normas acima transcritas, observa-se que a vinculação da Administração aos instrumentos coletivos necessita que a cláusula coletiva: (a) disponha sobre direito ou benefício de natureza trabalhista; (b) não trate a respeito de participação dos trabalhadores nos lucros da empresa ou veicular direitos não trabalhistas e não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários e preços mínimos de insumos relacionados ao exercício da atividade; e (c) não traga obrigações e direitos que somente oneram a tomadora de serviços (no caso, a Administração Pública).*
>
> *22. No presente caso, a Administração questiona esta Consultoria Jurídica acerca da possibilidade de inclusão excepcional na planilha de custos e formação de preços do Contrato n° 17/2019 do abono previsto na Cláusula Sétima da Convenção Coletiva de Trabalho 2021/2022 (DF000608/2021) do Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal.*
>
> *Convenção Coletiva de Trabalho 2021/2022 DF 000608/2021*
>
> *CLÁUSULA SÉTIMA - ABONO*
>
> *Excepcionalmente, e em decorrência dos efeitos econômicos da pandemia da Covid-19, os empregados abrangidos pela presente norma coletiva receberão, a título de abono, por uma única vez, juntamente com o salário de janeiro de 2022, o valor correspondente a 27,04% (vinte e sete vírgula zero quatro por cento) a ser calculado sobre o salário de abril de 2021.*

Parágrafo primeiro – O pagamento do abono será devido somente aos empregados com contrato de trabalho ativo em 2021, no período correspondente à data-base de 1º de maio de 2021.

Parágrafo segundo - Os empregados desligados após 1º de maio até 31 de agosto de 2021 têm direito ao pagamento do abono, que deverá ser quitado por TRCT complementar na folha de outubro de 2021,juntamente com as diferenças das verbas rescisórias.

Parágrafo terceiro - Os empregados demitidos após 31 de agosto de 2021 receberão o abono juntamente com as verbas rescisórias.

Parágrafo quarto - Os empregados cujo término do contrato de trabalho recaiu após 1º de maio, em decorrência da projeção do aviso prévio, terão direito ao pagamento do abono, que deverá ocorrer na folha de outubro de 2021 por TRCT complementar juntamente com as diferenças das verbas rescisórias.

23. Acredito que a Cláusula Sétima da CCT DF 000608/2021 preveja direito de natureza trabalhista e não incidente em nenhuma das vedações previstas no Decreto nº 9.507, de 2018, e na IN SEGES/MP nº 05, de 2017, o que permitiria sua inclusão em eventual repactuação do Contrato nº 17/2019.

24. Com efeito, a expressão "abono" é, na lição de Maurício Godinho Delgado, tradicionalmente designativas de "antecipações pecuniárias efetuadas pelo empregador ao empregado. São adiantamento salariais concedidos pelo empregador". Consoante aponta José Cairo Jr., atualmente consiste em "uma verba paga ao empregado que decorre de um ato de liberalidade do empregador. Consiste geralmente em parcela única, sem que exista um motivo determinante que lhe dê causa". Trata-se, de qualquer forma, de parcela que consta com previsão expressa na Consolidação das Leis do Trabalho:

CLT

Art. 457. (...)

§ 2o As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

25. Embora a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017) tenha retirado do abono sua natureza salarial, não é possível dizer que também tolheu-lhe sua natureza de parcela trabalhista, já que o abono continua verba decorrente do contrato de emprego, isto é,

de uma relação trabalhista.

26. Nesse contexto, é importante destacar que a IN SEGES/MP nº 05, de 2017, não condiciona a inclusão de parcelas nas planilhas de custos e formação de preços à natureza salarial, mas sim trabalhista. Prova disso é que, em seu Anexo I, ao conceituar os benefícios mensais e diários, o próprio ato normativo traz rol de parcelas tipicamente de natureza indenizatória — mas que decorrem do contrato de emprego e, portanto, detêm caráter trabalhista — e que compõem o cálculo dos valores a serem pagos aos trabalhadores da prestadora de serviços.

27. Parece-me, ademais, equivocada o paralelo travado entre o abono e a participação dos lucros e resultados a excluir a possibilidade de inclusão da primeira nas planilhas de custos e formação de preços, pois institutos bastante diversos. Sobre o tema, peço vênia para transcrever os judiciosos fundamentos da Sra. Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de Uberlândia/MG, Sra. Bianca Duarte Teixeira Lobato, que, em recente manifestação, abordou a questão com esmero e brilhantismo:

Parecer n. 00455/2021/PF/UFU/PFFUFUB/PGF/AGU

(...) Entendo, diversamente do contido na manifestação jurídica pretérita, que o abono salarial, previsto na CCT como uma forma de premiar os trabalhadores que ficaram sem reajuste no ano de 2020, e tiveram o reajuste do 2021 postergado para depois da data base, não se enquadra em nenhuma das situações excepcionais previstas nos normativos acima transcritos. Explico melhor.

12. Nos termos da Lei nº 10.101/2000, a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados (PLR) da empresa constitui-se em instrumento de integração entre o capital e o trabalho e incentivo à produtividade e ao lucro. Na negociação da PLR devem ser considerados alguns dos seguintes critérios e condições (artigo 2º, §1º, I e II): I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

13. O principal motivo que determinou a inclusão expressa da PLR nos dispositivos da IN e do Decreto que tratam da impossibilidade de vinculação é o fato de que a transferência desse ônus para a Administração desvirtuaria a sua natureza, na medida em que preservaria integralmente o lucro da empresa e não incentivaria sua eficiência operacional, onerando de forma indevida as contratações de serviços contínuos pela Administração.

14. Em outras palavras, na prática, não haveria a efetiva distribuição dos resultados pela empresa, que manteria seu lucro intacto, já que a parcela a ser repartida seria integramente arcada

pela Administração e não pela empresa, em claro benefício ao ente privado e prejuízo aos cofres públicos.

15. Aos olhos da signatária do presente, o mesmo não ocorre em relação ao abono salarial, que nem o condão de premiar o trabalhador, que laborou sem aumento salarial no ano de 2020, e teve adiada a revisão de 2021.

16. Na CLT há a previsão geral de pagamento de abonos, que não integram a remuneração (desde a reforma trabalhista) e se constituem em liberalidades concedidas pelo empregador aos seus empregados em razão de desempenhos superior ao esperado no exercício de suas atividades (artigo 457, §2º e §4º, redação dada pela Lei 13.467/2017 - Reforma Trabalhista).

17. Assim, em relação ao PLR, entendo que os institutos são diversos, possuem natureza distinta e, o mais importante, implicações singulares quanto à eventual transferência do ônus em contratações com a Administração. Não se vislumbra no "repasse" dos custos do prêmio, diferentemente da PLR, benefício claro e direto ao ente privado e prejuízo aos cofres públicos.

18. A despeito de algumas semelhanças, forçoso reconhecer que não existe a mesma razão fundamental relacionada à PLR para, igualmente, com a mesma regra de direito, vedar a vinculação ao abono salarial.

19. Entendo que o abono salarial em questão, que teve por objetivo recomenpensar, de forma pontual, em parcela única, os funcionários que estavam com seus salários defasados, embora não tenha o condão de vincular-se à remuneração do trabalhador, tem natureza trabalhista, e deste modo deve ser suportado pela Administração.

(...)

21. Registre-se, ademais, que a vedação contida na IN 05/2017 e no Decreto 9.507/18 tem natureza restritiva e, conforme as regras de hermenêutica jurídica, não se pode dar interpretação ampliativa à norma restritiva, sob pena de, no entender de nossos Tribunais, vício de legalidade. Em suma: norma restritiva de direitos (vedação à vinculação da PLR) não comporta interpretação analógica ou ampliativa por parte da Administração, vinculada ao princípio da legalidade, para abranger hipóteses não previstas expressamente.

28. Além disso, a Cláusula Sétima da CCT 2021/2022 do Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal não transfere o ônus do pagamento do abono exclusivamente ao tomador de serviços.

29. Firmada a natureza trabalhista do abono, sua diferença axiológica em relação à participação nos lucros e resultados e a inexistência de transferência de ônus exclusivos à Administração, observa-se que o pagamento de abono in casu, a princípio, não estaria inserido em nenhuma das vedações estabelecidas pelo artigo 9º, p. único, do Decreto nº 9.507, de 2019, e pelo artigo 6º da IN SEGES/MP nº 05, de 2017 e, tornando-se obrigatória em decorrência de novo instrumento coletivo, na forma do artigo 57, §1º, da IN SEGES/MP nº 05, de 2017, poderia ser incluída em eventual repactuação.

30. Nada obstante isso, é imperioso consignar que não é razoável concluir que a Administração esteja obrigada ao pagamento de custos inexistentes na execução dos serviços. De fato, o repasse dos custos à contratante pressupõe a existência efetiva de gastos na concessão das parcelas trabalhistas previstas nos instrumentos coletivos. É dizer, a inclusão de direito ou de benefício na planilha de formação de preços e de custos depende de que, a par do preenchimento dos requisitos consignados no parágrafo 21 desta manifestação, os benefícios previstos nas convenções coletivas sejam comprovadamente concedidos e pagos aos trabalhadores.

31. Por fim, dado o caráter excepcional da parcela, cabe à Administração, por ocasião de eventual prorrogação contratual, realizar negociação para a redução e/ou eliminação dos custos fixos ou variáveis não renováveis ou que já tenham sido amortizados ou pagos, na forma do item 9 do Anexo IX da IN SEGES/MP nº 05, de 2017.

Destarte, conclui-se que se reveste de juridicidade eventual pagamento de parcela estabelecida em convenção coletiva de trabalho (CCT) intitulada como "abono", no âmbito de Pedido de Repactuação, quando dotado de natureza trabalhista, pois diretamente vinculado ao reajuste do salário dos empregados, não se tratando de mera liberalidade concedida pelos empregadores, mas de valor que substitui a defasagem dos salários promovida pela revisão tardia da norma coletiva.

O repasse desses valores ao contratado, no entanto, depende não apenas da inclusão do abono na planilha de formação de preços e de custos mediante repactuação, mas também de efetiva comprovação do pagamento da parcela aos trabalhadores vinculados ao contrato administrativo.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00001/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 08675.009676/2020-90

PERGUNTA P3: É permitida a inclusão, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho, que onerem exclusivamente a administração pública tomadora de serviço?

RESPOSTA: Não é permitida a inclusão, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho que onerem exclusivamente a administração pública tomadora de serviço.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que "Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho".

Sobre a matéria, a Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, estabelece explicitamente que a Administração não se vincula às cláusulas das convenções trabalhistas que tratem de matérias estranhas ao Direito do Trabalho, como participação nos lucros ou resultados.

Especificamente sobre a questão ora em apreciação, o parágrafo único do art. 6º da mencionada norma estabelece que não há respaldo jurídico para que a Administração se vincule às condições que sejam pactuadas nas convenções para incidir exclusivamente sobre contratos administrativos, ou seja, que não sejam igualmente aplicáveis ao setor privado.

Eis, em sua literalidade, o disposto no art. 6º da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017:

> *Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.*
>
> *Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.*

Não raro, no entanto, verifica-se que convenções coletivas são pactuadas com cláusulas com este viés, ensejando pedidos de repactuação de contratos em razão de benefícios ou condições que foram pactuadas para aplicação exclusiva nos contratos administrativos, em que há dedicação exclusiva de mão de obra, o que não encontra respaldo legal.

Sobre a matéria, seguem razões postas na Ata da Comissão Permanente de Licitações e Contratos que resta acostada no seq. 215 do NUP 00400.010939/2010-50:

> *Da previsão legal constante do caput do artigo 611 da CLT confirmamos que uma convenção coletiva de trabalho evidentemente não é meio apto a criar obrigações diretas à Administração Pública, sendo licito aos sindicatos fazê-lo apenas em relação a empresas e empregados por eles representados, no âmbito das respectivas representações.*
>
> *E não poderia ser diferente, pois qualquer negociação coletiva tem por premissa elementar a existência de interesses contrapostos entre as partes representadas pelos sindicatos convenentes. Ocorre que a criação de obrigação a ser suportada exclusivamente pela Administração Pública tomadora do serviço não envolve interesses contrapostos dos sindicatos negociantes, tampouco faz surgir qualquer tipo de resistência para sua criação. Muito pelo contrário, a verdade é que a inclusão de benefícios a serem suportados exclusivamente pela Administração Pública tomadora do serviço tem o potencial até mesmo de atrair vantagens para ambas as partes, circunstância conflitante com a posição de antagonismo recíproco que delas é esperado em uma negociação coletiva.*
>
> *Por elucidativo, vale a transcrição de trecho do Parecer n. 15/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que abordou com precisão a ausência de interesses contrapostos e o potencial ganho para os convenentes, em situação concreta que refletiu fielmente o tema jurídico aqui tratado:*
>
> *'35. Nesse contexto, demonstrou-se que não houve, entre os sindicatos laboral e patronal, quaisquer interesses contrapostos, que tenham sido discutidos e mediados por um instrumento de negociação coletiva; pelo contrário, demonstrou-se que seus interesses são justapostos: ganha o sindicato laboral, ao inserir um benefício (de expressivo valor econômico) para as categorias profissionais que representam; ganham as empresas representadas pelo sindicato patronal, que aumentarão seus lucros nos contratos de terceirização de serviços, já que a porcentagem do lucro incide sobre os custos totais da contratação, que serão forçosamente aumentados; e quem paga a conta é a Administração.'*
>
> *Demais disso, deve-se destacar que a fixação de regras exclusivas*

para a Administração Pública nas relações de trabalho impostas nos instrumentos coletivos de trabalho cria um discrímen sem que se tenha como objetivo a proteção de valores ou objetivos constitucionais. Por outro lado, a generalidade e a abstração são elementos essenciais ao conceito de ato normativo, de modo que a edição de regras exclusivas para o Poder Público, na sua acepção ampla, ultrapassa os limites de abstração e generalidade próprios das convenções coletivas de trabalho. Porquanto "a generalidade do ato jurídico é garantia da igualdade, na medida em que se destina à totalidade das pessoas ou a um tipo abstrato de operadores na vida social. O ato geral se opõe ao ato pessoal (ou individual), que é discriminatório, quer seja singular, beneficiando ou prejudicando uma única pessoa, quer seja plúrimo, em favor ou em desfavor de um grupo de pessoas".

Dessa forma, resta patente a inviabilidade de repasse de benefícios, instituídos em instrumento coletivo de trabalho, que onerem exclusivamente a Administração Pública tomadora do serviço, sendo até mesmo recomendável a inclusão dessa vedação de forma expressa no edital da licitação.

Ainda nesse sentido, exarada a Orientação Normativa AGU nº 63, de 2020, a saber:

É indevida a inclusão, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho que onerem exclusivamente a administração pública tomadora de serviço.

Nessa perspectiva, conclui-se que não é permitida a inclusão, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho que onerem exclusivamente a administração pública tomadora de serviço.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 63 e PARECER Nº 00092/2019/DECOR/CGU/AGU

NUPs: 00688.000717/2019-98 e 00400.010939/2010-50

PERGUNTA P4: Empresa interessada em prestar serviços mediante cessão ou locação de mão de obra, optante pelo Simples Nacional, que participe de licitação cujo objeto não esteja previsto no disposto no § 1º do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deverá apresentar planilha de formação de custos contendo os benefícios do Simples Nacional?

RESPOSTA: Empresa interessada em prestar serviços mediante cessão ou locação de mão de obra, optante pelo Simples Nacional, que participe de licitação cujo objeto não esteja previsto no disposto no § 1º do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deverá apresentar planilha de formação de custos sem contemplar os benefícios do regime tributário diferenciado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Consoante o Tribunal de Contas da União "[a] condição de optante pelo Simples Nacional não impede a empresa de participar da licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra, mas a licitante que venha a ser contratada não poderá beneficiar-se daquela condição" (Acórdão nº 341/2012-Plenário - Informativo nº 94), de modo que "[n]as licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação" (Acórdão nº 2798/2010-Plenário - Informativo nº 39).

Nesse sentido, o TCU orienta aos gestores "sobre a necessidade de incluir nos editais de suas licitações disposição no sentido de que, em ocorrendo as hipóteses de que trata o art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, seja vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), ressaltando que, em caso de contratação, estará sujeita à exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos dos arts. 30, inciso II, e 31, inciso II, da referida Lei Complementar" (Acórdão nº 2510/2012-Plenário - Informativo nº 124.)

Seguindo essa linha, o item 5 da IN/MPDG nº 5/2017 (ANEXO VII-A - Diretrizes gerais para elaboração do ato convocatório) contém disposição no sentido de que a empresa optante pelo Simples Nacional, uma vez contratada, não poderá se beneficiar desta condição, pelo que estará sujeita ao regime de tributação ordinária, em decorrência da sua exclusão obrigatória do regime favorecido.

Há também disposição sobre a forma de comprovação de sua exclusão do Simples Nacional. Eis o teor do preceito regulamentar:

> *5. Da participação de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Equivalentes:*
>
> *5.1. O ato convocatório deverá prever expressamente os dispositivos relativos ao tratamento diferenciado e favorecido, bem como os critérios de desempate e preferência de contratação, previstos na Lei Complementar nº 123, de 2006, e no Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, quando aplicáveis.*
>
> *5.2. O ato convocatório disporá ainda que a licitante, Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, que venha a ser contratada para a prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, não poderá beneficiar-se da condição de optante pelo Simples Nacional, salvo as exceções previstas no § 5º-C do art. 18 da LC n o 123, de 2006.*
>
> *5.3. Para efeito de comprovação do disposto no subitem 5.2 acima, a contratada deverá apresentar cópia do ofício enviado à Receita Federal do Brasil, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrência da situação de vedação.*

Vejamos, também, trechos do Acórdão nº 2798/2010-Plenário:

> *(...)*
>
> *26. Em nenhum momento a Lei Complementar nº 123 proíbe a participação de microempresas e de empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, em licitações públicas que tenham como objeto a contratação de serviços que incidam nas vedações previstas em seu art. 17.*
>
> *27. Caso uma empresa, optante pelo Simples Nacional, tenha o interesse em passar a executar serviço que coincida com uma das vedações à utilização do Simples Nacional, o procedimento a ser adotado consiste na comunicação, obrigatória, à Receita Federal, até o último dia do mês subsequente àquele em que ocorrida a situação de vedação. Nesse caso, a exclusão terá efeito a partir do mês seguinte ao da ocorrência da situação impeditiva.*
>
> *28. Tal disposição nos leva ao entendimento de que, num primeiro momento, a empresa inicia a execução do serviço tido como vedação ao recolhimento de impostos nos moldes do Simples Nacional, para, depois, realizar a comunicação à Receita Federal, sob pena de, não o fazendo, ter sua exclusão processada de ofício e ser condenada ao pagamento de multa.*

Por fim, ressalta-se o teor da Orientação Normativa AGU nº 53, de 2014, da qual é possível inferir que, em tese, nada obsta que a empresa que realize cessão ou locação de mão de obra seja optante do Simples Nacional e participe de licitações, ainda que, dependendo do caso, tenha de abrir mão dos benefícios do regime tributário diferenciado. A citada ON está assim redigida:

> *A empresa que realize cessão ou locação de mão de obra, optante pelo Simples Nacional, que participe de licitação cujo objeto não esteja previsto no disposto no § 1º do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deverá apresentar planilha de formação de custos sem contemplar os benefícios do regime tributário diferenciado.*

Nesta perspectiva, conclui-se a empresa interessada em prestar serviços mediante cessão ou locação de mão de obra, optante pelo Simples Nacional, que participe de licitação cujo objeto não esteja previsto no disposto no § 1º do art. 17 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deverá apresentar planilha de formação de custos sem contemplar os benefícios do regime tributário diferenciado.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU nº 53/2014 e PARECER Nº 00382/2019/CJU-MT/CGU/AGU

NUP: 25049.000824/2019-72

PERGUNTA P5: É possível incluir, por meio de termo aditivo, no curso da execução contratual, gratificação não prevista na proposta?

RESPOSTA: Não. A alteração da planilha de custos para a inclusão de gratificação durante a fase de execução do contrato pode configurar afronta ao princípio da isonomia, já que a planilha de custo serve como referência para a elaboração da proposta. Sendo assim, a não previsão (omissão) do custo da gratificação na planilha pela vencedora da licitação pode ter sido decisiva para o oferecimento do menor preço. Assim, em princípio, deve a contratada suportar esse custo, ou seja, deve pagar os valores aos seus funcionários sem repassar esse custo para a Administração contratante.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

As licitantes devem preencher corretamente a planilha de custos e formação de preços, com base na CCT da categoria e nos preços de mercado (para insumos, equipamentos e materiais).

Nos termos do art. 57, §1º, da IN SEGES/MPDG nº 5/2017, é vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho.

Os preços ofertados serão de exclusiva responsabilidade do licitante/adjudicatário, não lhe assistindo o direito de pleitear qualquer alteração, sob alegação de erro, omissão ou qualquer outro pretexto.

Até porque a não previsão (omissão) do custo da gratificação na planilha da vencedora da contratação pode ter sido decisiva para que a empresa contratada tenha sido a vencedora da licitação, razão pela qual a inclusão durante a execução contratual viola o princípio da isonomia.

Ademais, também não é possível a inclusão, por meio de termo aditivo, pois, como a gratificação já existia ao tempo da licitação, não há superveniência capaz de configurar fato gerador para reequilíbrio econômico-financeiro.

Eventual revisão do contrato, por intermédio de reequilíbrio econômico-financeiro, em casos da espécie, implicaria em um benefício indevido, uma vez que estar-se-ia conferindo tratamento especial à empresa vencedora, em violação ao princípio da livre concorrência.

Nessa perspectiva, conclui-se que não é permitida a inclusão, durante a execução contratual, de custos referente à gratificação que já existia ao tempo da realização da licitação e não foi considerada pela licitante vencedora em sua proposta.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00897/2022/ALOB/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 21032.000819/2022-93

PERGUNTA P6: No preenchimento da planilha de custos e formação de preços de determinado posto de trabalho, é possível considerar jornada de trabalho semanal inferior a 44h?

RESPOSTA: Sim, desde que a Convenção Coletiva de Trabalho da categoria não vede a adequação do piso salarial proporcionalmente à jornada trabalhada. No caso de a norma coletiva não permitir a adequação proporcional do salário normativo, o órgão poderia fixar a jornada em 44 horas semanais, compensando-se as horas não trabalhadas no sábado durante os dias úteis da semana.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

As normas coletivas usualmente fixam o salário normativo das categorias levando em consideração uma jornada de 44 horas semanais.

No âmbito das contratações públicas, a consideração de jornada de trabalho inferior a usual para os postos de trabalho nos contratos administrativos pode ensejar eventual responsabilização do gestor por contratação antieconômica ou irregular, uma vez que os órgãos de controle poderiam concluir que deveriam ser otimizadas as escalas de serviços e reduzidos os quantitativos dos postos de trabalho com economia ao erário.

Assim, na hipótese do órgão pretender a contratação de serviço cujos postos de trabalho alocado tenham jornada fixada de forma inferior à usual, deve a Administração estimar os custos considerando o salário de forma proporcional à jornada estabelecida contratualmente.

Ocorre, contudo, que a fixação proporcional do salário pode ser vedada na norma coletiva da categoria. Em sendo esse o caso, a Administração não deve considerar a jornada reduzida, mas adequar a distribuição das 44h aos dias da semana.

Esse entendimento resguarda o gestor de eventuais imputações perante o Tribunal de Contas da União, que já se posicionou no seguinte sentido:

> *Acórdão nº 2.963/2019 – Plenário*
>
> *"No Acórdão nº 2.963/2019 – Plenário, o TCU considerou irregular a "fixação de jornada de trabalho de quarenta horas semanais, inferior às 44 previstas na convenção coletiva de trabalho 2019/2019 firmada entre o Seac/DF e o Sindiserviços/DF, em afronta ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993" (item*

9.2.2). No caso, tratava-se de contratação de serviços de limpeza e higienização com dedicação exclusiva de mão de obra. A irregularidade foi apontada em razão dos seguintes aspectos indicados pela em sua análise, que foi acatada pelo Ministro Relator: "9. Conforme observado pelo próprio Senado, o acréscimo de quatro horas semanais na jornada dos trabalhadores resultaria na redução (proporcional) de dois encarregados e 37 serventes, número próximo a 10% do quantitativo de postos estimados. Embora o órgão alegue que a adoção de jornada semanal de 44 horas não permitiria a redução do quantitativo de profissionais, haja vista a queda de produtividade durante a semana, não trouxe elementos capazes de comprovar a assertiva. 10. Diante da ausência de elementos em sentido contrário, entende-se que essas quatro horas adicionais poderiam ser aproveitadas pelo órgão com vistas à otimização das escalas de serviço, medida que permitiria ao órgão reduzir a quantidade de postos de trabalho e, consequentemente, gerar economia ao erário." Diante desse cenário, o TCU determinou "à Diretoria-Geral do Senado Federal que se abstenha de prorrogar o contrato 53/2019, decorrente do pregão eletrônico 57/2019, adotando, tempestivamente, as medidas necessárias à realização de novo certame com vistas à sua substituição". (Grifamos.) (TCU, Acórdão n° 2.963/2019, Plenário, Min. Rel. Weder de Oliveira, j. em 04.12.2019.)» (Resumo publicado na Revista Zênite - Jurisprudência 49247).

Acórdão 2705/2021 do TCU:

1. Não deve ser considerada inexequível proposta de licitante que prevê, em sua planilha de preços para prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra, o pagamento de salário proporcional à jornada semanal definida no edital, ainda que esse valor salarial seja inferior ao piso da categoria, fixado em convenção coletiva de trabalho para jornada semanal de maior duração. Representação formulada ao TCU apontou suposta irregularidade no Pregão Eletrônico 10/2021, promovido pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) visando à contratação de empresa para prestação de serviços terceirizados de operador de mídia audiovisual, mediante dedicação exclusiva de mão de obra, com valor estimado de R$ 566.870,80, por 20 meses. A possível irregularidade consistia na aceitação de proposta de preço inexequível ofertada pela licitante vencedora, "por apresentar valor salarial da planilha de preços (R$ 4.414,56) inferior ao fixado pela categoria (R$ 5.297,30), de acordo com a cláusula terceira do Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) da categoria de radialistas e afins". O representante assinalou que a jornada semanal prevista naquela convenção é de 36 horas, de forma que "o valor mínimo previsto pela convenção não poderia ser reduzido de forma proporcional para atender a jornada de trinta horas semanais, fixada pelo edital". Para o representante, o ato de aceitação da proposta representou violação à legislação trabalhista e ao

princípio constitucional da irredutibilidade salarial, "de acordo com o entendimento da Justiça do Trabalho e do TCU (TRT-1, RO 01011272920195010012 RJ; TRT-13, RO 01301270720155130004; TRT-10, RO 00004823120205100102DF; Acórdão TCU 607/2016 – Plenário, Relator Augusto Sherman)". Ao apreciar a matéria, a unidade técnica destacou, preliminarmente, que a jurisprudência sistematizada do TCU traz o seguinte enunciado extraído do Acórdão 614/2008-Plenário: "Para modelos de execução indireta de serviços, inclusive os baseados na alocação de postos de trabalho, se a categoria profissional requerida se encontra amparada por convenção coletiva de trabalho, ou outra norma coletiva aplicável a toda a categoria, determinando o respectivo valor salarial mínimo, esse pacto laboral deve ser rigorosamente observado nas licitações efetivadas pela Administração Pública e nas contratações delas decorrentes". Entretanto, no caso em análise, ponderou a unidade instrutiva, o valor salarial constante na proposta da primeira colocada referia-se a jornada semanal de 30 horas, calculado proporcionalmente a partir do valor mínimo contido na CCT ("R$ 5.297,47/36 = R$ 147,15194; R$ 147,15194 x 30 = R$ 4.414,5583"). Tal fato, segundo ela, fora apontado de forma correta pelo pregoeiro da Antaq, durante a análise de aceitabilidade da proposta da empresa vencedora, bem como na análise dos recursos administrativos interpostos pela representante e outras licitantes. Ainda quanto à legalidade da questionada redução proporcional, a unidade técnica chamou a atenção para o entendimento constante na Orientação Jurisprudencial 358 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, segundo a qual, havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. Por fim, a unidade técnica ressaltou a opinião da Procuradoria Federal junto à Antaq, no sentido de que a obrigação de realização de pagamento relativo a 36 horas em contraprestação a uma jornada de 30 horas equivaleria, por um lado, ao pagamento por serviços não prestados e, por outro, a uma quebra de isonomia em relação a profissionais que estivessem trabalhando as 36 horas com mesma remuneração. Em seu voto, o relator acolheu integralmente as análises e conclusões oferecidas pela unidade técnica, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Assim sendo, nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação.

(Acórdão 2705/2021 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman. Informativo de Licitações e Contratos nº 427).

Nessa perspectiva, conclui-se, portanto, ser possível considerar jornada de trabalho semanal inferior a 44h, desde que a CCT aplicável à categoria não vede o pagamento proporcional do salário normativo.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00044/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 00588.001862/2022-10

PERGUNTA P7: Na hipótese de contratação de posto que envolva a jornada de trabalho de 12x36, deve-se computar o descanso semanal remunerado (DSR) na planilha de custos e formação de preços?

RESPOSTA: Não, pois os empregados contratados com escala de 12 (doze) horas de trabalho seguidas, por 36 (trinta e seis) horas de repouso, não fazem jus ao descanso semanal remunerado (DSR).

Esta regra pode ser excepcionalizada na hipótese em que, por força do também art. 611-A da CLT, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho dispuserem de forma diversa, já que estes prevalecem sobre a lei.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A jornada 12x36, estabelecida por meio de acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo, consiste na escala de 12 (doze) horas de trabalho seguidas, por 36 (trinta e seis) horas de repouso.

O artigo 59-A da CLT, inserido pela denominada Reforma Trabalhista, estipula em seu parágrafo único que a remuneração pactuada de forma mensal abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o parágrafo 5º do art. 73 da CLT. Cite-se:

> *Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.*
>
> *Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.*

Dessa forma, o período de descanso já está compreendido nas 36 horas de repouso.

Por essa mesma razão, quando as 12 horas de trabalho coincidirem com feriado ou no caso de prorrogação do trabalho noturno, igualmente não deve ocorrer o pagamento das horas trabalhadas como extraordinárias.

Esta regra pode ser excepcionalizada na hipótese em que, por força do também art. 611-A da CLT, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho dispuserem de forma diversa, já que estes prevalecem sobre a lei. Cite-se:

> *Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:*
>
> *I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;*

Nessa perspectiva, conclui-se que os empregados contratados com escala de 12 (doze) horas de trabalho seguidas, por 36 (trinta e seis) horas de repouso, não fazem jus ao descanso semanal remunerado (DSR), consequentemente, os empregados sujeitos à escala de 12x36, regra geral, não têm direito ao DSR (descanso semanal remunerado).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00057/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00443.000373/2019-90

PERGUNTA P8: Produtos de higiene como, por exemplo: papel higiênico, sabonete líquido, papel toalha, álcool em gel, suportes para papel toalha ou para sabonete, etc. podem ser considerados insumos na contratação de serviços de limpeza e conservação?

RESPOSTA: Não podem ser considerados insumos, por não estarem diretamente relacionados à execução do serviço.

A regra é que sejam licitados e adquiridos separadamente do serviço de limpeza (art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993). Admite-se, no entanto, o agrupamento com o serviço de limpeza, em itens distintos do serviço desde que o órgão licitante apresente justificativa de natureza técnica ou econômica.

Mesmo quando houver agrupamento, tais materiais de higiene pessoal devem ter seus preços cotados separadamente dos serviços de limpeza, com observância da IN nº 73, de 2020, e deverão ser entregues, faturados e pagos conforme a efetiva necessidade e consumo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Segundo a alínea "f" do item 6.2 e item 7.5 do Anexo VII-A, bem como o inciso X do Anexo I, ambos da IN nº 5/2017, os uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, devem ser aqueles utilizados diretamente na execução dos serviços.

Nesse contexto, a relação de materiais, insumos, utensílios e equipamentos presentes no Termo de Referência, deve se restringir aos itens diretamente relacionados à execução dos serviços de limpeza e conservação.

Note-se que o Módulo 5 (Insumos Diversos) da Planilha de Custos e Formação de Preços é composto pelas seguintes abas:

A - Uniformes

B - Materiais

C - Equipamentos

D - Outros (especificar)

A antiga IN nº 2, de 2008, admitia a possibilidade de incluir entre os insumos o material de higiene, como papel toalha, papel higiênico, sabonete e sabonete líquido. No entanto, ainda durante sua vigência, sua redação foi alterada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, que revogou o item 4.3 do ANEXO V da IN 02/2008, que tratava da Metodologia de Referência dos Serviços de Limpeza e Conservação – Áreas Internas, excluindo a possibilidade de incluir tais itens entre os insumos dos serviços de limpeza. A redação do item 4 (e subitens) do Anexo V da antiga IN 02/2008 ficou assim:

4. DEFINIÇÃO DE SANEANTES DOMISSANITÁRIOS

São substâncias ou materiais destinados à higienização, desinfecção domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo:

4.1. Desinfetantes: destinados a destruir, indiscriminada ou seletivamente, microrganismos, quando aplicados em objetos inanimados ou ambientes;

4.2. Detergentes: destinados a dissolver gorduras e à higiene de recipientes e vasilhas, e a aplicações de uso doméstico;

~~4.3. Material de higiene: papel toalha, papel higiênico e sabonete líquido.~~ (Revogado pela Instrução Normativa SLTI nº 3 de 15/10/2009)

4.4. São equiparados aos produtos domissanitários os detergentes e desinfetantes e respectivos congêneres, destinados à aplicação em objetos inanimados e em ambientes, ficando sujeitos às mesmas exigências e condições no concernente ao registro, à industrialização, entrega ao consumo e fiscalização.

Esses dispositivos são citados apenas para compreensão da evolução normativa, pois a IN 02/2008 não está mais vigente, após ter sido revogada pela IN 05/2017, atualmente em vigor. A aplicação desta IN para a realização dos processos de licitação e de contratação direta de serviços de que dispõe a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, foi autorizada pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 98, de 26 de dezembro de 2022.

O que se permite é a inclusão entre os insumos de produtos para a limpeza do local objeto da contratação, mas não de produtos de higiene pessoal, os quais devem ser licitados em outro pregão ou ser adquiridos na mesma licitação para contratação do serviço de limpeza e conservação, mas em itens separados.

Cabe fazer algumas considerações sobre o parcelamento das contratações públicas. Via de regra, as contratações de compras, serviços e obras da Administração Pública devem ser divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, em conformidade com o art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93. No mesmo sentido, o art. 40, inc. V, alínea "b", e 47, inc. II, da Lei nº 14.133, de 2021.

Portanto, caso haja viabilidade técnica e econômica, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores, de forma a possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado, decorrendo daí, ao menos presumivelmente, mais vantagem para a Administração.

Se não for possível o parcelamento, deve ser expressamente consignada a justificativa de ordem técnica e/ou econômica a embasar a contratação conjunta do objeto. Sublinhe-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula nº 247, pacificou o seguinte entendimento:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível,

desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

O objetivo do parcelamento é o de melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade (Súmula 247 do TCU). Cabe ao órgão licitante fazer tal avaliação, e verificar se o parcelamento é ou não cabível em cada situação ou procedimento licitatório, externando sua justificativa, quando entender inviável o parcelamento, e desde que cumpridos os requisitos da legislação para que não se faça o parcelamento.

Nessa perspectiva, conclui-se que voltando à aquisição daqueles itens de higiene que não podem ser considerados insumos dos serviços de limpeza e conservação, tem-se que é admissível o agrupamento de tais itens entre si ou mesmo com o serviço de limpeza, desde que apresentada justificativa segundo critérios técnicos de planejamento e gestão, preço e logística.

Acrescente-se, ainda, que tais materiais de higiene pessoal devem ter seus preços cotados separadamente dos serviços de limpeza, com observância da IN n. 73/2020 ou da IN nº 65/2021 conforme o caso. E deverão ser entregues, faturados e pagos conforme a efetiva necessidade e consumo, havendo, frise-se, faturamento e pagamento apenas do que for realmente utilizado.

FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00005/2021/COORD/E-CJU/SCOM/CGU/AGU e ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 00001/2021/COORD/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 00688.000231/2021-74

PERGUNTA P9: Se um determinado custo não renovável da planilha de preços não for excluído quando da celebração da primeira prorrogação de vigência, pode a Administração eliminá-lo posteriormente? Em caso positivo, como deve ser feita essa exclusão?

RESPOSTA: Sim, em contratos de serviços com dedicação de mão-de-obra exclusiva, é possível realizar a exclusão de item de custo fixo ou variável não renovável mesmo após a primeira prorrogação, desde que comprovado o pagamento indevido (bis

in idem). Neste caso excepcional, em que já houve pagamento por equívoco, recomenda-se realizar repactuação (por meio de apostilamento) para exclusão do custo não renovável, visando corrigir a planilha de custos e formação de preços.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

"Custos não renováveis" são aqueles que não se repetem no caso de prorrogação contratual, razão pela qual, caso haja prorrogação contratual, eles devem ser excluídos da planilha de preços, sob pena de serem pagos em duplicidade e, por isso, indevidamente.

A classificação de quais custos são renováveis ou não é matéria de cunho técnico.

Sob a perspectiva jurídica, cabe alertar que, caso determinado custo já tenha sido adimplido, e este custo não se renovou no tempo, então é imperativo que se proceda à interrupção de seu pagamento ou, caso tenha ocorrido indevidamente a continuidade do pagamento, que se busque o ressarcimento ao erário, sob pena de violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa (em favor do particular).

Assim, se, por ocasião da prorrogação de vigência o custo não renovável não tenha sido devidamente excluído, cabe à Administração, assim que identificar o equívoco, providenciar sua exclusão.

Cumpre esclarecer que, não existe norma prevendo nenhuma espécie de "preclusão lógica" em desfavor da Administração, logo, não é admissível a pretensão no sentido de incorporação de pagamento indevido, em razão de não ter sido excluído o item não renovável quando da celebração do termo aditivo de prorrogação.

Até porque, de acordo com o princípio da autotutela, a Administração tem o poder-dever de controlar seus atos, revendo-os ou anulando-os quando eivados de vícios. Esse é o teor da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:

> *A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Nesses casos, isto é, quando o custo não renovável é excluído posteriormente à prorrogação contratual, sua exclusão, com a consequente alteração da planilha de custos e formação de preços, deve ocorrer por meio do instituto da repactuação, mediante apostilamento.

Para os valores que já foram pagos indevidamente, recomenda-se que a Administração proceda a sua apuração e promova sua cobrança de forma administrativa.

Nessa perspectiva, conclui-se que a manutenção indevida de custo não renovável por ocasião da prorrogação de vigência não impede sua posterior exclusão, por meio de apostilamento, quando constatado o equívoco pela Administração, com a consequente cobrança dos valores pagos indevidamente.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00093/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 71000.005958/2023-30

ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE

PERGUNTA P10: É possível, no curso da execução do contrato, a supressão do adicional de insalubridade sob a alegação de que não houve laudo comprobatório das condições insalubres na prestação do serviço? É permitida a inclusão, durante a execução contratual, de adicional de insalubridade nos custos da contratação?

RESPOSTA: Em relação à possibilidade de supressão na planilha de custos do adicional de insalubridade, em face de o laudo não ter apontado a condição insalubre, entende-se que a contratada incluiu custo que não é devido. Nesse caso, deve ser promovida a exclusão do referido custo da planilha, sendo a Administração obrigada a proceder à revisão do contrato em seu favor quando constatada uma situação que lhe traz prejuízo.

Já a inclusão será possível a partir da realização de nova perícia técnica após a contratação, o que somente será legítimo quando houver alteração no ambiente ou dos processos de trabalho, ou da legislação vigente. É irregular a elaboração de novos LTCATs, sem que seja comprovado pela Administração que ocorreram alterações do ambiente de trabalho ou da legislação, que justificasse refazê-los.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O adicional de insalubridade é vantagem pecuniária decorrente do exercício de funções especiais, devendo haver o efetivo trabalho, de forma habitual, em locais insalubres ou o contato contínuo com substâncias toxicas para ter direito ao referido adicional.

Para que seja concedido o adicional de insalubridade, consagra-se a exigência de classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, constatada em perícia técnica.

Para as atividades classificadas como insalubre/periculosa, a Administração, regra geral, deve providenciar a realização da perícia e elaboração de laudo pericial, com vistas a embasar suas futuras contratações, o que implicará no lançamento dos percentuais de insalubridade/periculosidade eventualmente identificados no orçamento estimativo, anexando-se cópia do laudo ao edital da licitação.

Assim, em regra, a necessidade de inclusão desse custo ou não na contratação já deve ser estabelecido no edital.

Nessa perspectiva, conclui-se que na hipótese de ter ocorrido a inclusão desse custo sem respaldo em laudo pericial, ou seja, sem que o laudo tenha apontado que o ambiente de trabalho é insalubre, a Administração deverá celebrar termo aditivo para excluir o adicional da planilha de custos.

Já em relação à necessidade de atualização do laudo posteriormente à celebração do contrato, eventual repercussão decorrente de classificação da atividade como insalubre/periculosa ou do aumento do grau de classificação de risco pressupõe alteração do ambiente ou processo de trabalho, ou alteração da legislação vigente, e, em caso de necessidade dessa adequação, a alteração contratual poderá ser formalizada também termo aditivo, com respaldo no art. 65, II, “d”, da lei nº 8.666, de 1993.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTES DE PESQUISA: PARECER Nº 00897/2022/ALOB/E-CJU/SCOM/CGU/AGU e PARECER Nº 068/2022/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUPs: 21032.000819/2022-93 e 33367.009506/2012-26

INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

PERGUNTA P11: Há respaldo legal para que o órgão consulente exija que seja(m) alocado(s) empregado(s) portador(es) de deficiência, no âmbito de determinado contrato administrativo?

RESPOSTA: Não há respaldo legal para que o órgão contratante exija que seja(m) alocado(s) empregado(s) portador(es) de deficiência, no âmbito de determinado contrato administrativo em específico.

Se a empresa possuir 100 (cem) ou mais empregados, deverá cumprir a obrigação legal, cabendo a ela própria decidir sobre a distribuição/alocação dos seus empregados portadores de deficiência pelos estabelecimentos que entender pertinente ou na execução de contratos de prestação de serviços que julgar conveniente, sendo certo que não compete ao órgão contratante fiscalizar o cumprimento desta determinação legal, mas à Auditoria Fiscal do Trabalho, nos termos da Instrução Normativa MTP nº 2, de 8 de novembro de 2021.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A obrigação estabelecida na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, mais especificamente no artigo 93, que estabelece a exigência de destinação de percentual de vagas de emprego para pessoas portadoras de deficiência alcança todas as empresas que detenham 100 (cem) ou mais empregados.

Esta determinação alcança todas as pessoas jurídicas de direito privado, como sociedades empresariais, associações, sociedades e fundações, inclusive instituições sem fins lucrativos, que admitam trabalhadores como empregados, nos termos do artigo 2º, § 1º, da CLT.

É o que consta da Cartilha do Ministério Público do Trabalho, «A Lei de Cotas em Perguntas e Respostas», a qual pode ser obtida no seguinte endereço eletrônico: pcdlegal.com.br/leidecotas/wp-content/themes/leidecotas/downloads/Leidecotas_Cartilha.pdf.

Consta ainda da Cartilha que, para o cálculo da cota de empregados com deficiência, tanto para verificar se a empresa está obrigada a ter portadores de deficiência no seu quadro, isto é, se tem 100 (cem) ou mais empregados, como para fixar o percentual dos cargos a serem

preenchidos, deve ser utilizado o número de empregados da totalidade de estabelecimentos da empresa no Brasil, de acordo com o artigo 86, § 1º, da Instrução Normativa MTP nº 2, de 8 de novembro de 2021, do Ministério do Trabalho e Previdência.

A aludida Cartilha esclarece, ademais, que não há exigência legal para que os empregados com deficiência sejam distribuídos proporcionalmente entre os estabelecimentos da empresa, apenas sendo recomendável, em respeito às comunidades locais, a distribuição proporcional entre os diversos estabelecimentos.

Assim, tem-se que não se pode exigir que a empresa aloque determinado número de empregados portadores de deficiência em um ou outro contrato celebrado para a prestação de seus serviços. Não há exigência legal que ampare tal imposição.

A obrigação legal é dirigida à pessoa jurídica de direito privado, desde que ela tenha número igual ou maior que 100 (cem) empregados conforme as faixas percentuais previstas no artigo 93 da Lei nº 8.213, de 1991, cabendo considerar, como já exposto, o número total de empregados da empresa em todos os seus estabelecimentos.

A forma de distribuição dessas vagas, seja em qual estabelecimento ou em qual contrato de prestação de serviços for, é uma decisão que cabe à própria empresa, não tendo a Administração Pública qualquer poder de ingerência nessa escolha.

Nessa perspectiva, conclui-se que não há respaldo legal para que o órgão contratante exija que seja(m) alocado(s) empregado(s) portador(es) de deficiência, no âmbito de determinado contrato administrativo em específico.

Se a referida empresa possuir 100 (cem) ou mais empregados, deverá cumprir a obrigação legal, cabendo a ela própria decidir sobre a distribuição/alocação dos seus empregados portadores de deficiência pelos estabelecimentos que entender pertinente ou na execução de contratos de prestação de serviços que julgar conveniente, sendo certo que não compete ao órgão contratante fiscalizar o cumprimento desta determinação legal, mas à Auditoria Fiscal do Trabalho, nos termos da Instrução Normativa MTP nº 2, de 8 de novembro de 2021.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA Nº 00164/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 25037.002203/2022-68

COOPERATIVAS

PERGUNTA P12: A superveniência da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133, de 2021) afeta o Termo de Conciliação, celebrado entre a União e o Ministério Público do Trabalho, por meio do qual a União deve se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços, por sua própria natureza, demanda subordinação dos trabalhadores em relação à pessoa jurídica contratada pela Administração?

RESPOSTA: Não. Nas licitações regidas pela Lei nº 14.133, de 2021 é legítimo o entendimento de que a União deve se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços terceirizados, por sua própria natureza, demande vínculo de emprego dos trabalhadores em relação à contratada.

Assim, o art. 16 do citado diploma legal deve ser interpretado sistematicamente, de acordo com o arcabouço jurídico que envolve a matéria das Cooperativas, não prejudicando a validade do Termo de Conciliação firmado entre o Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Lei nº 14.133, de 2021 assim disciplinou a participação das cooperativas nas licitações públicas:

> *Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:*
>
> *I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;*
>
> *II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;*
>
> *III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;*

> *IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.*

Conforme dispõe Joel de Menezes Niehbur, "a cooperativa é caracterizada pela reunião das forças de trabalho e recursos dos cooperados, que decidem com autonomia como executá-lo e como recebem e distribuem entre si os rendimentos dos seus trabalhos". Nesse sentido, "os cooperados não são empregados da cooperativa, eles são os próprios sócios dela, que se organizam e que se beneficiam com os frutos dos seus trabalhos" (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5 ed. Revisada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 736-737).

Tendo em vista as peculiaridades que envolvem as cooperativas, especialmente o fato de que quem executa os trabalhos são os próprios cooperados, não existindo as mesmas obrigações e encargos que existiriam entre uma empresa e seus empregados, as cooperativas possuem legítimas vantagens competitivas nas contratações públicas, o que acabou favorecendo a ocorrência de fraudes.

Por essa razão, anos atrás, o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia-Geral da União firmaram Termo de Conciliação, nos autos da Ação Civil Pública nº 01082-2002-020-10-00-0.

Restou pactuado no referido Termo de Conciliação que a União deveria se abster de celebrar contratos administrativos com cooperativas de trabalho nas hipóteses em que a execução dos serviços, por sua própria natureza, demanda subordinação dos trabalhadores em relação à pessoa jurídica contratada pela Administração.

O termo de conciliação apontou serviços terceirizados em que se reconhecia a impossibilidade de execução mediante "genuínas" cooperativas. Vejamos:

> *Cláusula Primeira - A UNIÃO abster-se-á de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão-de-obra, para a prestação de serviços ligados às suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, ou em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados, sendo eles:*
>
> *a) – Serviços de limpeza;*
>
> *b) – Serviços de conservação;*
>
> *c) – Serviços de segurança, de vigilância e de portaria;*

d) – Serviços de recepção;

e) – Serviços de copeiragem;

f) – Serviços de reprografia;

g) – Serviços de telefonia;

h) – Serviços de manutenção de prédios, de equipamentos, de veículos e de instalações;

i) – Serviços de secretariado e secretariado executivo;

j) – Serviços de auxiliar de escritório;

k) – Serviços de auxiliar administrativo;

l) – Serviços de office boy (contínuo);

m) – Serviços de digitação;

n) – Serviços de assessoria de imprensa e de relações públicas;

o) – Serviços de motorista, no caso de os veículos serem fornecidos pelo próprio órgão licitante;

p) – Serviços de ascensorista;

q) – Serviços de enfermagem; e

r) – Serviços de agentes comunitários de saúde.

Segundo o Termo de Conciliação, a União se comprometeu a prever, nos seus editais de licitação, disposições claras sobre a natureza dos serviços para admitir, ou não, a participação de cooperativas, sendo permitida a contratação de cooperativas desde que, obviamente, sejam "genuínas", ou, em outras palavras, desde que os serviços efetivamente sejam executados sem os elementos que configuram a relação de emprego e desde que o objeto licitado não esteja inserido no rol dos serviços arrolados acima.

A Lei nº 12.690, de 2012 admite, em seu art. 10, que a Cooperativa de Trabalho adote por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social. Nesse sentido, o § 2º do art. 10 dispõe que «a Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social".

O seu art. 5º proíbe expressamente que as cooperativas sejam usadas

como meras intermediárias de mão de obra subordinada. Ademais, o art. 9º impõe que o contratante da Cooperativa de Trabalho "responde solidariamente pelo cumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho quando os serviços forem prestados no seu estabelecimento ou em local por ele determinado".

Verifica-se, então, que a Lei nº 12.690, de 2012 manteve "a justa preocupação do Poder Público com a utilização indevida do formato jurídico admitido pelo nosso ordenamento às cooperativas, para burla aos direitos dos trabalhadores envolvidos, com reflexos de responsabilização para a Administração Pública contratante" (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 13 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 145).

Nesse contexto, apesar da redação legal trazida pela Lei nº 14.133, de 2021 (art. 16) e da disposição prevista no seu art. 9º, inciso I, alínea "a", parece evidente que continua a persistir a necessidade de uma visão pragmática em relação à participação das cooperativas em certames licitatórios específicos, como ocorre na hipótese de contratação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

Destaque-se que "o objetivo do termo de conciliação é evitar contratações de cooperativas de mão de obra para prestação de serviços que, por sua natureza, possam vir a caracterizar relação de emprego, caracterizando fraude pelo desvirtuamento da natureza da sociedade cooperativa e, consequentemente, prejuízos ao erário" (PARECER n. 00384/2022/PGU/AGU).

Ademais, conforme indicado nos arts. 2º e 5º da Lei 12.690, de 2012, não há de se falar em cooperativa se a execução do serviço demanda relação de subordinação com o fornecedor ou tomador do serviço, tendo em vista que é da própria essência desse tipo de sociedade que os serviços sejam prestados com autonomia e autogestão.

A existência de vínculo empregatício ou de estrita subordinação descaracteriza a natureza da relação cooperativa e torna ilegítima a utilização de sua formatação jurídica, algo identificado de maneira evidente em alguns serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

O arcabouço anterior à NLLCA, portanto, não indicava impedimento absoluto à participação das cooperativas em procedimentos de licitação. Todavia, naqueles casos em que sua atuação tem se demonstrado ilegítima, como se dá na intermediação de mão de obra subordinada (atividade vedada pela própria Lei nº 12.690, de 2012), surgiria a restrição à participação de cooperativas ou mesmo a manutenção das pertinentes exigências habilitatórias para sua participação no certame.

Essa realidade não mudou com as regras definidas pela Lei nº 14.133, de 2021, e continua exigindo medidas normativas para coibir o desvirtuamento deste importante segmento cooperativo.

Assim, considera-se de difícil superação que as cooperativas, mesmo sob a lógica da nova lei, venham a participar de modo geral dos certames licitatórios para prestar serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Nessa perspectiva, conclui-se que o art. 16 da Lei nº 14.133, de 2021 deve ser interpretado sistematicamente, de acordo com o arcabouço jurídico que envolve a matéria das Cooperativas, não tendo o condão de afastar a aplicabilidade do Termo de Conciliação firmado entre Ministério Público do Trabalho - MPT e a Advocacia Geral da União - AGU.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00002/2023/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.001058/2022-11

ADICIONAL NOTURNO_HORA REDUZIDA

PERGUNTA P13: No caso de licitações destinadas à contratação que envolva mão de obra que trabalhe no período noturno, é possível que as propostas dos licitantes não considerem a hora noturna reduzida (período ficto de 52 minutos e 30 segundos) para fins de cálculo do adicional?

RESPOSTA: Para fins de composição dos custos da contratação, a Administração deve considerar a hora reduzida.

Quando do recebimento das propostas, igualmente devem considerar a hora noturna reduzida, exceto se houver previsão na CCT utilizada de base para a proposta de um valor superior ao adicional de 20%, que compense o não pagamento da hora ficta.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De acordo com o art. 73 da CLT, a hora noturna (entre as 22 h e as 5 h do dia seguinte), para efeitos de jornada de trabalho, é considerada de forma reduzida, uma vez que em cada hora tem-se 52'30'' (e não 60'). Cite-se:

> *Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.*
>
> *§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.*
>
> *§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.*
>
> *§ 3º O acréscimo, a que se refere o presente artigo, em se tratando de empresas que não mantêm, pela natureza de suas atividades, trabalho noturno habitual, será feito, tendo em vista os quantitativos pagos por trabalhos diurnos de natureza semelhante. Em relação às empresas cujo trabalho noturno decorra da natureza de suas atividades, o aumento será calculado sobre o salário mínimo geral vigente na região, não sendo devido quando exceder desse limite, já acrescido da percentagem.*
>
> *§ 4º Nos horários mistos, assim entendidos os que abrangem períodos diurnos e noturnos, aplica-se às horas de trabalho noturno o disposto neste artigo e seus parágrafos.*

Além disso, o trabalho noturno deve ter remuneração superior ao do diurno com acréscimo de, pelo menos 20%, em relação à hora diurna.

Há entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que, havendo estipulação, em norma coletiva, de adicional superior aos 20%, seria possível afastar a redução da hora noturna.

Isso porque, a supressão da hora noturna reduzida, sem uma contrapartida superior ao percentual legal de 20% (vinte por cento), seria uma disposição normativa ilícita, pois a previsão da hora reduzida, bem como a previsão do adicional legal são direitos já previstos em lei.

Nessa perspectiva, conclui-se que para fins de cálculo de adicional noturno, a hora ficta somente pode ser desconsiderada se norma coletiva estabelecer percentual de acréscimo superior a 20%.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00435/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU e PARECER Nº 01366/2021/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 21000.003100/2021-09

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO

PERGUNTA P14: É adequado que a contratada, no âmbito de um contrato administrativo com alocação de mão de obra exclusiva, efetue pagamento em pecúnia do auxílio-alimentação aos seus colaboradores?

RESPOSTA: Não, porque o pagamento do auxílio-alimentação em dinheiro retira a natureza indenizatória da verba e, portanto, seu pagamento deve ser considerado para fins trabalhistas e previdenciário, devendo ser incluída na base de cálculo de férias, 13º, FGTS, etc.

Constatada essa situação no âmbito da fiscalização contratual, deve a Administração se limitar a apontá-la e exigir da contratada a adoção de medidas para remediá-la. Isso porque, ocorrendo o pagamento de verba trabalhista sem os reflexos necessários, aumenta o risco de responsabilização subsidiária do ente público.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De acordo com o Art. 457 da CLT, o auxílio-alimentação, quando pago de forma diversa do dinheiro, não compõe a remuneração, possuindo natureza indenizatória. Cite-se:

> *Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.*
>
> *§ 1º Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador.*
>
> *§ 2º As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.*
>
> *§3º Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também o valor cobrado pela empresa, como serviço ou adicional, a qualquer título, e destinado à distribuição aos empregados.*

> *§ 4º Consideram-se prêmios as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades.*
>
> *Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por fôrça do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.*

Tanto a lei quanto a jurisprudência do TST são claras ao afirmar que o pagamento do auxílio-alimentação em dinheiro retira a natureza indenizatória da verba e, portanto, seu pagamento deve ser considerado para fins trabalhistas e previdenciário, devendo ser incluída na base de cálculo de férias, 13º, FGTS etc.

Ainda que a situação decorra de acordo individual celebrado, no âmbito do contrato de trabalho, tem-se que esse instrumento não é apto a dispor de forma diversa da legislação.

Nessa perspectiva, conclui-se que não é adequado o pagamento de auxílio-alimentação em dinheiro aos colaboradores da contratada alocados na execução do contrato administrativo.

Ponderando as repercussões da ingerência da Administração, em eventual atuação diante de constatação dessa situação no âmbito da execução de um contrato administrativo e os riscos de responsabilização subsidiária, recomenda-se que os gestores se limitem a notificar a empresa para adotar medidas corretivas em relação ao equívoco identificado, seja pela consideração da natureza remuneratória do auxílio-alimentação pago em pecúnia, com sua consequente consideração na base de cálculo de verbas trabalhistas e previdenciárias, seja pelo pagamento de outra forma que não em dinheiro, em respeito às diretrizes do PAT e/ou da CCT vigente.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00239/2022/CONJUR-MC/CGU/AGU

NUP: 71000.025306/2022-31

EDITAL

PERGUNTA P15: É possível a aceitação de proposta de licitante que utilize Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho que não contenha o cargo descrito no edital de licitação?

RESPOSTA: Sim, uma vez que o enquadramento sindical dos empregados ao sindicato é feito, regra geral, a partir da atividade econômica preponderante da empresa dos quais são contratados, independentemente da profissão ou função exercida na empresa, assim como do objeto do contrato administrativo decorrente da licitação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nos termos do art. 570 da CLT, "os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, específicas, na conformidade da discriminação do quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio".

Por sua vez, o art. 516 da CLT dispõe que "não será reconhecido mais de um Sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial".

Da interpretação sistemática dos arts. 511, § 3º, 577 e 581, § 2º, da CLT, o enquadramento sindical do trabalhador decorre da atividade preponderante da empresa em determinado estabelecimento, devendo os empregados serem regidos pela convenção coletiva da categoria que corresponda a estes critérios, mesmo que haja o exercício de outra atividade econômica pela empresa, mas de menor importância em relação ao seu faturamento (Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região TRT-16: RO, 0016814-79.2018.5.16.0004).

Dessa forma, a definição do enquadramento sindical é responsabilidade da empresa e, pela lei, ela deve considerar: (i) a atividade econômica preponderante da empresa; e (ii) a localidade dos seus respectivos estabelecimentos.

A Administração, por sua vez, ao planejar a contratação e elaborar o orçamento estimado, deve, mediante pesquisa de mercado, identificar e adotar a norma coletiva de trabalho da qual extrairá as informações

quanto a direitos e benefícios devidos aos trabalhadores cujas categorias serão empregadas na execução dos serviços.

A regra geral do enquadramento sindical, disposta no § 2º do art. 581 da CLT, evidencia que a categoria profissional do empregado deve corresponder à atividade econômica preponderante da empresa, e não a do empregado.

A exceção é no caso das categorias profissionais diferenciadas, mas, mesmo assim, é preciso que o empregador esteja representado na negociação coletiva pelo sindicato da categoria econômica. Sobre o ponto, orienta a Súmula 374/TST, de seguinte teor:

> *NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 55 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.05 Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria. (Ex-OJ n.º 55 - Inserida em 25/11/1996.)*

Cumpre esclarecer que o piso salarial e os benefícios dos empregados da licitante serão, dessa forma, aqueles previstos na CCT ou ACT da atividade econômica preponderante do empregador, e não os específicos da categoria do empregado.

Nessa perspectiva, conclui-se que é possível a aceitação de proposta de licitante que utilize Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho que não contenha o cargo descrito no edital de licitação, uma vez que será aplicada a norma coletiva da atividade preponderante do empregador-licitante.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00005/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU e NOTA n. 00146/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 53500.020994/2020-68

ADITIVO_VIGÊNCIA CONTRATUAL

PERGUNTA P16: Nos processos para contratação de serviços continuados, como devem ser fixados os termos inicial e final de cada contrato ou termo aditivo de prorrogação?

RESPOSTA: A data de início e a data de término de vigência do contrato original deverão ter o mesmo número do dia e o mesmo mês (em regra). No aditamento, o primeiro dia de vigência será sempre o primeiro dia posterior ao término de vigência do contrato original ou do aditivo anterior e o termo final será sempre no mesmo dia e mês do termo final do contrato inicial (em regra).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Quanto aos contratos com vigência fixada em meses, a data inicial de vigência do termo aditivo, em caso de prorrogação, deverá ser o dia imediatamente posterior à data final de vigência do contrato. A finalidade é evitar que o último dia do prazo de vigência do contrato original coincida e se sobreponha ao primeiro dia de vigência do termo aditivo de prorrogação posterior.

A referida forma de contagem, que coincide a data de assinatura com a data de início de vigência quanto aos contratos originais, não se amolda à sistemática dos aditivos. Exemplificativamente, a vigência de 12 (doze) meses de um contrato inicia-se em 30 de junho de 2018 e o termo final se daria em 30 de junho de 2019. Se fosse aplicada essa regra ao caso de aditivo, a assinatura do termo antes de expirar o último dia de vigência ocasionaria o início de vigência do aditivo enquanto o contrato original ainda estava vigente.

Em razão, por questão de lógica jurídica, entende-se que na prorrogação por 12 meses, por exemplo, a assinatura do aditivo deve ocorrer até o termo final do contrato original, mas a sua vigência iniciaria em 1° de julho de 2019, ao passo que finalizaria em 30 de junho de 2020, de modo que, nas palavras da CJU-SJC, esteja “sempre com o dia final de vigência igual ao fixado no contrato original”. O entendimento se aplica aos aditivos subsequentes.

Teleologicamente, a formalização de aditivos de prorrogação respeita o prazo de vigência do contrato original e o início da vigência do aditivo se materializa logo após ultimada a vigência inicial ou do aditivo

imediatamente anterior.

De fato, quando o aditivo prevê outras alterações nas cláusulas do contrato original, se houvesse sobreposição de datas de vigência, haveria conflito de normas contratuais no tempo.

Dessa forma, restam respeitados os enunciados legais que preveem a contagem de data a data (e.g. 20 de junho de 2018 a 20 de junho de 20__), os quais estipulam regras para a contagem de prazos previstos em meses ou anos e cujo desfecho é a compatibilidade com o dia do início da vigência (ou o subsequente ou o último dia do mês, a depender do caso).

No que atine aos aditivos, vejamos o artigo publicado pela Advogada da União Dra. Gabriela Feijó:

> *Além do já narrado, neste Parecer, sobre a contagem do prazo de vigência inicial dos contratos administrativos e sobre a estipulação do termo final desses contratos, entendemos necessário, também, orientar sobre a forma correta de se fixarem os termos iniciais e finais dos aditivos de prorrogação de vigência dos contratos administrativos. A necessidade dessa orientação deriva da frequência da estipulação inadequada dos termos inicial e final dos aditivos contratuais, na Administração Pública.*
>
> *Ressalta-se que não se deve haver coincidência de dia em que vigore tanto o contrato inicial, quanto o seu termo aditivo de prorrogação, para se evitar sobreposição das regras que regem o contrato. Afinal, o termo aditivo de prorrogação também pode conter alguma outra alteração contratual. Em uma situação assim, não seria possível se certificar sobre qual regra deveria incidir no dia em que a vigência inicial do contrato e a de prorrogação se coincidissem.*
>
> *Igualmente, devemos apontar a impossibilidade de se prorrogar contrato após sua extinção. Logo, deve a Administração se atentar para que o aditivo seja assinado antes do termo final do contrato, bem como para que comece a ter vigência um dia após aquele previsto para o término do prazo inicial, de modo a que, concomitantemente, o contrato não se extinga, mas também não haja sobreposição de prazo inicial com o aditivado (ou dos prazos aditivados, entre si, quando já houver mais de um aditivo de prorrogação no contrato).*
>
> *Voltando aos exemplos, um contrato administrativo assinado em 05 de outubro de 2010 - para vigorar por doze meses - deveria ter seu prazo de vencimento previsto para o dia 05 de outubro de 2011. Não deveria a estipulação prever o vencimento no dia 04 de outubro de 2011, malgrado isso seja um engano comum na Administração.*

Outrossim, visando à previsão adequada do termo de início e de vencimento dos aditivos desse contrato, o qual terminaria em 05/10/2011, dever-se-ia empregar o seguinte raciocínio:

Primeiro Termo Aditivo – necessita ser assinado até o dia 05 de outubro de 2011 (incluindo este dia); devendo haver previsão de prorrogação da vigência a contar de 06/10/2011 a 05/10/2012 (e não do dia 05/10/2011 a 04/10/2012, como comumente se estabelece);

Segundo Termo Aditivo – necessita ser assinado até o dia 05 de outubro de 2012 (incluindo este dia); devendo haver previsão de prorrogação da vigência a contar de 06/10/2012 a 05/10/2013;

Portanto, o mesmo pensamento precisará ser empregado para os termos aditivos posteriores desse contrato utilizado como exemplo.

Como é possível observar, o aditivo será estabelecido, com termo final, no ano futuro, em um dia anterior ao termo inicial (como no exemplo, a prorrogação da vigência seria contada de contar de 06/10/2011 a 05/10/2012). Isso ocorre não porque houve contagem da vigência do aditivo excluindo o dia do início e excluindo o do final, mas, sim, porque a preocupação é tanto se evitar a coincidência do dia final do contrato com o dia inicial do seu aditivo, quanto de se observar a regra de que os serviços contratuais devem ter sua duração prorrogada por "iguais e sucessivos períodos", ou seja, de doze em doze meses (findando assim no dia de igual número ao do início da vigência do contrato: no exemplo, 05 de outubro).

Ante o exposto, conclui-se que:

• A contagem dos prazos de vigências dos contratos administrativos segue a regra do art. 110 da Lei nº 8.666, de 1993, ou a do art. 183 da Lei nº 14.133, de 2021, a depender do caso. A contagem deve ser feita de data a data, incluindo-se o dia da assinatura e o dia de igual número ao de início; e

• Excepcionalmente, os prazos de vigências previstos em termos aditivos de prorrogação são iniciados no dia subsequente ao do término da vigência do contrato original, ainda que a sua assinatura e formalização ocorra no último momento da vigência do contrato originário.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00085/2019/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00461.000068/2019-80

PERGUNTA P17: Os requisitos para a prorrogação excepcional do contrato administrativo de que trata o art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, são os mesmos requisitos a que se submete a prorrogação de vigência prevista no art. 57, inc. II, do citado Diploma Legal?

RESPOSTA: Não. Os requisitos no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 se aplicam às situações ordinárias de prorrogação de vigência pela necessidade de continuidade do serviço público e vantajosidade na manutenção do contrato. Nos casos de prorrogação excepcional, isto é, além dos 60 meses, o §4º do art. 57 da referida lei exige a justificativa da situação excepcional, autorização da autoridade superior e observância ao limite de doze meses. Além desses requisitos específicos, entende-se que os requisitos ordinários igualmente se aplicam ao caso, com exceção da exigência de previsão em contrato. No que tange à justificativa, a prorrogação excepcional é cabível nos casos de situações imprevisíveis, acontecimentos graves, surgidos por fato estranho, alheio à vontade das partes.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Conforme art. 57, §4º, da Lei nº 8.666, de 1993, o legislador exigiu para a prorrogação excepcional os seguintes requisitos: justificativa para a prorrogação excepcional e autorização da autoridade superior. Vejamos:

> *Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*
>
> *(...)*
>
> *II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.*

Diferentemente do que ocorre com a prorrogação regular (art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993), na prorrogação excepcional a justificativa não pode ser apenas a necessidade de continuidade do serviço e a vantajosidade da

manutenção do contrato.

Para tanto, exige-se a ocorrência de situações imprevisíveis, acontecimentos graves, surgidos por fato estranho, alheio à vontade das partes, responsáveis por impedir a realização do trâmite tempestivo da celebração de contrato substitutivo.

Assim, trata-se de uma prorrogação qualificada que exige requisitos específicos (art. 57, §4º), além da demonstração da presença dos mesmos requisitos da prorrogação ordinária (art. 57, inciso II).

O único requisito da prorrogação ordinária que não se aplica à excepcional é a exigência de previsão no edital e no contrato administrativo, uma vez que se trata de situação despida de previsibilidade.

Nessa perspectiva, conclui-se que a prorrogação excepcional não se sujeita aos mesmos requisitos da prorrogação ordinária, uma vez que, além de observar os requisitos ordinários, deve ser consignada uma justificativa qualificada (ocorrência de situações imprevisíveis, acontecimentos graves, surgidos por fato estranho, alheio à vontade das partes) e se sujeitar à autorização de autoridade superior.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00157/2022/CONJUR-MC/CGU/AGU

NUP: 58000.000859/2015-93

PERGUNTA 18: É possível se valer da prorrogação excepcional prevista no art. 57, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, nas hipóteses de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão da Administração Pública?

RESPOSTA: Em se tratando de serviços considerados imprescindíveis e essenciais ao regular funcionamento da Administração Pública, devidamente atestado nos autos pela área técnica responsável, ainda que configuradas hipóteses de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão do gestor público, entende-se se revestir de juridicidade a prorrogação excepcional prevista no art. 57, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, devendo-se, no entanto, concomitantemente, ser apurada a responsabilidade do agente público que deu causa à situação desidiosa, na forma da lei, estendendo-se ao caso a lógica aplicável às contratações emergenciais, conforme disposto na Orientação Normativa da AGU nº 11/2009.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Como é cediço, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é no sentido de que a prorrogação excepcional prevista no art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993, não encontra guarida nas hipóteses de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão da Administração Pública[1].

Decerto, a Corte de Contas da União determinou, no Acórdão n. 2702/2006 - Segunda Câmara, que se realize "planejamento necessário para a realização tempestiva dos certames licitatórios relativos a serviços de natureza continuada, evitando a prorrogação com fundamento no art. 57, § 4º, da Lei n. 8.666/93, em decorrência de falta de planejamento e de ação da Unidade".

Todavia, eventual ausência de planejamento administrativo não pode ensejar a interrupção de serviços considerados imprescindíveis e essenciais ao regular funcionamento da Administração Pública, o que deve estar devidamente atestado e demonstrado no caso concreto.

Nesse caso, entende-se, em princípio, que poderá o órgão público se valer do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, devendo-se, concomitantemente, ser apurada a responsabilidade do agente público que deu causa à situação desidiosa, na forma da lei, estendendo-se ao caso a lógica aplicável às contratações emergenciais, conforme disposto na Orientação Normativa da AGU nº 11/2009.

Realmente, à semelhança do ocorrido nas contratações emergenciais, a falha de planejamento do órgão público não pode acarretar na dupla apenação da sociedade: primeiro, pela desídia administrativa; segundo, pela impossibilidade de a prestação do serviço prosseguir. A prorrogação excepcional fica condicionada, contudo, à apuração das condutas eventualmente desidiosas.

Nesse sentido, tem-se posicionamento firmado no bojo do Parecer nº 07/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU (processo nº 00845.000004/2016-21) e na respectiva CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU nº 117/2016:

> *22. jurisprudência do TCU no sentido de que não deve Administração deixar de fazer planejamento de suas contratações contando com as prorrogações excepcionais. Observe-se, porém, que em um momento Tribunal de Contas veda prorrogação excepcional no caso de falta de planejamento em outra oportunidade a Corte apenas recomenda que sobrevida excepcional do contrato administrativo seja evitada.*

1 Vide Acórdão nº 1159/2008 - Plenário, Acórdão nº 3773/2018 - Segunda Câmara e Acórdão nº 2702/2006 - Segunda Câmara, todos do TCU.

23. No nosso sentir, não há dúvida de que entendimento que deve prevalecer aquele no sentido de impor ao gestor público dever de bem planejar as contratações do órgão, fim de evitar as prorrogações excepcionais (art. 57, 4e, da Lei ns 8.666), mas se admitindo essas prorrogações mesmo na ausência de planejamento, com aplicação das sanções cabíveis ao agente público responsável pela incúria.

24. Ressaltamos que deve ser aplicado às prorrogações excepcionais mesmo raciocínio aplicável às contratações com dispensa de licitação por emergência (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993). Nas lições dos administrativistas brasileiros, falta de planejamento da Administração não deve impedir uma eventual contratação direta por emergência, sob pena de se punir o cidadão usuário do serviço público.

(...)

32. A verdade é que a excepcionalidade geradora da prorrogação não deve ser averiguada de acordo com a causa da ausência de um novo ajuste no tempo ordinariamente admitido pela Lei. É a consequência que a falta do serviço acarretará ao funcionamento da unidade da Administração Pública que deve justificar a prorrogação excepcional. Entendemos, então, que a finalidade do instituto da prorrogação excepcional é evitar a ausência de um serviço essencial para a Administração Pública, razão pela qual a excepcionalidade deve ser aferida com os olhos voltados para a consequências da falta de serviço, e não com base na causa da ausência de um novo contrato.

33. Assim, a incúria do gestor que deu causa a prorrogação excepcional deve ser resolvida no âmbito disciplinar, servindo as normas relativas aos contratos administrativo para atender ao funcionamento da Administração. (...) 34. Registramos que a prorrogação excepcional não pode ser aplicada indiscriminadamente. Conforme já afirmado em linhas anteriores, ela só deve ocorrer nas situações em que a ausência do serviço acarretar prejuízos ao bom funcionamento do órgão ou da entidade contratante. Caso a falta do serviço durante o tempo necessário para a assinatura de um novo ajuste não acarrete prejuízos consideráveis para a Administração, não vemos motivos para a prorrogação extraordinária. A título de exemplo, podemos citar o caso de serviços como vigilância e limpeza, cuja prestação é quase sempre imprescindível para o contratante cumprir a sua missão.

35. Nessa linha, importante salientar que a prorrogação nesses casos ocorrerá em caráter excepcional, o que significa dizer que o seu tempo de duração deve ser o mínimo necessário para Administração providenciar uma nova contratação. Por isso, o termo aditivo deve consignar e ainda ressalvar a possibilidade

de extinção antecipada do ajuste no caso de o novo contrato ser assinado antes do período previsto.

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU nº 117/2016

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO CONTINUADO. PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL. FALTA DE PLANEJAMENTO.DESÍDIA OU MÁ GESTÃO.

I. A PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVIÇO CONTINUADO, NOS TERMOS DO ART. 57, §4º, DA LEI Nº 8.666/1993, SÓ É ADMISSÍVEL QUANDO A AUSÊNCIA DO SERVIÇO ACARRETAR PREJUÍZOS CONSIDERÁVEIS AO BOM FUNCIONAMENTO DO ÓRGÃO OU DA ENTIDADE CONTRATANTE;

II. É ADMISSÍVEL A PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL NOS CASOS EM QUE A AUSÊNCIA DE UM NOVO CONTRATO RESULTAR DE FALTA DE PLANEJAMENTO, DE DESÍDIA OU DE MÁ GESTÃO, SITUAÇÃO NA QUAL A AUTORIDADE SUPERIOR ÀQUELA COMPETENTE PARA ASSINAR O CONTRATO DEVERÁ DETERMINAR A APURAÇÃO PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DE QUEM LHE DEU CAUSA.

III. O TEMPO DA PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL DEVERÁ SER O ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO COMO O NECESSÁRIO PARA PROVIDENCIAR UM NOVO CONTRATO, LIMITADO AOS 12 (DOZE) MESES PREVISTOS NO §4º DO ART. 57 DA LEI Nº 8.666/1993;

IV. O TERMO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO EXCEPCIONAL DEVE CONSIGNAR A POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO ANTECIPADA DO AJUSTE NO CASO DE O NOVO CONTRATO SER ASSINADO ANTES DO TEMPO ESTIMADO.

Nessa perspectiva, conclui-se que, em se tratando de serviços considerados imprescindíveis e essenciais ao regular funcionamento da Administração Pública, devidamente atestado nos autos pela área técnica responsável, ainda que configuradas hipóteses de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão do gestor público, entende-se se revestir de juridicidade a prorrogação excepcional prevista no art. 57, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, devendo-se, no entanto, concomitantemente, ser apurada a responsabilidade do agente público que deu causa à situação desidiosa, na forma da lei, estendendo-se ao caso a lógica aplicável às contratações emergenciais, conforme disposto na Orientação Normativa da AGU nº 11/2009.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 07/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU e Orientação Normativa da AGU nº 11/2009

NUP: 00845.000004/2016-21

PERGUNTA P19: É possível estipular nos contratos de serviços contínuos, o prazo inicial de vigência superior a 12 (doze) meses?

RESPOSTA: Para contratações sujeitas à Lei nº 8.666, de 1993, a fixação de prazo de vigência inicial superior a 12 (doze) meses pressupõe a demonstração de benefício para a Administração, em decorrência de peculiaridade e/ou complexidade do objeto contratado.

Já para os contratos decorrentes da Lei nº 14.133, de 2021, a fixação do prazo inicial pode ser de até 5 (cinco) anos, desde que observadas as diretrizes do art. 106 da citada norma.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Orientação Normativa 38/2011 da AGU fixa o seguinte entendimento:

> *NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA DEVE-SE OBSERVAR QUE: A) O PRAZO DE VIGÊNCIA ORIGINÁRIO, DE REGRA, É DE ATÉ 12 MESES; B) EXCEPCIONALMENTE, ESTE PRAZO PODERÁ SER FIXADO POR PERÍODO SUPERIOR A 12 MESES NOS CASOS EM QUE, DIANTE DA PECULIARIDADE E/OU COMPLEXIDADE DO OBJETO, FIQUE TECNICAMENTE DEMONSTRADO O BENEFÍCIO ADVINDO PARA A ADMINISTRAÇÃO; E C) É JURIDICAMENTE POSSÍVEL A PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR PRAZO DIVERSO DO CONTRATADO ORIGINARIAMENTE.*

O legislador pátrio, por meio da Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu que:

> *Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:*
>
> *I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;*
>
> *II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;*
>
> *III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.*
>
> *§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá*

> *apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.*
>
> *§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.*

Nessa perspectiva, conclui-se que contratações sujeitas à Lei nº 8.666, de 1993, a fixação de prazo de vigência inicial superior a 12 (doze) meses pressupõe a demonstração de benefício para a Administração, em decorrência de peculiaridade e/ou complexidade do objeto contratado.

Já para os contratos decorrentes da Lei nº 14.133, de 2021, a fixação do prazo inicial pode ser de até 5 (cinco) anos, desde que observadas as diretrizes do art. 106 da citada norma.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: Lei nº 8.666, de 1993, Lei nº 14.133, de 2021 e Orientação Normativa da AGU nº 38/2011

PERGUNTA P20: A celebração de termo aditivo de prorrogação contratual nos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra deve ser obrigatoriamente precedida de pesquisa de preços atuais de mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública?

RESPOSTA: Nos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, dispensa-se a realização da pesquisa de mercado, quando este contiver as previsões constantes do Anexo IX, item 7, alíneas "a" e "b" da Instrução Normativa MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017.

É necessária a pesquisa de mercado para o reajuste de itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho e de Lei) e materiais quando o edital e/ou contrato não contiver previsão de índice oficial de reajuste.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Sobre o tema, vejamos o que dispõe a IN SEGES/ME nº 5, de 2017:

> *7. A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, nas seguintes hipóteses:*

a) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;

b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE); e

c) (Revogado pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)

8. (Revogado pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)

Também a esse respeito, a Orientação Normativa CJU/MG nº 27, de 18 de março de 2009 (revisada em 31/10/2018), a saber:

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. PRORROGAÇÃO, REPACTUAÇÃO E REAJUSTE DE PREÇOS. VERIFICAÇÃO DA ECONOMICIDADE. DISPENSA NOS CONTRATOS DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, NOS CASOS DE QUE TRATA O ANEXO IX, item 7, alíneas a, b, c e item 8, da Instrução Normativa MPDG nº 05, de 25 de maio de 2017.

1. A celebração de termo aditivo de prorrogação contratual deve ser precedida de pesquisa de preços atuais de mercado ou de preços contratados por outros órgãos e entidades da Administração Pública, restando claramente demonstrada a compatibilidade entre o preço do contrato a ser prorrogado e o preço praticado pelo mercado.

2. Nos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra dispensa-se a realização da pesquisa de mercado, quando este contiver as previsões constantes do ANEXO IX, item 7, alíneas a, b, c e item 8, da Instrução Normativa MPDG nº 05, de 25 de maio de 2017.

3. É necessária a pesquisa de mercado para o reajuste de itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho e de Lei) e materiais quando o edital e/o contrato não contiver previsão de índice oficial de reajuste.

Nessa perspectiva, conclui-se que nos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, dispensa-se a realização da pesquisa de mercado, quando este contiver as previsões constantes do

Anexo IX, item 7, alíneas “a” e “b” da Instrução Normativa MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017.

É necessária a pesquisa de mercado para o reajuste de itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho e de Lei) e materiais quando o edital e/ou contrato não contiver previsão de índice oficial de reajuste.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MPDG nº 5, de 26 de maio de 2017, e ORIENTAÇÃO NORMATIVA CJU/MG nº 27, de 18 de março de 2009.

ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO CONTRATUAL

PERGUNTA P21: Qual é a base de cálculo para verificação do limite fixado pelo art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, nos casos de contratações licitadas por grupo?

RESPOSTA: Nas hipóteses em que o critério de julgamento da licitação tenha sido fixado em razão do preço global (licitação por grupo ou lote), os limites das alterações contratuais previstos no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666, de 1993, devem ser calculados sobre o valor inicial atualizado do contrato e não sobre os valores de cada item de forma individualizada.

É sempre válido lembrar que é indispensável que o órgão assessorado se acautele para evitar que as alterações constituam “jogo de preços” ou “jogo de planilha”, inclusive com a aferição acerca dos valores praticados para os itens objetos de acréscimos, verificando se eles se encontram dentro dos preços de mercado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

No mesmo sentido, o art. 125 da Lei nº 14.133, de 2021, segundo o qual, nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei,

o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).

Veja-se sobre o tema o teor da Orientação Normativa AGU nº 50, com a redação dada pela Portaria AGU nº 140, de 26 de abril de 2021:

> *I - Os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se de forma isolada os limites percentuais previstos em lei ao conjunto de acréscimos e supressões, vedada a compensação de acréscimos e supressões entre itens distintos, não se admitindo que a supressão de quantitativos de um ou mais itens seja compensada por acréscimos de itens diferentes ou pela inclusão de novos itens.*
>
> *II - No âmbito do mesmo item, o restabelecimento parcial ou total de quantitativo anteriormente suprimido não representa compensação vedada, desde que sejam observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não haja fraude ao certame ou à contratação direta, jogo de planilha, nem descaracterização do objeto, sendo juridicamente possível, além do restabelecimento, a realização de aditamentos para novos acréscimos ou supressões, observados os limites legais para alterações do objeto em relação ao valor inicial e atualizado do contrato.*

As Leis e a ON citadas indicam o valor inicial do contrato atualizado como base para a aplicação dos percentuais fixados como limites de acréscimos e supressões.

Ponto fundamental para a análise da questão ora tratada é o fato de que as manifestações divergentes tratavam de contratos que abrangiam diversos itens que, na licitação, compunham um único grupo. Nesta hipótese, ainda que sejam vários itens, trata-se de contratação única.

Nessa perspectiva, conclui-se que nas hipóteses em que o critério de julgamento da licitação tenha sido fixado em razão do preço global (licitação por grupo ou lote), os limites das alterações contratuais previstos no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666, de 1993, devem ser calculados sobre o valor inicial atualizado do contrato e não sobre os valores de cada item de forma individualizada.

É sempre válido lembrar que é indispensável que o órgão assessorado se acautele pare evitar que as alterações constituam jogo de preços ou jogo de planilha, inclusive com a aferição acerca dos valores praticados para os itens objetos de acréscimos, verificando se eles se encontram dentro dos preços de mercado.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA:
PARECER NORMATIVO Nº 001-2022-COORD-E-CJU-SCOM-CGU-AGU

NUP: 25061.000703/2019-62

PERGUNTA P22: O desenquadramento da empresa do Simples Nacional gera direito a reequilíbrio econômico-financeiro do contrato?

RESPOSTA: A exclusão do regime do Simples Nacional, em decorrência do aumento do faturamento não caracteriza ocorrência de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, que justifique a modificação do contrato, nos temos do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Para o ingresso no Simples Nacional é necessário se enquadrar na definição de microempresa ou empresa de pequeno porte, cumprir os requisitos previstos na legislação e formalizar a opção pelo regime.

A razão de ser do regime do Simples Nacional é o tratamento especial que deve ser dado às ME/EPP.

Nesse passo, se a empresa contratada perde essa condição, não pode mais se valer do regime tributário diferenciado.

O lucro constitui a razão de ser das empresas. Assim, o crescimento empresarial advindo do incremento da receita bruta não pode ser considerado um fato imprevisível.

Toda atuação empresarial demanda um planejamento, devendo as instituições estarem preparadas para a ocorrência de alterações, tais como a alteração de um regime tributário aplicável em razão de seu crescimento.

Não se pode falar, ainda, em revisão contratual em virtude de tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como em face da

superveniência de disposições legais ocorridas após apresentação de proposta, como referido no art. 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, por não ser este o caso em comento.

Aplica-se ao caso, isto sim, o § 3º do art. 3º da Lei nº 123/2006, abaixo transcrito, que por ilustrativo e importante, nunca é demais reproduzir:

> *Art. 3º (...)*
>
> *§ 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.*

Portanto, o desenquadramento de sociedade empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte não implica alteração em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

Isto posto, não se deve aplicar o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro para revisar contratos quando a empresa for excluída do regime do Simples Nacional, em face do aumento de sua receita bruta anual, uma vez que:

> *a) tal medida feriria os ditames do art. 3º, § 3º da Lei nº 123/2006;*
>
> *b) o crescimento empresarial não constitui fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, não se devendo falar em incidência dos ditames do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93;*
>
> *c) tal medida implicaria em um benefício indevido, uma vez que estar-se-ia dando tratamento especial, referente ao regime do Simples Nacional, a empresa que já não lhe faz mais jus. Violação ao princípio da livre concorrência.*

Nesse sentido, cita-se a Orientação Normativa AGU nº 61, de 29 de maio de 2020, segundo a qual:

> *A exclusão do regime tributário do Simples Nacional por ato voluntário da contratada ou por superação dos limites de receita bruta anual de que cuida o art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 2006, não enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.*

Nessa perspectiva, conclui-se que a exclusão do regime do Simples Nacional, em decorrência do aumento do faturamento não caracteriza ocorrência de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, que justifique a modificação do contrato, nos temos do art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU nº 61, de 29 de maio de 2020, PARECER Nº 090/2014/DECOR/CGU/AGU e PARECER Nº 1268/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUPs: 00688.000916/2014-91 e 25061.000702/2019-18

PERGUNTA P23: É possível a compensação de acréscimos e supressões entre itens distintos, de modo que a supressão de quantitativos de um ou mais itens seja compensada por acréscimos de itens diferentes ou pela inclusão de novos itens?

RESPOSTA: Os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se de forma isolada os limites percentuais previstos em lei ao conjunto de acréscimos e supressões, vedada a compensação de acréscimos e supressões entre itens distintos, não se admitindo que a supressão de quantitativos de um ou mais itens seja compensada por acréscimos de itens diferentes ou pela inclusão de novos itens.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Segundo prescreve o Art. 65, I, b e § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *I - unilateralmente pela Administração:*
>
> *(...)*
>
> *b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos.*

Na mesma linha, dispõe a Lei nº 14.133, de 2021, em seus arts. 124 a 126:

> *Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *I - unilateralmente pela Administração:*
>
> *[...]*
>
> *b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*
>
> *[...]*
>
> *Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento).*
>
> *Art. 126. As alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei não poderão transfigurar o objeto da contratação.*

Conforme esclareceram o Parecer N° 1359/2010/LC/NAJSP/AGU e o Parecer PGFN/CJU/CLC/nº 28/2009:

> *(PARECER N°1359/2010/LC/NAJSP/AGU)*
>
> *68. Por seu turno, lembramos que qualquer acréscimo quantitativo deve obedecer ao limite do §1° do art. 65 da Lei n.° 8.666/93, correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado da contratação.*
>
> *69. O TCU possui jurisprudência consolidada sobre dois aspectos relevantes de tal dispositivo legal:*
>
> *a) para o cálculo do limite de 25% (vinte e cinco por cento), os acréscimos devem ser computados em separado das supressões, de forma independente: um acréscimo não pode compensar uma supressão, e vice-versa;*
>
> *b) também deve ser considerado, como base para o cálculo do limite de 25% (vinte e cinco por cento), o valor original do contrato, liberado dos acréscimos ou supressões eventualmente efetuados.*

(Parecer PGFN/CJU/CLC/nº 28/2009)

10. A alteração do valor contratual em decorrência de acréscimo quantitativo de seu objeto encontra amparo legal no art. 65, I, b, e §1o da Lei nº 8.666, de 1993, que assim dispõe:

(...)

11. Nos termos deste preceito legal, observa-se que a legislação pátria ao mesmo que tempo em que autoriza a majoração do quantitativo do objeto contratual, com a conseqüente alteração de seu valor, restringe-a, no entanto, a um limite máximo de 25% (vinte e cinco por cento) em relação ao valor inicial atualizado do contrato, quando seu objeto referir-se a obras, compras ou serviços.

12. Vale, por oportuno, trazer à colação, o entendimento firmado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca dos principais aspectos que envolvem a modificação do contrato para fins de acréscimo em seu quantitativo inicial:

(...)

13. Da análise dos excertos das decisões do Tribunal de Contas da União acima transcritas podem-se extrair ao menos 3 (três) importantes ilações:

a) que o acréscimo deve ser formalizado por meio de termo aditivo;

b) que a Administração deve juntar aos autos planilha orçamentária que reflita as alterações havidas, permitindo-se, conseqüentemente, a comparação dos valores acrescidos com os originariamente contratos;

c) que o parâmetro para a aferição do percentual máximo de acréscimo permitido (25%) é o valor inicialmente contratado.

Verifica-se que este entendimento jurídico visa garantir que as alterações quantitativas dos contratos administrativos ocorram conforme as balizas estabelecidas pelo art. 65, I, b e §1º, da Lei nº 8.666, de 1993, e arts. 124 a 126 da Lei nº 14.133, de 2021, assegurando-se que os acréscimos e as supressões do objeto contratual sejam calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, sem qualquer compensação entre si, visando, assim afastar a possibilidade do jogo de planilha e/ou a descaracterização do objeto licitado, práticas estas contrárias ao melhor direito.

O Tribunal de Contas da União possui a seguinte orientação consolidada sobre a temática:

(Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92; e 1º, inciso XXV, 264 e 265, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

(...)

9.1.1. a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores;

Destaca-se que, no entendimento da Corte de Contas, é essencial para manutenção da legalidade da recomposição do valor contratual original a não ocorrência de compensação entre itens do contrato. Veja:

18. Ainda dentro do escopo da mencionada vedação à compensação, registro que contratos de publicidade não têm aparentemente itens que possam ser compensáveis entre si, pois, segundo o § 3º do art. 2º da Lei 12.232/2010, não há a segregação em itens ou contas publicitárias.

19. Por outro lado, em linha com o ponderado entendimento defendido pela unidade técnica especializada, independentemente da especificidade da lei que rege contratos de publicidade, vislumbro, até mesmo em contratos que possuem dois ou mais itens, a possibilidade de que ocorra supressão do quantitativo de algum item, com o restabelecimento do quantitativo suprimido ao inicialmente pactuado, sem que isso configure compensação entre acréscimos e supressões, a ponto de incidir a vedação descrita nos Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas; e 2.554/2017- TCU-Plenário, rel. André de Carvalho.

20. A unidade instrutiva assinala, com acerto, que a mencionada orientação jurisprudencial visa a impedir a ocorrência de fraudes à licitação, a exemplo do jogo de planilhas, bem como a descaracterização do objeto contratado, o que violaria princípios licitatórios e constitucionais (como a isonomia entre licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa).

Diante do exposto, foi alterada a redação da Orientação Normativa AGU nº 50/2014, pela Portaria AGU n.º 140, de 26 de abril de 2021, de modo a consignar, em seu inciso I, que:

> *I - Os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se de forma isolada os limites percentuais previstos em lei ao conjunto de acréscimos e supressões, vedada a compensação de acréscimos e supressões entre itens distintos, não se admitindo que a supressão de quantitativos de um ou mais itens seja compensada por acréscimos de itens diferentes ou pela inclusão de novos itens.*

Nessa perspectiva, conclui-se que os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se de forma isolada os limites percentuais previstos em lei ao conjunto de acréscimos e supressões, vedada a compensação de acréscimos e supressões entre itens distintos, não se admitindo que a supressão de quantitativos de um ou mais itens seja compensada por acréscimos de itens diferentes ou pela inclusão de novos itens.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU nº 50, de 2014 (alterada pela Portaria AGU nº 140, de 26 de abril de 2021) e PARECER Nº 16/2021/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00170.000307/2016-24

PERGUNTA P24: O restabelecimento parcial ou total de quantitativo anteriormente suprimido configura hipótese de compensação vedada?

RESPOSTA: No âmbito do mesmo item, o restabelecimento parcial ou total de quantitativo anteriormente suprimido não configura compensação vedada, desde que sejam observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não haja fraude ao certame ou à contratação direta, jogo de planilha, nem descaracterização do objeto, sendo juridicamente possível, além do restabelecimento, a realização de aditamentos para novos acréscimos ou supressões, observados os limites legais para alterações do objeto, em relação ao valor inicial e atualizado do contrato.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente, parte-se do entendimento jurídico firmado no sentido de que as alterações quantitativas dos contratos administrativos devem ocorrer conforme as balizas estabelecidas pelo Art. 65, I, b e §1º, da Lei nº 8.666/1993, e art. 124 a 126 da Lei nº 14.133, de 2021, assegurando-se que os acréscimos e as supressões do objeto contratual sejam calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, sem qualquer compensação entre si, visando, assim afastar a possibilidade do jogo de planilha e/ou a descaracterização do objeto licitado, práticas estas contrárias ao melhor direito.

O Tribunal de Contas da União possui a seguinte orientação consolidada sobre a temática:

> *(Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário)*
>
> *ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92; e 1º, inciso XXV, 264 e 265, do Regimento Interno deste Tribunal, em:*
>
> *(...)*
>
> *9.1.1. a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores;*

Ocorre que, recentemente, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 66/2021-Plenário, evoluiu sua jurisprudência, ao enfrentar a possibilidade jurídica de recomposição de quantitativo de um mesmo item anteriormente suprimido.

Então, o aludido Tribunal consolidou que "o restabelecimento total ou parcial de quantitativo de item anteriormente suprimido por aditivo contratual, com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, por causa de restrições orçamentárias, desde que observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não configura a compensação vedada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada nos Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas, e 2.554/2017-TCU-Plenário, rel. André de Carvalho, visto que o objeto licitado ficou inalterado, sendo possível, portanto, além do restabelecimento, novos acréscimos sobre o valor original do contrato, observado o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993."

Conforme ressaltou a CONJUR/MCOM, "a decisão em referência não excepciona o entendimento firmado na jurisprudência da Corte de Contas, mas apenas esclarece que 'a questão abstrata posta sob consulta ao TCU não se enquadra na situação prevista nos mencionados Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário e 2.554/2017-TCU-Plenário, pois não trata de compensação entre acréscimos e supressões'".

Vale aqui a transcrição de trecho do Voto do Acórdão 66/2021, que elucida a análise tecida:

> *17. Por seu conteúdo esclarecedor, merece destaque a minuciosa análise trazida pela Selog quanto ao alcance e sentido da referida vedação à compensação entre acréscimos e supressões contratuais:*
>
> *"23. (...). A compensação se dá entre itens diferentes. Ocorre quando a Administração suprime quantitativos de um ou mais itens e acresce quantitativos de itens distintos ou inclui itens novos no mesmo valor. Com isso, a Administração poderia fazer, além dos acréscimos 'compensados' com as supressões, outros acréscimos até o limite de 25%. Ao final, os acréscimos tomados isoladamente, na verdade, teriam ultrapassados os 25%. Essa é a prática vedada, conforme jurisprudência deste Tribunal, justamente, para impedir o jogo de planilha e/ou a descaracterização do objeto licitado.*
>
> *24. Por outro lado, se há a supressão em quantitativos de um ou mais itens e, depois, há o restabelecimento total ou parcial dos quantitativos suprimidos nos mesmos itens, não há que se falar sequer em compensação. Não se compensa algo consigo mesmo. É evidente que esse restabelecimento deve ocorrer nas mesmas condições iniciais, inclusive valores. Sendo assim, após o restabelecimento de quantitativo de item anteriormente suprimido, não se vê óbice, na jurisprudência deste Tribunal, a que se faça outros acréscimos, qualitativos ou quantitativos, até o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993. Primeiro, porque não houve compensação, já que não se trata de itens diferentes. Segundo, porque essa situação não favoreceria o jogo de planilha e/ou a descaracterização do objeto licitado, que são as práticas cujo risco de ocorrência a jurisprudência do TCU pretende mitigar.*
>
> *25. Há que se ressaltar ainda que, caso não tivesse ocorrido a supressão, com o restabelecimento posterior do item, seria possível fazer acréscimos, qualitativos ou quantitativos, até o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993. Não faz sentido, portanto, apenas porque houve uma supressão e o posterior restabelecimento do item, retornando ao status quo ante, proibir acréscimos ao valor originalmente contratado até o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993.*

> *26. Observa-se que a questão abstrata posta sob consulta ao TCU se enquadra nessa situação, ou seja, não há que se falar em compensação de itens, mas mero restabelecimento de quantitativos anteriormente suprimidos, por causa de restrições orçamentárias impostas ao órgão, não implicando, dessa forma, na vedação de que tratam os Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas; e 2.554/2017-TCU-Plenário, rel. André de Carvalho." (grifos no original).*

Destaca-se que, no entendimento da Corte de Contas, é essencial para manutenção da legalidade da recomposição do valor contratual original a não ocorrência de compensação entre itens do contrato. Veja:

> *18. Ainda dentro do escopo da mencionada vedação à compensação, registro que contratos de publicidade não têm aparentemente itens que possam ser compensáveis entre si, pois, segundo o § 3º do art. 2º da Lei 12.232/2010, não há a segregação em itens ou contas publicitárias.*
>
> *19. Por outro lado, em linha com o ponderado entendimento defendido pela unidade técnica especializada, independentemente da especificidade da lei que rege contratos de publicidade, vislumbro, até mesmo em contratos que possuem dois ou mais itens, a possibilidade de que ocorra supressão do quantitativo de algum item, com o restabelecimento do quantitativo suprimido ao inicialmente pactuado, sem que isso configure compensação entre acréscimos e supressões, a ponto de incidir a vedação descrita nos Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas; e 2.554/2017- TCU-Plenário, rel. André de Carvalho.*
>
> *20. A unidade instrutiva assinala, com acerto, que a mencionada orientação jurisprudencial visa a impedir a ocorrência de fraudes à licitação, a exemplo do jogo de planilhas, bem como a descaracterização do objeto contratado, o que violaria princípios licitatórios e constitucionais (como a isonomia entre licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa).*

Diante do exposto, foi alterada a redação da Orientação Normativa AGU nº 50/2014, pela Portaria AGU nº 140, de 26 de abril de 2021, de modo a consignar, em seu inciso II, que:

> *II - No âmbito do mesmo item, o restabelecimento parcial ou total de quantitativo anteriormente suprimido não representa compensação vedada, desde que sejam observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não haja fraude ao certame ou à contratação direta, jogo de planilha, nem descaracterização do objeto, sendo juridicamente possível, além do restabelecimento, a realização de aditamentos para novos acréscimos ou supressões, observados os limites legais para*

alterações do objeto em relação ao valor inicial e atualizado do contrato.

Nessa perspectiva, conclui-se que no âmbito do mesmo item, o restabelecimento parcial ou total de quantitativo anteriormente suprimido não configura compensação vedada, desde que sejam observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não haja fraude ao certame ou à contratação direta, jogo de planilha, nem descaracterização do objeto, sendo juridicamente possível, além do restabelecimento, a realização de aditamentos para novos acréscimos ou supressões, observados os limites legais para alterações do objeto, em relação ao valor inicial e atualizado do contrato.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU nº 50, de 2014 (alterada pela Portaria AGU nº 140, de 26 de abril de 2021), e PARECER Nº 16/2021/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00170.000307/2016-24

APOSTILAMENTO

PERGUNTA P25: A alteração da unidade gestora de recursos orçamentários e financeiros da União nos contratos administrativos pode ser formalizada mediante apostilamento?

RESPOSTA: O registro da alteração da unidade gestora dos recursos orçamentários e financeiros hábeis ao atendimento das despesas decorrentes da execução do objeto do contrato anteriormente gerido por unidade cuja competência tenha sido suprimida pode se formalizar, por meio de simples apostila, nos termos do § 8º do art. 65 da lei nº 8.666, de 1993, bem como do art. 136, inc. III, da Lei nº 14.133, de 2021.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A alteração da unidade gestora de recursos orçamentários e financeiros da União pode ocorrer por meio de ato unilateral da Administração, não havendo necessidade de se cogitar a aquiescência dos terceiros contratados.

Nos casos em que a Administração, em virtude de reorganização de suas competências internas resolve, com vistas à centralização de compras e

contratos, suprimir a competência de determinado órgão, no que toca à gestão de recursos orçamentários e financeiros, a aludida transferência se formalizará, por meio de ato administrativo próprio e unilateral, como, por exemplo, por meio de Portaria, cuja eficácia decorre de sua publicação, em meio oficial.

Independentemente de posterior aditamento ou apostila específicos, em cada contrato, a gestão dos recursos orçamentários e financeiros já foi transferida por meio do ato unilateral da Administração.

A Lei nº 8.666, de 1993, não consigna expressamente em seu art. 65, notadamente em seus incisos I e II e §§ 5º e 6º, como alteração do contrato administrativo em si, a alteração pela Administração da unidade gestora de seus recursos orçamentários e financeiros. No mesmo sentido, os arts. 124, inc. I e II, 130 e 134 da Lei nº 14.133, de 2021

A alínea "a" do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, e a alínea "a" do inciso I do art. 124 da Lei nº 14.133, de 2021, dizem respeito a alterações qualitativas no objeto do contrato, seja em seu projeto ou nas especificações deste, para melhor adequação técnica a seus objetivos, não se aplicando na espécie.

O § 6º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, e o art. 130 da Lei nº 14.133, de 2021, dispõem que a Administração deverá, por aditamento restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial, em havendo alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado.

Não há aumento ou diminuição de encargo do contratado em razão de alteração da unidade gestora dos recursos orçamentários e financeiros hábeis ao atendimento da despesa decorrente da execução do contrato.

O § 8º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, bem como o art. 136 da Lei nº 14.133, de 2021, dispõem que o empenho de dotações orçamentárias suplementares, até o limite do valor do contrato corrigido não caracteriza alteração deste, podendo ser registrado por simples apostila.

Demais disso, a Lei nº 14.133, de 2021, incluiu no inciso III, do citado art. 136, disposição no sentido de que alterações na razão ou na denominação social do contratado não caracterizam alteração do contrato, podendo, pois, ser realizada por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo.

Nessa perspectiva, conclui-se que o registro da alteração da unidade gestora dos recursos orçamentários e financeiros hábeis ao atendimento das despesas decorrentes da execução do objeto do contrato anteriormente gerido por unidade cuja competência tenha sido suprimida pode se formalizar, por meio de simples apostila, nos termos do § 8º do art. 65 da

lei nº 8.666, de 1993, bem como do art. 136, inc. III, da Lei nº 14.133, de 2021.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: o PARECER Nº 00003/2018/PLENÁRIO/CRU3/CGU/AGU e a ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 12/2018-CRU3ª REGIÃO/CGU/AGU

NUP: 00688.000921/2018-28

REAJUSTE EM SENTIDO ESTRITO

PERGUNTA P26: O reajuste promovido, por meio de índice inflacionário previsto em contrato, atinente aos insumos não relacionados à mão de obra, nos contratos celebrados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, depende de requerimento da contratada? Está sujeito à preclusão lógica?

RESPOSTA: Salvo disposição editalícia em sentido contrário, o reajuste em sentido estrito de que cuida o art. 61 da IN nº 5, de 2017, deve ser aplicado ex officio pela Administração, independentemente de solicitação do contratado, e mediante mero apostilamento (art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993 e art. 136, inc. I, da Lei nº 14.133, de 2021), desde que preenchidos os pressupostos legais e contratuais para sua incidência, não estando sujeito à preclusão lógica.

Vale destacar que, segundo o Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU, é possível a previsão expressa em edital ou contrato de cláusula que condicione a concessão do reajuste ao prévio requerimento por parte do contratado. Nesse caso, o reajuste deixará de ser concedido de ofício pela Administração, dando ensejo, assim, à ocorrência de eventual preclusão lógica.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Anteriormente, entendia-se que o reajustamento consistiria em verdadeiro direito patrimonial disponível, de aplicabilidade facultativa, e, por conseguinte, dependeria de requerimento do interessado para ser implementado, sob pena de preclusão e renúncia tácita ao que lhe seria devido.

Tal cenário se alterou com o advento do Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU. Doravante, via de regra, o reajuste deve ser efetivado

automaticamente e concedido de ofício pela Administração Pública.

Por conseguinte, não há que se falar em preclusão lógica. Eventual assinatura de termo aditivo de prorrogação do prazo de vigência do contrato administrativo sem que a contratada tenha previamente suscitado seu direito ao reajuste ou promovido a ressalva do direito de assim proceder em momento posterior em nada afeta o seu direito ao reajuste.

Vejamos a ementa do Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU:

> *DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DIREITO AO REAJUSTE CONTRATUAL. CONCESSÃO DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRECLUSÃO.*
>
> *I. A manutenção da cláusula econômico-financeira inicialmente estabelecida com a aceitação da proposta pela Administração constitui direito do contratado garantido pela Constituição da República (art. 37, inc. XXI).*
>
> *II. Este direito foi regulamentado pela lei de licitações, Lei n.º 8.666/93, que previu instrumentos para recompor o eventual desequilíbrio. Dentre eles está o reajuste (art. 40, inc. XI e art. 55, inc. III), que se caracteriza pela atualização do valor contratual conforme índice estabelecido contratualmente.*
>
> *III. Assim, após certo período de execução contratual, a Administração Pública, de ofício, deve aplicar o índice financeiro estabelecido contratualmente para reajustar o seu preço e reequilibrar sua equação econômico-financeira.*
>
> *IV. No Acórdão nº 1.827/2008-Plenário, o TCU, diante de uma hipótese de repactuação, analisou a aplicabilidade do instituto da preclusão aos contratos administrativos, e lecionou que "há a preclusão lógica quando se pretende praticar ato incompatível com outro anteriormente praticado."*
>
> *V. Em regra, não há preclusão lógica do direito ao reajuste, pois, não há a possibilidade da prática de ato incompatível com outro anteriormente praticado, já que para a sua concessão exige-se apenas a mera aplicação de ofício pela Administração Pública de índice previsto contratualmente.*
>
> *VI. Exceção existe na hipótese em que as partes, com previsão expressa no edital e no contrato, acordem a obrigação de prévio requerimento do contratado para a concessão do reajuste. E neste caso específico seria possível entendermos pela preclusão lógica, se transcorrido o período para o reajuste, o contratado não requerer a sua concessão e concordar em*

prorrogar a vigência contratual por mais um período, mantidas as demais condições inicialmente pactuadas.

VII. Visando tutelar a análise da vantajosidade para a prorrogação contratual (art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93), caso tenha transcorrido o prazo para o reajuste sem a sua concessão, e chegado o momento da prorrogação contratual, quando, então, será o valor não reajustado que será parâmetro para a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, recomenda-se a negociação, com a contratada, para que esta abdique do reajuste, mantendo a vantajosidade necessária para garantir a prorrogação contratual.

Portanto, com fulcro nos princípios que regem as contratações públicas - o da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666, de 1993, e arts. 5º e 92, inc. II, da Lei nº 14.133, de 2021) e o do pacta sunt servanda (art. 66 da Lei nº 8.666, de 1993, e art. 115 da Lei nº 14.133, de 2021), bem como o da garantia da manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, CF/88), após certo período de execução contratual, a Administração Pública, de ofício, deve aplicar o índice financeiro estabelecido contratualmente para reajustar o seu preço e reequilibrar sua equação econômico-financeira.

Nessa perspectiva, conclui-se que, salvo disposição editalícia em sentido contrário, o reajuste em sentido estrito de que cuida o art. 61 da IN nº 5, de 2017, deve ser aplicado ex officio pela Administração, independentemente de solicitação do contratado, e mediante mero apostilamento (art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993 e art. 136, inc. I, da Lei nº 14.133, de 2021), desde que preenchidos os pressupostos legais e contratuais para sua incidência, não estando sujeito à preclusão lógica.

Vale destacar que, segundo o Parecer nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU, é possível a previsão expressa em edital ou contrato de cláusula que condicione a concessão do reajuste ao prévio requerimento por parte do contratado.

Nesse caso, o reajuste deixará de ser concedido de ofício pela Administração, dando ensejo, assim, à ocorrência de eventual preclusão lógica.

Sugere-se que, nessas hipóteses, a inclusão de cláusula nesse sentido seja acompanhada das respectivas justificativas, bem como que seja fixado prazo para apresentação do requerimento de reajuste.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 79/2019/DECOR/CGU/AGU e PARECER nº 1292/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUPs: 08008.000351/2017-17 e 21012.003020/2020-25

REPACTUAÇÃO

PERGUNTA P27: Como deve ser a forma de contagem do interregno mínimo de um ano, para surgimento do direito à repactuação, nos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra?

RESPOSTA: Conforme disposto no art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93, no art. 92, inc. V, da Lei nº 14.133, de 2021, e no art. 53 da IN nº 5/2017, é indispensável a previsão expressa de cláusula de repactuação, em edital e/ou contrato, apontando a data base, periodicidade e critérios para sua concessão, de forma a viabilizar a sua efetivação, após demonstração analítica da variação dos componentes dos custos da contratada.

Ao prever-se a repactuação, também deve ser estabelecido no edital e/ou no contrato, em caráter imutável e definitivo, que o momento a partir do qual será contado o interregno de 1 (um) ano para o início do direito à primeira repactuação será: a data do orçamento a que a proposta se referir (ou seja, do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente), para os custos decorrentes de mão de obra vinculados às datas-bases dos instrumentos mencionados, e; a data limite para a apresentação da proposta, em relação aos demais custos com a execução do serviço decorrentes do mercado. Nas repactuações subsequentes à primeira, o interregno mínimo de um ano deve ser contado a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Fulcrando-se no disposto no art. 6º, inc. LIX, da Lei nº 14.133, de 2021, a repactuação consiste numa forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo utilizada nas hipóteses de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais.

Consoante o art. 135, do novel estatuto licitatório, temos que:

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

I - à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;

II - ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.

§ 1º A Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.

§ 2º É vedado a órgão ou entidade contratante vincular-se às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

§ 3º A repactuação deverá observar o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado da data da apresentação da proposta ou da data da última repactuação.

§ 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

§ 5º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, a repactuação a que se refere o inciso II do caput deste artigo poderá ser dividida em tantos quantos forem os acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho das categorias envolvidas na contratação.

§ 6º A repactuação será precedida de solicitação do contratado, acompanhada de demonstração analítica da variação dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços, ou do novo acordo, convenção ou sentença normativa que fundamenta a repactuação.

A repactuação será, pois, concedida, mediante solicitação da contratada, após o interregno mínimo de um ano.

Deve estar previsto no edital que o aludido interregno para a primeira repactuação será contado:

• para os custos relativos à mão de obra, a partir da data de início dos efeitos financeiros do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ao qual a proposta estiver vinculada, relativo a cada categoria profissional abrangida pelo contrato; e

• para os custos decorrentes do mercado, a partir da data de apresentação da proposta.

Nas repactuações subsequentes à primeira, o interregno mínimo de um ano será contado a partir da data da última repactuação correspondente à mesma parcela objeto da nova solicitação, entendida esta como a data em que iniciados seus efeitos financeiros, independentemente daquela em que apostilada.

Nesse sentido, as seguintes Orientações Normativas da Advocacia-Geral da União:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 25 (*)

"NO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, O INTERREGNO DE UM ANO PARA QUE SE AUTORIZE A REPACTUAÇÃO DEVERÁ SER CONTADO DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR, ASSIM ENTENDIDO O ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO, PARA OS CUSTOS DECORRENTES DE MÃO DE OBRA, E DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS INSUMOS."

INDEXAÇÃO: SERVIÇOS. COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. MÃO DE OBRA. REPACTUAÇÃO. INTERREGNO. ORÇAMENTO. ACORDO. CONVENÇÃO. DISSÍDIO COLETIVO. PROPOSTA. INSUMOS.

REFERÊNCIA: Arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, e 57, incs. II e IV da Lei nº 8.666, de 1993; arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192, de 2001; art. 5º, Decreto nº 2.271, de 1997; Parecer JT-02/AGU; Acórdãos TCU 1.563/2004-Plenário, 2255/2005-Plenário.

PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 26 (*)

"NO CASO DAS REPACTUAÇÕES SUBSEQUENTES À PRIMEIRA,

O INTERREGNO DE UM ANO DEVE SER CONTADO DA ÚLTIMA REPACTUAÇÃO CORRESPONDENTE À MESMA PARCELA OBJETO DA NOVA SOLICITAÇÃO. ENTENDE-SE COMO ÚLTIMA REPACTUAÇÃO A DATA EM QUE INICIADOS SEUS EFEITOS FINANCEIROS, INDEPENDENTEMENTE DAQUELA EM QUE CELEBRADA OU APOSTILADA."

INDEXAÇÃO: REPACTUAÇÃO SUBSEQUENTE. INTERREGNO. EFEITOS FINANCEIROS.

REFERÊNCIA: Arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, e 57, incs. II e IV, 65, §8º, da Lei nº 8.666, de 1993; arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192, de 2001; art. 614, CLT; art. 5º, Decreto nº 2.271, de 1997; Parecer JT-02/AGU, Acórdão TCU 1827/2008 - Plenário.

PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(*) alterada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

Também sobre o tema, temos o disposto no art. 12, do Decreto nº 9.507, de 2018, a saber:

> *Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que:*
>
> *I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e*
>
> *II - seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.*

Nessa perspectiva, conclui-se que nos termos do disposto no art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666/93, no art. 92, inc. V, da Lei nº 14.133, de 2021, e no art. 53 da IN nº 5/2017, é indispensável a previsão expressa de cláusula de repactuação, em edital e/ou contrato, apontando a data base, periodicidade e critérios para sua concessão, de forma a viabilizar a sua efetivação, após demonstração analítica da variação dos componentes dos custos da contratada.

Conquanto, ao prever-se a repactuação, também deve ser estabelecido no edital e/ou no contrato, em caráter imutável e definitivo, que o momento a partir do qual será contado o interregno de 1 (um) ano para o início do direito à primeira repactuação será: a data do orçamento a que a proposta se referir (ou seja, do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente), para os custos decorrentes de mão de obra vinculados

às datas-bases dos instrumentos mencionados, e; a data limite para a apresentação da proposta, em relação aos demais custos com a execução do serviço decorrentes do mercado. Nas repactuações subsequentes à primeira, o interregno mínimo de um ano deve ser contado a partir da data do fato gerador que deu ensejo à última repactuação.

FONTE DE PESQUISA: Art. 6º, inc. LIX, e 135 da Lei nº 14.133, de 2021, Art. 12, inc. I, do Dec. nº 9.507, de 2018, e ORIENTAÇÕES NORMATIVAS AGU Nº 25/2009 e Nº 26/2009.

NUP: 00400.010939/2010-50

PERGUNTA P28: Pode ser concedida a repactuação quando pleiteada posteriormente à prorrogação do contrato de serviço continuado? Como proceder quando, no momento da prorrogação do contrato, ainda não for possível a apresentação dos cálculos necessários para a concessão da repactuação?

RESPOSTA: A repactuação prevista em edital deve ser pleiteada previamente à prorrogação do contrato de serviço continuado, sob pena de preclusão lógica de referido direito. Caso, no momento da prorrogação do contrato, ainda não seja possível a apresentação dos cálculos necessários para a concessão da repactuação, deve-se inserir cláusula que ressalve o direito à repactuação, a ser exercido tão logo a contratada disponha dos dados necessários, sob pena de sua preclusão.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De acordo com o disposto no art. 57, § 7º, da IN nº 5/2017, bem como na Orientação Normativa CJU-MG nº 24/2009, a repactuação deve ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente ao fato gerador (aumento dos custos), sob pena da preclusão do direito de o contratado obter a repactuação.

Isso porque, a partir do fato gerador do aumento concedido, tem o contratado até a prorrogação contratual subsequente para pedir a repactuação respectiva, pois sabedor da majoração salarial já vigente.

Se está ciente de que a majoração salarial está vigente, em período anterior à prorrogação, tanto que certamente paga aos trabalhadores em obediência à Convenção Coletiva, não pode solicitar repactuação depois de ter concordado na prorrogação, com a manutenção dos preços até então pactuados, uma vez que incompatível a repactuação (posterior)

com a prorrogação.

Aceitar os preços então praticados quando da prorrogação contratual, implica não mais ser possível repactuá-los em razão de aumento que estava vigente antes da prorrogação (preclusão lógica).

Vejamos o disposto no art. 57 da IN SEGES/ME nº 5, de 2017, segundo o qual:

> *Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.*
>
> *[...]*
>
> *§ 4º As repactuações, como espécie de reajuste, serão formalizadas por meio de apostilamento, exceto quando coincidirem com a prorrogação contratual, em que deverão ser formalizadas por aditamento.*
>
> *[...]*
>
> *§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.*

No mesmo sentido, a Orientação Normativa CJU-MG nº 24, de 17 de março de 2009 (revisada em 31/10/2018):

> *LICITAÇÃO. SERVIÇO CONTINUADO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REPACTUAÇÃO PRÉVIAMENTE À PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. PRECLUSÃO DO DIREITO. Acórdão nº 1828/2008 – Plenário do TCU:*
>
> *A repactuação prevista em edital deve ser pleiteada previamente à prorrogação do contrato de serviço continuado, sob pena de preclusão lógica de tal direito.*
>
> *Referências:*
>
> *Art. 57, § 7º da Instrução Normativa MPDG nº 05, de 25 de maio de 2017 Parecer de uniformização Nº AGU/CGU/NAJ/MG-0871/2008-KRC; Parecer Nº AGU/CGU/NAJ/MG-0893/2008-MACV; Acórdão nº 1828/2008 – Plenário do TCU. Ementa revista nos termos do Parecer Nº AGU/JTB 01/2008.*

Entretanto, se a Contratada já faz jus à majoração dos valores pactuados no momento da prorrogação do contrato e pretende exercer esse direito, mas, na data da prorrogação, ainda não foi celebrado o novo acordo ou a nova convenção coletiva da categoria, a contratada deverá manifestar por escrito a sua intenção de posteriormente anexar as planilhas e demais documentos comprobatórios dos referidos aumentos pleiteados e apresentar os novos valores do contrato.

Caso isso aconteça, a prorrogação poderá ser feita com a ressalva do direito à posterior repactuação e estará, a princípio, afastada a preclusão de seu direito.

Vejamos trecho do Parecer Normativo da AGU (Parecer AGU /JT-02/2009):

> *Oportuna também a análise do Ministro Zymler sobre a hipótese em que as negociações se prolongam por um período de tempo após a data-base da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo e, neste ínterim, a Administração convoca o contratado para prorrogação contratual.*
>
> *Neste caso, bem soluciona o Ministro no seguinte sentido:*
>
> *"Nesse caso, o contratado estaria impossibilitado de postular a repactuação contratual no momento da assinatura do termo aditivo, pois, segundo já mencionado, um dos requisitos para a repactuação é a necessidade de registro do acordo ou convenção coletiva de trabalho no Ministério do Trabalho. Assim, caberá ao contratado inserir no termo aditivo a ser celebrado cláusula por meio da qual resguarde seu direito à repactuação, a ser exercido tão logo disponha do instrumento relativo ao acordo ou à convenção devidamente registrado."*

Destarte, ainda que interpretada de forma abrangente, tal exceção se aplica a uma situação específica: quando, na data limite para a prorrogação, a contratada ainda não tiver condições de elaborar a planilha de variação de custos que fundamenta a repactuação, porque o acordo ou a convenção coletiva da categoria – da qual os novos custos exsurgirão, ainda não foram concluídos.

Incide, em realidade, uma impossibilidade fática de pleitear a repactuação e a empresa não pode ser prejudicada por circunstâncias a que não deu causa.

Nessa perspectiva, conclui-se que a repactuação prevista em edital deve ser pleiteada previamente à prorrogação do contrato de serviço continuado, sob pena de preclusão lógica de referido direito. Caso, no momento da prorrogação do contrato, ainda não seja possível a apresentação dos cálculos necessários para a concessão da repactuação,

deve-se inserir cláusula que ressalve o direito à repactuação, a ser exercido tão logo a contratada disponha dos dados necessários, sob pena de sua preclusão.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00003/2023/CJU-GO/CGU/AGU e a ORIENTAÇÃO NORMATIVA CJU-MG Nº 24, de 17 de março de 2009.

NUP: 08662.015351/2021-76

PERGUNTA P29: Após a extinção do contrato, é possível solicitar a concessão da repactuação?

RESPOSTA: Não, as repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com o encerramento do contrato.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Repactuação é modalidade de reajustamento de preços aplicável aos contratos que envolvem exclusividade de mão de obra, destinando-se a recompor a corrosão do valor contratado pelos efeitos inflacionários.

Enquanto direito disponível, ao concordar com a renovação do contrato ou com a sua extinção sem que seja arguido o direito à recomposição financeira, entende-se que se operou a preclusão lógica, que é a perda da faculdade de praticar ato, em razão da prática de outro ato incompatível com esse que se pretendia exercitar.

No caso, ao permitir o fim da vigência do contrato sem o requerimento de atualização dos preços acordados, o interessado indica que estava de acordo com os preços então praticados, tendo aberto mão de eventual recomposição.

Esse é o teor do art. 57, §7º, da IN SEGES/MPDG nº 05/2017 e também era a previsão da IN SLTI/MPOG nº 02/2008 (art. 40, §7º). Cite-se:

> *IN SEGES/MPDG nº 05/2017*
>
> *Art. 57. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.*

(...)

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

IN SLTI/MPOG nº 02/2008

Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração dos custos, por meio de apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação.

(...)

§ 7º As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

Nessa perspectiva, conclui-se que as repactuações a que o contratado fizer jus e que não forem solicitadas durante a vigência do contrato serão objeto de preclusão com o encerramento do contrato.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER JT-02/2009

NUP: 00400.010482/2008-69

PERGUNTA P30: Qual o instituto a ser aplicado, em relação ao aumento do salário-mínimo, a repercutir nos contratos de serviços continuados?

RESPOSTA: Na superveniência do aumento do salário-mínimo que cause repercussão nos custos contratuais de mão de obra há de incidir o instituto da repactuação, porque o reequilíbrio presume essencialmente um fato imprevisível ou previsível de efeitos incalculáveis, sendo que o aumento do salário-mínimo é previsto anualmente, não se inserindo nos requisitos do reequilíbrio.

Disposição atinente ao assunto (sobre o reajuste salarial por força de

lei ou Convenção Coletiva de Trabalho na contratação) consta prevista na letra "a", item 7 , do Anexo IX, da Instrução Normativa SEGES nº 05/2017, onde se prevê a possibilidade de dispensa da pesquisa de mercado para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva, quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei.

Ademais, cite-se a seguinte doutrina:

Questões que desafiam o exegeta: quais os fatos passíveis de serem tidos como imprevisíveis, ou previsíveis com consequências incalculáveis? O aumento dos custos da mão de obra pode fundamentar um eventual desequilíbrio econômico-financeiro?

O TCU já declarou que não, visto que tal ampliação de gastos não se enquadra nos requisitos legais de imprevisibilidade de ocorrência ou de consequência, podendo ser previstos pela empresa, motivo pelo qual não justificariam qualquer recomposição do equilíbrio econômico do contrato.

Na verdade, o aumento dos custos da mão de obra pode ensejar "repactuação" (espécie de reajuste) nas contratações de serviços de natureza contínua, para adequação aos preços de mercado, desde que cumpridas as exigências legais, dentre elas a previsão contratual. (Leis de licitações públicas comentadas, 5ª ed., 2013, Editora Jus Podivm, p. 543, Ronny Charles Lopes de Torres).

Nessa perspectiva, conclui-se que a superveniência do aumento do salário-mínimo que cause repercussão nos custos contratuais de mão de obra há de incidir o instituto da repactuação, porque o reequilíbrio presume essencialmente um fato imprevisível ou previsível de efeitos incalculáveis, sendo que o aumento do salário-mínimo é previsto anualmente, não se inserindo nos requisitos do reequilíbrio.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA Nº 00003/2022/COORD/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 25018.003752/2018-00

PERGUNTA P31: Nos contratos administrativos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, é permitido o pagamento de salário ao colaborador da contratada abaixo do mínimo legal?

RESPOSTA: Não. Nos casos em que a norma coletiva fixa o

salário da categoria já no mínimo, havendo a majoração do salário mínimo por lei ou instrumento equivalente, a contratada faz jus à repactuação independentemente da edição de norma coletiva. Editada esta, caso haja nova majoração do salário, a contratada fará jus a nova repactuação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O salário mínimo é direito de todos os empregados, nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal. Cite-se:

> *Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...)*
>
> *IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*

Reajustado anualmente, pode ocorrer a situação de que a lei majore o salário mínimo, estabelecido de forma ampla e irrestrita, antes da data base na qual ocorre a negociação para reajuste salarial, por meio de norma coletiva.

Nesses casos, poder-se-ia cogitar do pagamento do salário estabelecido na norma coletiva, que temporariamente estaria abaixo no mínimo nacional estabelecido. A prática, contudo, ofenderia a norma constitucional.

Por essa razão, a contratada deverá aplicar ao salário pago aos seus colaboradores a majoração efetuada por lei ou instrumento equivalente e, por consequência, fará jus à repactuação contratual.

Caso, em seguida, haja edição de norma coletiva e nova majoração do salário aplicado aos empregados da contratada vinculados ao contrato administrativo, haverá direito a uma nova repactuação.

Nessa perspectiva, conclui-se que nos contratos administrativos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, não é permitido o pagamento de salário ao colaborador da contratada abaixo do mínimo legal.

Nos casos em que a norma coletiva fixa o salário da categoria já no mínimo, havendo a majoração do salário mínimo por lei ou instrumento

equivalente, a contratada faz jus à repactuação independentemente da edição de norma coletiva. Editada esta, caso haja nova majoração do salário, a contratada fará jus a nova repactuação.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMOS FONTES DE PESQUISA: PARECER N° 00520/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU e PARECER N° 00595/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 25018.003752/2018-00

PERGUNTA P32: É lícita a pretensão de repactuação fundada em Convenção Coletiva, que diferencia a remuneração do trabalhador que executa o serviço no âmbito da tomadora de serviços, em relação ao que o executa na empresa contratada?

RESPOSTA: Não há fundamento jurídico que sustente a diferença de remuneração para uma mesma categoria, tomando como única diferenciação o exercício do trabalho na empresa ou na tomadora de serviços, mormente no caso de a tomadora de serviços não haver participado da negociação coletiva hábil a gerar ônus para seus cofres. Assim, nesses casos, resta inviabilizada a repactuação, neste ponto, do contrato administrativo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De acordo com o art. 6º, parágrafo único, da IN SEGES/MPDG nº 5/2017, é vedado ao órgão e entidade se vincular às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública. Veja-se:

> *Art. 6º A Administração não se vincula às disposições contidas em Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa contratada, de matéria não trabalhista, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, tais como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.*
>
> *Parágrafo único. É vedado ao órgão e entidade vincular-se às disposições previstas nos Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.*

Não há fundamento jurídico que sustente a diferença de remuneração para uma mesma categoria, tomando como única diferenciação o exercício do trabalho na empresa ou na tomadora de serviços.

Entende-se, inclusive, que a medida ofende a isonomia, uma vez que não há justificativa razoável para a diferenciação de trabalhadores enquadráveis em uma única categoria.

Ademais, a previsão de ônus exclusivamente ao tomador de serviços (no caso a Administração) também não parece adequado, na medida em que aquele sobre quem recairia o ônus não participou da negociação coletiva.

Nessa perspectiva, conclui-se pela ilegalidade da pretensão fundada em Convenção Coletiva, que diferencia a remuneração do trabalhador que executa o serviço no âmbito da tomadora de serviços, em relação ao que o executa na empresa contratada, inviabilizando-se a repactuação, neste ponto, do contrato administrativo.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00877/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 08659.015961/2021-29

PERGUNTA P33: Em contratos administrativos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, a majoração das tarifas de transporte público enseja a readequação do preço contratual por meio de repactuação (apostilamento) ou revisão de preços (termo aditivo)?

RESPOSTA: Por se referir a acontecimento previsível, uma vez que se trata de custo atrelado à mão de obra, a majoração das tarifas de transporte público enseja a repactuação do contrato, mediante adequação dos valores correspondentes ao vale-transporte.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A majoração da tarifa de transporte público é acontecimento destituído de imprevisibilidade, assim como não é previsível de consequência incalculáveis.

Ademais, no âmbito dos contratos com alocação de mão de obra exclusiva, a majoração da tarifa pública de transporte tem impacto direto nos custos relativos aos vales transporte pagos aos empregados da contratada.

Dessa forma, em regra e atendidos os requisitos aplicáveis à repactuação, haverá a edição de um apostilamento para adequação desses custos, salvo quando coincidir com a prorrogação de vigência do contrato, hipótese em que poderá ser objeto do mesmo termo aditivo.

O início da contagem do prazo de um ano para a primeira repactuação deve tomar como referência a data do orçamento a que a proposta se refere, qual seja, a data do último reajuste de tarifa de transporte público;

Os efeitos financeiros da repactuação contratual decorrente da majoração de tarifa de transporte público devem viger a partir da efetiva modificação do valor de tarifa de transporte público.

Por essa razão, a variação desses custos deve ser considerada, no âmbito do contrato administrativo, para fins de repactuação, não se tratando de relevante desequilíbrio no contrato a ponto de exigir a revisão na forma do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993. Cite-se:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *I - unilateralmente pela Administração:*
>
> *a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*
>
> *b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*
>
> *II - por acordo das partes:*
>
> *a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;*
>
> *b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;*
>
> *c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;*
>
> *d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio*

econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nessa perspectiva, conclui-se que por se referir a acontecimento previsível, uma vez que se trata de custo atrelado à mão de obra, a majoração das tarifas de transporte público enseja a repactuação do contrato, mediante adequação dos valores correspondentes ao vale-transporte.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTES DE PESQUISA: PARECER Nº 00075/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU e PARECER Nº 032/2014/DECOR/CGU/AGU

NUPs: 00589.000197/2021-56 e 00593.000519/2012-15

PERGUNTA P34: Para solicitação de repactuação no âmbito de contrato administrativo, é necessário que a norma coletiva esteja registrada no Ministério do Trabalho?

RESPOSTA: Não. Para tanto, é suficiente o decurso do prazo de três dias após o protocolo de entrega de uma cópia da convenção ou do acordo coletivo de trabalho no órgão do Ministério do Trabalho e Previdência, sendo desnecessário que haja o registro da norma coletiva para o processamento da repactuação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A repactuação é uma forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro própria para serviços contínuos que envolvam essencialmente mão de obra, e a análise da variação dos custos contratuais é demonstrada de forma analítica pelo contratado (FORTUNATO, Rafael Henrique. In. Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, org. Leandro Sarai, Salvador: JusPodivm, 2021, p. 257).

Destaque-se que quando a Administração busca colaboradores entre os agentes do mercado leva em consideração que estes necessitam, para participar, de que seja mantida a proporcionalidade da relação inicial - a equação econômica -, a fim de que possam planejar seus custos e perseguir

seu objetivo que é o lucro (CUNHA, Thadeu Andrade. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo, jul/set 1995, Rio de Janeiro, Vol. 201, p. 42).

A repactuação contratual, por sua vez, é adotada para contratos que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua com dedicação exclusiva de mão de obra; nesse caso se faz necessária a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, conforme consta do art. 12, II, do Decreto n. 9.507, de 2018; art. 54 da Instrução Normativa SEGES/MP n. 05, de 2017, e mais recentemente no art. 135, § 6º da Lei 14.133, de 2021.

Por sua vez, a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho são instrumentos normativos que visam a estabelecer condições de trabalho para os empregados integrantes da categoria profissional representada pelo respectivo sindicato na formalização do instrumento.

Sobre esses instrumentos, a CLT prevê no § 1º do art. 614 que a vigência da CCT e do ACT ocorrerá três dias após o protocolo no órgão do MTE, dispositivo que não sofreu recentemente qualquer alteração, confira:

> *Art. 614 - Os Sindicatos convenentes ou as emprêsas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*
>
> *§1º As Convenções e os Acôrdos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*

Verifica-se, portanto, que o registro da convenção ou acordo não é necessário para o processamento da repactuação.

Com efeito, trata-se o registro de ato administrativo que atesta a regularidade das informações enviadas ao sistema mediador, conforme a IN SRT/MTE nº 16/2013, e visa conferir publicidade à negociação coletiva.

Assim, para que a contratada fundamente seu pedido de repactuação, é necessário que haja a comprovação da entrega da CCT ou ACT para o registro perante o Ministério do Trabalho, e não o próprio registro.

A jurisprudência trabalhista, inclusive, é no sentido de que a falta de registro no Ministério do Trabalho de instrumentos coletivos firmados com a participação do Sindicato da categoria não invalida o instrumento, eis que

tal registro tem como objetivo apenas conferir publicidade à negociação coletiva. Trata-se de aspecto meramente formal a ser observado para que se dê, também, conhecimento aos interessados e a terceiros.

De todo modo, não é demais rememorar que compete à Administração se certificar da autenticidade do instrumento coletivo invocado pelo particular contratado como fundamento para a repactuação de preços do contrato administrativo, razão pela qual se recomenda que a Administração se valha de outros meios para se assegurar da veracidade da norma coletiva apresentada, caso inexistente o registro (ex.: exigência de apresentação de documento que comprove o protocolo no órgão competente do Ministério do Trabalho e Previdência).

Nessa perspectiva, conclui-se que as convenções e os acordos coletivos de trabalho somente entrarão em vigor três dias após o protocolo de entrega de uma cópia do respectivo instrumento normativo no órgão do Ministério do Trabalho e Previdência, não sendo necessário que haja o registro da norma coletiva para o processamento da repactuação.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00003/2021/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 53504.003565/2020-96

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

PERGUNTA P35: A mudança do regime tributário aplicável à contratada, de lucro presumido para lucro real, justifica a revisão do contrato, nos termos do art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666, de 1993?

RESPOSTA: Não, uma vez que a exclusão do limite de enquadramento no regime de tributação pelo lucro presumido não caracteriza ocorrência de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, que justifique a modificação do contrato, nos termos do art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666, de 1993.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A revisão do contrato com fulcro na hipótese legal de reequilíbrio econômico-financeiro da contratação capitulada no art. 65, inc. II, letra "d",

da Lei nº 8.666/1993 pressupõe, dentre outros requisitos, a ocorrência de um fato extraordinário posterior à apresentação da proposta da contratada, decorrente de evento imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis, e que onere, significativamente, os encargos suportados pela contratada. Cite-se:

> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *II - por acordo das partes:*
>
> *(...)*
>
> *d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.*

Isso porque, essa alteração decorre diretamente da atuação da contratada, que estruturou suas operações para incrementar seu faturamento, e, portanto, se trata de situação previsível.

Situação semelhante ocorre com a exclusão da empresa do regime tributário do Simples Nacional, hipótese na qual a Advocacia-Geral da União tem entendimento consolidado de que a "superação dos limites de receita bruta anual de que cuida o art. 30 da Lei Complementar nº 123, de 2006, não enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo" (Orientação Normativa nº 61/2020).

Nessa perspectiva, conclui-se que o reenquadramento do regime tributário da contratada (de lucro presumido para lucro real) não enseja a revisão do contrato, nos termos do art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que a exclusão do limite de enquadramento no regime de tributação pelo lucro presumido não caracteriza ocorrência de fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, que justifique a modificação do contrato.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER N. 546/2022/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 01340.010960/2018-27

SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

PERGUNTA P36: Há possibilidade de o gestor instaurar o processo sancionador e aplicar sanções mesmo após a rescisão contratual ou término da vigência do contrato?

RESPOSTA: Sim, é possível, caso não tenham sido ainda aplicadas as sanções cabíveis para a conduta de inadimplemento ou inexecução contratual, respeitado o prazo prescricional quinquenal, contado, em regra, do momento do cometimento da infração.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Cumpre destacar que, pode a Administração aplicar sanções mesmo após o término da vigência contratual.

Importante ressaltar o entendimento da Advocacia-Geral da União acerca do assunto, proferido por meio da Orientação Normativa nº 51, in litteris:

> *ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº- 51*
>
> *A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual.*

Existe doutrina que aborda a questão assinalando entendimento em idêntico sentido, verbis:

> *As faltas sancionadas com a advertência somente podem ser punidas durante a vigência do contrato. Findo este último, não mais poderá ser aplicada, até por não haver mais interesse para a Administração. Já as infrações mais graves, punidas com multa, suspensão do direito de contratar ou licitar ou contratar e com declaração de inidoneidade, caracterizando grave inexecução contratual ou prática de ilícitos, deve ser aplicado prazo quinquenal. O momento de início desse prazo deve ser aquele em que é cometida a infração. Pode ser, porém, que pela natureza do fato o mesmo não possa ser imediatamente conhecido. Aí, então, o prazo prescricional deverá começar a correr a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa.*

(DIAS, Eduardo Rocha. Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados. Dialética, 1997)

Com base no entendimento supramencionado, há possibilidade de o gestor instaurar o processo sancionador e aplicar as sanções mesmo após a rescisão contratual ou término da vigência do contrato, caso não tenham sido ainda aplicadas as sanções cabíveis para a conduta de inadimplemento ou inexecução contratual, respeitado o prazo prescricional, contado, em regra, do momento do cometimento da infração.

Nessa perspectiva, conclui-se que pode o gestor instaurar o processo sancionador e aplicar sanções mesmo após a rescisão contratual ou término da vigência do contrato, bastando que se configure hipótese em que não tenham sido ainda aplicadas as sanções cabíveis para a conduta de inadimplemento ou inexecução contratual, respeitado o prazo prescricional quinquenal, contado, em regra, do momento do cometimento da infração.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 51 e PARECER Nº 00058/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 08220.002309/2020-11

PERGUNTA P37: Em face da impossibilidade de renovação contratual decorrente da aplicação de sanção de impedimento de licitar e contratar no âmbito da União, é possível a realização de dispensa de licitação para contratação de serviço remanescente ou é necessária a realização de nova licitação?

RESPOSTA: Exclusivamente na hipótese de rescisão contratual, a escolha entre a realização de nova licitação ou a convocação dos licitantes classificados no último pregão para contratação direta do objeto remanescente é matéria afeta à discricionariedade administrativa do órgão, devendo ser eleita pelos gestores competentes, mediante motivação expressa.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Decorrente o contrato administrativo de processo licitatório e sendo o ajuste objeto de rescisão, a legislação faculta à Administração dar continuidade à execução dos serviços a partir da contratação de outro licitante, respeitada a ordem de classificação e observados os demais requisitos aplicáveis a essa hipótese de contratação direta.

Essa previsão consta no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993, bem como no art. 90, §7º, da Lei nº 14.133, de 2021. Veja-se:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
>
> *(...)*
>
> *XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em conseqüência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;*
>
> *Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.*
>
> *(...)*
>
> *§ 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.*

Assim, caberá ao gestor, diante do caso concreto, avaliar se utilizará essa hipótese de licitação dispensável ou se realizará novo certame para a celebração do contrato, considerando, entre outros aspectos, a vantajosidade da medida, assim como o eventual risco para a continuidade do serviço.

Nessa Perspectiva, conclui-se que, na hipótese do contrato original ter sido objeto de rescisão, a escolha entre a realização de nova licitação ou a convocação dos licitantes classificados no último pregão para contratação direta do objeto remanescente é matéria afeta à discricionariedade administrativa do órgão, devendo ser eleita pelos gestores competentes, mediante motivação expressa.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00868/2022/LM/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 25052.001004/2022-44

PERGUNTA P38: No bojo do processo administrativo sancionatório, a comunicação processual, frustrada a tentativa de notificação da empresa via postal, pode ser realizada, desde já, por meio de edital ou antes deve-se buscar outros meios de realizar a notificação? Neste caso, quais os meios mais adequados?

RESPOSTA: No âmbito do processo administrativo sancionatório não é possível realizar a citação por edital antes de esgotados os meios que resultem em certeza real da comunicação processual, conforme jurisprudência do TCU e do STJ, sob pena de nulidade do ato processual. Ademais, deve-se juntar os documentos comprobatórios das tentativas de comunicação e utilizar a citação por edital nos moldes previstos em lei, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A aplicação de sanções deve observar os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa, que garantem a todos o direito a um processo com as etapas previstas em lei.

Ao disciplinar o processo administrativo, o legislador ordinário positivou parâmetros mais precisos, cuidadosamente descritos no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999:

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
>
> *VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;*
>
> *IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*
>
> *X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;*

Com o objetivo de que a contratada tome ciência da instauração do procedimento e, para possibilitar o acompanhamento do processo administrativo, em obediência ao art. 5º, LV da CF, de 1988, em se tratando de pessoa jurídica, a notificação deve ser dirigida ao responsável pela representação da empresa, no caso, quem for designado no respectivo contrato social, ou, não o designando, por seus diretores e sócios.

Importante salientar que a notificação deve conter as seguintes informações:

> *a) Identificação da licitante ou contratada e do órgão;*
>
> *b) Indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes;*
>
> *c) Prazo para manifestação do intimado;*
>
> *d) Indicação do número do processo e menção expressa quanto à possibilidade de obtenção de cópia ou vista, com descrição do local e dos procedimentos necessários;*
>
> *e) As cláusulas contratuais e/ou legais infringidas e as sanções em tese cabíveis, nos termos da Lei 8.666, de 1993 e/ou Lei 10.520, de 2002, conforme o caso; e*
>
> *f) Indicação expressa da possibilidade de produção de provas pela interessada.*

Quanto a forma de intimação, a Lei nº 9.784, de 1999, no art. 26, §3º, §4º e §5º, reza que a intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado, sendo que no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

O Superior Tribunal de Justiça entende como nula a citação por edital realizada em processo administrativo quando não foram esgotadas as outras formas de citação pessoal, como se observa da ementa do julgado adiante colacionado:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. PROCESSO DE REVISÃO DE ANISTIA DE MILITAR. CABO DA AERONÁUTICA. MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO APROVADO PELO STF EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 839. NOTIFICAÇÃO POR EDITAL. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE RECONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA.*

RESTABELECIMENTO DA CONDIÇÃO DE ANISTIADO DO EX-MILITAR. 1. Caso em que se discute a validade de ato administrativo ministerial que determinou a anulação de anterior portaria, por meio da qual se havia declarado a condição de anistiado político do impetrante, ex-cabo da Aeronáutica. 2. Ao apreciar o Tema 839, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal aprovou o seguinte enunciado: "No exercício do seu poder de autotutela, poderá a Administração Pública rever os atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica com fundamento na Portaria nº 1.104/1964, quando se comprovar a ausência de ato com motivação exclusivamente política, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal e a não devolução das verbas já recebidas". 3. A Administração Pública não é obrigada a revisar as anistias. Porém, caso o faça, a revisão estará condicionada, dentre outras exigências, à observância de regular procedimento administrativo, em que sejam asseguradas ao administrado as garantias inerentes ao devido processo legal, como deflui, com primazia, do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. 4. A validade do processo administrativo é constitucionalmente vinculada à rigorosa observação do princípio da ampla defesa "com os meios e recursos a ela inerentes". Inteligência do disposto no art. 5º, LV, da Carta Republicana. Ao disciplinar, no âmbito do processo administrativo, a incidência do princípio da ampla defesa e "dos meios e recursos a ela inerentes", o legislador ordinário positivou parâmetros mais precisos, cuidadosamente descritos no art. 2º, parágrafo único, da Lei do Processo Administrativo Federal – LPA (Lei n. 9.784/1999), os quais não foram fixados para conveniência, ou comodidade, da Administração. Antes, privilegiaram a garantia dos direitos dos administrados, razão pela qual a notificação que não chega ao conhecimento do cidadão intimado não cumpre, em linha de princípio, a sua função constitucionalmente prevista. Assim, a intimação por via postal só pode ser tida como meio idôneo se alcançar o fim a que se destina: dar, ao interessado, inequívoca ciência da decisão ou da efetivação de diligências (Lei n. 9.784/199, art. 26). 5. Nas hipóteses em que a tentativa de entrega da notificação pelos Correios é frustrada, cabe à Administração buscar outro meio idôneo para provar, nos autos, "a certeza da ciência do interessado", reservando-se a publicação oficial, nos termos da lei, tão somente às hipóteses de: a) interessado indeterminado; b) interessado desconhecido; ou c) interessado com domicílio indefinido. 6. Ordem concedida para anular a notificação feita por edital, bem como todos os atos que lhe seguiram nos autos do processo administrativo correspondente. (MS 27.227/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 09/11/2021)

O esgotamento das tentativas de citação pessoal deve ser demonstrado nos autos mediante a juntada de documentos comprobatórios dessas tentativas.

Nessa perspectiva, conclui-se que, no âmbito do processo administrativo sancionatório não é possível realizar a citação por edital antes de esgotados os meios que resultem em certeza real da comunicação processual, conforme jurisprudência do TCU e do STJ, sob pena de nulidade do ato processual. Ademais, deve-se juntar os documentos comprobatórios das tentativas de comunicação e utilizar a citação por edital nos moldes previstos em lei, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00143/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 00592.000429/2020-36

PERGUNTA P39: É possível aplicar as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, aos contratos administrativos decorrentes da modalidade pregão?

RESPOSTA: A aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993, que é expressamente determinada pelo art. 9º da Lei n. 10.520, de 2002, admite que o art. 7º da Lei do Pregão seja integrado pelo art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, por ausência de incompatibilidade entre as disposições, e porque a previsão legal da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se efetiva "sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais", observada a proporcionalidade, a razoabilidade e a necessária equivalência entre o grau de reprovabilidade da infração e a dosimetria das respectivas admoestações, o que deve ser avaliado a partir das circunstâncias que são próprias de cada caso concreto, sempre sob o pálio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Sobre o tema, dispuseram as Informações n. 00002/2023/CGGP/DECOR/CGU/AGU da Coordenação-Geral de Gestão Pública da Consultoria-Geral da União, aprovadas pelos Despachos 00091/2023/GAB/DECOR/CGU/AGU, 00092/2023/GAB/DECOR/CGU/AGU, e 00036/2023/SGPP/CGU/AGU, este do Exmo. Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas (NUP 00405.058796/2022-51, seq. 12 a 15) no sentido de que a melhor exegese a respeito dos arts. 7º e 9º da Lei n. 10.520, de 2002, é justamente aquela que se coaduna com o caráter especial da Lei do Pregão, e que não exclui a incidência da Lei n. 8.666, de 1993, naquilo que lhe for compatível.

Na espécie, o próprio art. 7° da Lei do Pregão disciplina que a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se aplica "sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e da incidência das demais cominações legais". A própria literalidade do dispositivo evidencia, pois, que o legislador não traz uma norma incompatível ou inconciliável com as sanções administrativas de que cuida a Lei n. 8.666, de 1993, nem tampouco a norma esgota o rol de sanções incidentes nessa modalidade, uma vez que disciplina de forma assertiva e cristalina a aplicação de outras sanções previstas em lei, indicando em seu art. 9° a integração da norma especial pela Lei n. 8.666, de 1993.

Diante das peculiaridades especiais que consubstanciam o procedimento licitatório na modalidade pregão, notadamente a inversão das fases de habilitação e de julgamento de propostas, o legislador ordinário entendeu necessária a criação de uma sanção específica para essa modalidade licitatória, de maneira a desencorajar e reprimir que licitantes descompromissados com a Administração tumultuem o andamento dos certames e a competitividade mediante apresentação de propostas inexequíveis ou em condições incompatíveis com a regular execução do contrato.

Este especial aspecto é relevante e determinante para fixar a melhor interpretação do art. 7° e art. 9° da Lei do Pregão, e se confirma, inclusive e especialmente, a partir de atenta leitura das hipóteses típicas em que o legislador ordinário admitiu a incidência da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos, quais sejam: "Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal".

Atenta leitura desta primeira parte do 7° da Lei n. 10.520, de 2002, revela, quiçá explicitamente, que a inspiração ou o móvel do legislador para criar essa penalidade específica do pregão decorre justamente das peculiaridades procedimentais dessa modalidade, relacionadas à inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas de preço, que é própria dessa modalidade licitatória e a diferencia das modalidades tradicionais de que cuida a Lei n. 8.666, de 1993, de maneira a impedir que licitantes irresponsavelmente comprometam a sadia competividade entre os reais concorrentes ou celebrem os contratos com preços inexequíveis ou sem suporte operacional suficiente para sua regular execução.

Esta sanção especial prevista no art. 7° da Lei do Pregão não se revela, pois, incompatível ou incongruente com as sanções da Lei n. 8.666, de 1993, pelo contrário, representa uma penalidade distinta, especial, que se adiciona às sanções previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos

Administrativos, pois foi prevista "sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e da incidência das demais cominações legais", assim, não incide nas modalidades licitatórias tradicionais justamente por inspirar-se na inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas de preço que é própria da modalidade pregão, sendo, desta maneira, plenamente compatível com as demais sanções previstas na Lei n. 8.666, de 1993.

A interpretação literal e sistemática da expressão "sem prejuízo", que consta na parte final do art. 7º da Lei do Pregão, corrobora inequivocamente que a sanção denominada de "impedimento de licitar e contratar" com a União pelo prazo de até cinco anos não exaure as sanções administrativas cabíveis na modalidade pregão, mas se adiciona, ou se acomoda junto às multas e a todas as demais penalidades legais previstas no edital e no contrato, fundadas na Lei n. 8.666, de 1993.

Extrai-se dos fundamentos do voto do Ministro Gurgel de Faria (REsp 1603019) o entendimento no sentido de que a parte final do art. 7º da Lei n. 10.520, de 2002, até admitiria a incidência de outras sanções, desde que também previstas em leis especiais, pois segundo o eminente Ministro "a interpretação que deve ser conferida à expressão é no sentido de que a lei até admite que as sanções previstas no art. 7º se somem a outras previstas (ou que venham a ser previstas) no ordenamento jurídico, mas somente àquelas que forem veiculadas por normas de mesma natureza (especial)". Eis a ementa do julgamento:

> *ADMINISTRATIVO. PREGÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LEI ESPECIAL. SANÇÕES PRÓPRIAS. OBSERVÂNCIA.*
>
> *1. As normas de aplicação subsidiária figuram como comandos de reserva, que só podem ser aplicadas quando a legislação especial não disciplinar, diretamente, a questão.*
>
> *2. A expressão "sem prejuízo [...] das demais cominações legais", constante do art. 7º da Lei n. 10.520/2002, deve guardar congruência com a premissa acima citada e com a norma do art. 9º da mesma lei, em função da intepretação sistemática, de modo que, nas "demais cominações legais" não estão abrangidas, portanto, aquelas subsidiariamente previstas na lei geral de licitações.*
>
> *3. Hipótese em que a norma do art. 87, IV, da Lei n. 8.666/1993, que prevê a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública, não poderia ser aplicada em caráter subsidiário, porque a própria lei que disciplina o pregão previa sanção própria e especial (art. 7º da Lei n. 10.520/2002) para as irregularidades supostamente praticadas pela parte recorrente, dispensando a necessidade de se buscar, em outra*

fonte normativa, a penalidade a ser infligida.

4. Recurso especial provido.

A tese, respeitosamente, aparenta possuir uma contradição interna que parece esvaziar a utilidade ou serventia da expressão "sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e da incidência das demais cominações legais". Ora, caso haja uma lei especial disciplinando novas sanções administrativas no regime jurídico dos contratos administrativos ela incidirá apenas e tão somente para os casos específicos que disciplina, ou seja, a exemplo do que acontece com a penalidade de impedimento de licitar e contratar pelo prazo de até cinco anos, prevista na Lei do Pregão e não incidente nas demais modalidades licitatórias tradicionais da Lei nº 8.666, de 1993, fazer prevalecer o entendimento de que esse trecho final do art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, pode ser colmatado por outra norma especial, além de parecer contrário à própria abrangência da norma especial conjecturada, viola o art. 9º da Lei do Pregão, que determina sua integração pela Lei nº 8.666, de 1993, e não por outra lei especial.

Respeitosamente (reitere-se) parece inexorável concluir que a tese que admite a incidência de outras penalidades administrativas na modalidade pregão, desde que previstas em outras leis especiais, nega vigência ao art. 9º da Lei do Pregão e torna desprovido de qualquer serventia o derradeiro trecho do seu art. 7º.

A respeito da matéria, conforme leciona Carlos Maximiliano, a hermenêutica possui como vetor interpretativo a máxima de conferir efetiva utilidade às disposições legais, ou de evitar-se interpretação que torne nula, inútil ou desprovida de qualquer serventia determinada disposição legal:

> *307 – Verba cum effectu, sunt accipienda: "Não se presumem, na lei, palavras inúteis." Literalmente: "Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia." As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos e inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são leis entre as partes. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas previsões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma. (...) Presume-se que o estipulante, ou as partes, não pretenderam um absurdo, nem*

> *convieram tampouco em um ato, ou cláusula, sem efeito prático ou juridicamente nulos. Prefere-se a inteligência que torna eficazes e acordes com o bom-senso as disposições duvidosas e, portanto, válido o testamento, exequível a obrigação. Em resumo: se de uma exegese resulta nulo ou praticamente inútil o ato, ao todo ou em parte, e de outra - não, adota-se a última. (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense,2010, p. 204 e 283/284)*

A Lei do Pregão sequer disciplina por si e de forma exauriente todos os procedimentos da modalidade licitatória pregão, cabendo ao exegeta aplicar a Lei n. 8.666, de 1993, para colmatar as lacunas e naquilo que for compatível ou não for afastado pelas disposições especiais da Lei do Pregão, nesses termos, a exegese que exclui, por exemplo, a possibilidade jurídica da aplicação da penalidade "advertência" no âmbito do pregão, notadamente nas hipóteses em que a infração é de menor gravidade, além de não observar a melhor exegese dos arts. 7° e 9° da Lei do Pregão, parece violar os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, ensejando desnecessariamente a aplicação de penalidade mais severa para reprimir e prevenir infrações de menor repercussão.

Em igual sentido, impedir a aplicação da penalidade de "declaração de inidoneidade de licitar e contratar", de que cuida o inciso VI do art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, na modalidade pregão também se revela exegese inconciliável com os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a Lei do Pregão é omissa quanto aos cenários de repercussão mais grave, o que igualmente ensejaria aplicação de penalidade desproporcional e menos severa do que demanda a equitativa repressão correspondente à gravidade da infração cometida e sua repercussão.

O art. 58, inciso IV, o art. 55, inciso II, e o art. 87, todos da Lei n° 8.666, de 1993, disciplinam que a Administração Pública possui, no âmbito do regime jurídico dos contratos administrativos, prerrogativas que lhe são próprias, decorrentes da supremacia do interesse público sobre o particular, incluindo, dentre essas cláusulas extravagantes ou exorbitantes ao direito comum, a possibilidade de aplicar sanções administrativas ao contratado nas hipóteses de inexecução, execução parcial ou atraso no cumprimento das obrigações pactuadas, sempre sob o pálio do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa.

São previstas na Lei n° 8.666, de 1993, as penalidades de advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública; cabendo ao gestor competente, observados os preceitos da razoabilidade, da proporcionalidade, e os parâmetros fixados no instrumento convocatório e no contrato administrativo, aplicar a penalidade proporcional à reprovabilidade da infração contratual cometida, na esteira do que

disciplina o inciso VI do parágrafo único do art. 2° da Lei n° 9.784, de 1999, segundo o qual a Administração, dentre outros preceitos, rege-se pela «legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência", devendo, inclusive, primar pela estrita "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

Na esteira da melhor exegese a respeito da matéria, na modalidade Pregão, além das espécies de sanção previstas na Lei n. 8.666, de 1993, aplica-se a penalidade de impedimento de participar de licitação e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos, sendo que essa sanção também deve observar os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, de maneira que incide na medida em que a gravidade da infração for compatível com sua aplicação.

Cabe ao gestor competente, a partir das circunstâncias que são peculiares de cada caso concreto, e sob o pálio do devido processo legal, aplicar a penalidade que represente a reprimenda adequada, necessária e proporcional para coibir e punir a infração cometida pelo contratado, na exata medida de sua reprovabilidade, observadas as cláusulas editalícias e contratuais, o contraditório e a ampla defesa.

O entendimento ora advogado mostra-se, pois, o único consentâneo com a exegese sistemática e literal das normas em exame, e não implica qualquer condescendência, tolerância ou admissão de tratamento desproporcional, favorecido, ou privilegiado em relação aos contratados, ensejando, na verdade, a estrita observância dos preceitos da reserva legal, da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, e da equivalência entre o grau de reprovabilidade da infração e a dosimetria das respectivas admoestações.

Merece, pois, prevalecer a exegese sistemática de que, no âmbito do Pregão, o art. 7° da Lei n. 10.520, de 2002, não afasta a incidência dos arts. 86, 87, e 88 da Lei n. 8.666, de 1993, tudo, inclusive, para permitir e conferir a devida proporcionalidade ao poder sancionatório do Estado, resguardando que as infrações contratuais sejam reprimidas com o rigor que é compatível com a dosimetria de sua reprovabilidade, e por ser essa interpretação a que melhor se coaduna com o preceito da supremacia do interesse público em face das aspirações particulares, uma vez que as cláusulas exorbitantes ao direito comum que compõem o regime jurídico dos contratos administrativos são decorrentes desse princípio, por conseguinte o mister exegético de integrar o art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, com os arts. 7° e 9° da Lei n. 10.520, de 2002, consubstancia a própria prerrogativa de aplicar sanções como poder-dever estatal que concretiza e protege o interesse público que é perseguido pela regular execução dos

contratos celebrados pela Administração.

Portanto, no âmbito do pregão, podem ser aplicadas as penalidades de que cuida o art. 86 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o art. 7º da Lei n. 10.520, de 2002, observadas as prescrições do instrumento convocatório e as cláusulas contratais correspondentes, cabendo ao gestor avaliar as circunstâncias e consequências gravosas que são próprias de cada caso para então mensurar equitativamente a penalidade aplicável para repreender a infração. Consequentemente, caso o gestor avalie, por exemplo, que o caso concreto apresenta elementos de crime, ou de atos de improbidade administrativa, que indiquem que a contratada não reúne idoneidade para contratar com toda a Administração Pública, poderá propor ao Ministro de Estado competente (§ 3º do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993) a aplicação da penalidade de que cuida o inciso IV do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

E, em igual sentido, nos casos em que a infração contratual seja de um grau de reprovabilidade relevante, que gere, por exemplo, comprometimento do planejamento do órgão contratante, mas não haja elementos indicativos de que a contratada esteja inapta a celebrar contratos perante entes subnacionais ou outros órgãos ou entidades da Administração Pública, a aplicação da penalidade de suspensão temporária de que cuida o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, pode se revelar a reprimenda adequada para punir a infração contratual cometida, sempre sob o pálio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, e especificamente para a modalidade pregão, encontra-se a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos, representando sanção mais severa que a pena de suspensão temporária de que de que cuida o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e menos gravosa do que a sanção de declaração de inidoneidade prevista no inciso IV do referido dispositivo legal.

Observa-se, pois, que a melhor exegese a respeito da matéria relacionada à incidência dos arts. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, na modalidade pregão também se extrai da necessária dosimetria das sanções, e da temperança que deve conduzir a atuação da Administração, na forma do inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, uma vez que o preceito geral da adequação entre os meios e fins determina que as penalidades não devem extrapolar a medida necessária para repressão do ilícito, nem tampouco representar reprimenda aquém dos limites da reprovabilidade da infração contratual cometida.

Sobre a matéria, segue elucidativo trecho do voto do Ministro Bruno Dantas, Relator do Acórdão 2530/2015 – Plenário do Tribunal de Contas da União:

6. A questão da abrangência das penalidades previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993 e no art. 7º da Lei 10.520/2002 está atualmente pacificada nesta Corte. Questão idêntica foi recentemente discutida no Acórdão 2081/2014-TCU-Plenário, relatado pelo Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

7. Naquela ocasião, assim como nesta, restou assente que inexiste paralelismo de entendimento entre os dispositivos. Os dispositivos estão inseridos em leis diferentes e tratam do assunto dando tratamento diferenciado em cada situação.

8. No meu entender, a Lei 10.520/2002 criou mais uma sanção que pode integrar-se às previstas na Lei 8.666/1993. Se pode haver integração, não há antinomia. A meu ver, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993).

9. Tal entendimento possui amparo em diversas deliberações apontadas pelo Acórdão 2081/2014-TCU-Plenário e pela unidade instrutiva, como, por exemplo, os Acórdãos 3.243/2012, 3.439/2012, 3.465/2012, 408/2013, 739/2013, 842/2013, 1.006/2013, 1.017/2013, 2.073/2013, 2.242/2013, 2.556/2013 e 1.457/2014, todos do Plenário.

10. Verifica-se, então, que as alegações apresentadas na representação foram analisadas pela unidade técnica na instrução de mérito e adotadas pelo Relator e pelo Colegiado no Acórdão 1835/2015-TCU-Plenário, não caracterizando qualquer contradição o fato de não terem sido adotadas as teses e interpretações preferidas pela embargante.

Em sentido homólogo, segue elucidativo trecho do voto do Ministro Relator Augusto Sherman proferido no Acórdão n. 2.081/2014 – Plenário da Corte de Contas, que ao discorrer sobre a abrangência da penalidade da Lei do Pregão, admite nessa modalidade a incidência de penalidades previstas na Lei n. 8.666, de 1993, como a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração pelo prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 87, inciso III):

Sobre o assunto, o posicionamento doutrinário majoritário – ao qual me alinho – é que a punição pautada na Lei do Pregão aplica-se para toda o ente federativo aplicador da sanção. Cito, como exemplo, o entendimento de Marçal Justen Filho (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.193):

A utilização da preposição 'ou' indica disjunção, alternatividade. Isso significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção. Logo, e considerando o enfoque mais tradicional adotado a propósito da sistemática da Lei n. 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste em suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal.

No mesmo entendimento, Joel Menezes Niebuhr argumenta (Pregão presencial e eletrônico. 4ª ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 257):

Perceba-se que o legislador, ao dispor da amplitude das sanções administrativas, utilizou a conjunção alternativa 'ou', o que significa que o impedimento de contratar abrange apenas ao ente federativo que aplicou a penalidade, sem estender-se aos demais. Noutras palavras, empresa impedida de participar de licitação pela União, pode participar, livremente, de licitações nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Desembargador Jessé Torres e a professora Marinês Restelatto também discorrem sobre o tema (Responsabilidade do contratado na administração de compras, serviços e obras. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano11, n.122, fev. 2012):

"Os efeitos da sanção de impedimento prevista no art. 7º da lei acima citada são restritos à órbita interna do ente federativo a que pertence o órgão ou a entidade sancionadora. Ilustra-se:

A aplicação de sanção de impedimento por órgão ou entidade da Administração Pública federal, com supedâneo no art. 7º, torna o licitante ou o contratado impedido de licitar e contratar com a União, o que quer dizer: impedido de licitar e contratar com todos os seus órgãos respectivamente subordinados, bem como com as entidades vinculadas, nomeadamente, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além do descredenciamento do licitante ou do contratado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF). O licitante ou contratado impedido, nessas condições, não estará proibido de participar de licitações e contratar com órgãos e entidades da Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal.

A utilização da conjunção "ou" no texto do art. 7º indica alternatividade, o que fundamenta a interpretação de que a punição deva ter seus efeitos restritos à órbita interna do ente federativo em que a sanção foi aplicada.

O elemento histórico fortalece essa compreensão. É que a referência, no dispositivo, a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) deve-se ao fato de que a Lei nº 10.520/02, quando convertida de Medida Provisória em lei ordinária, já estava corretamente adaptada à competência legislativa geral estatuída pelo art. 22, XXVII, da Constituição Republicana de 1988. Tal adaptação corrigiu o equívoco original, quando a modalidade fora criada por Medida Provisória, com a pretensão de regrar apenas contratações federais. Visite-se, a respeito, o texto do art. 7º da Medida Provisória nº 2.026/2000, verbis: "Quem fizer declaração falsa ou deixar de apresentar a documentação exigida para o certame ficará impedido de contratar com a União, e, se for o caso, será descredenciado no SICAF, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e das demais cominações legais".

O TCU, identicamente, tem ajuizado mesma amplitude na avaliação das sanções baseadas na Lei 10.520/2002, como no Acórdão 2242/2013-TCU-Plenário:

"9.3. dar ciência ao Serpro/SP, relativamente aos subitens 2.2.2 e 2.2.4 do edital do Pregão Eletrônico 1.317/2013, de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade sancionador, enquanto a prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 produz efeitos apenas no âmbito interno do ente federativo que a aplicar;"

Igual juízo extrai-se dos Acórdãos 653/2008, 739/2013, 1.006/2013 e 1.017/2013, todos do Plenário.

Em resumo, forçoso se faz concluir que o art. 7º da Lei n. 10.520, de 2002, não esgota ou exaure todas as possibilidades de sanção que são próprias do regime jurídico dos contratos administrativos e das cláusulas exorbitantes ao direito comum que os conformam, de maneira que a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993, que é expressamente determinada pelo art. 9º da Lei n. 10.520, de 2002, admite que o art. 7º da Lei n. 10.520, de 2002, seja integrado pelo art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, até mesmo porque a previsão legal da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se efetiva, por expressa determinação legal, "sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais", observada a proporcionalidade, a razoabilidade e a necessária equivalência entre o grau de reprovabilidade da infração e a dosimetria das respectivas admoestações, o que deve ser avaliado a partir das circunstâncias que são próprias de cada caso concreto, e sob o pálio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nessa perspectiva, conclui-se que, no regular exercício das atribuições regulamentares relacionadas à uniformização da jurisprudência

administrativa conferidas pelo art. 39 do Anexo I do Decreto n° 11.328, de 2023, deve-se aplicar o seguinte entendimento:

> *[...]*
>
> *d) A melhor exegese a respeito do art. 9° da Lei n. 10.520, de 2002, é no sentido de que a modalidade pregão é regida pela Lei n. 8.666, de 1993, especificamente naquilo que a Lei n. 10.520, de 2002, não dispuser em sentido diverso ou contrário, ou seja, a Lei do Pregão é norma especial em relação à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, de maneira que essa específica modalidade licitatória deve observar o disposto na Lei Geral de Licitações naquilo que for compatível com a sua norma especial de regência, na medida em que haja omissão da Lei n. 10.520, de 2002, e naquilo que suas disposições sejam congruentes ou conciliáveis com a integração pela Lei n. 8.666, de 1993;*
>
> *e) Sobre os arts. 7° e 9° da Lei n. 10.520, de 2002, deve prevalecer a interpretação que se coaduna com o caráter especial da Lei do Pregão, e que não exclui a incidência do art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, naquilo que lhe for compatível, pois o próprio art. 7° da Lei do Pregão disciplina que a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se aplica "sem prejuízo das multas previstas no edital e no contrato e da incidência das demais cominações legais". A literalidade do dispositivo evidencia, pois, que o legislador não traz uma norma incompatível ou inconciliável com as sanções administrativas de que cuida o art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, nem tampouco a norma especial esgota o rol de sanções incidentes na modalidade pregão, uma vez que disciplina de forma assertiva e cristalina a possibilidade de aplicação de outras penalidades legais;*
>
> *f) A interpretação literal e sistemática da expressão "sem prejuízo", que consta na parte final do art. 7° da Lei do Pregão, corrobora inequivocamente que a sanção denominada "impedimento de licitar e contratar" com a União pelo prazo de até cinco anos não exaure as sanções administrativas cabíveis na modalidade pregão, mas se adiciona, ou se acomoda junto às multas e a todas as demais penalidades legais previstas no edital e no contrato com fundamento no art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, resguardando que as infrações contratuais sejam reprimidas com o rigor que é compatível com a dosimetria de sua reprovabilidade, e por ser essa interpretação a que melhor se coaduna com o preceito da supremacia do interesse público em face das aspirações particulares, uma vez que as cláusulas exorbitantes ao direito comum que compõem o regime jurídico dos contratos administrativos são decorrentes desse princípio, por conseguinte o mister exegético de integrar o art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, com os arts. 7° e 9° da Lei n. 10.520, de 2002, consubstancia a própria prerrogativa de aplicar sanções*

como poder-dever estatal que concretiza e protege o interesse público que é perseguido pela regular execução dos contratos celebrados pela Administração;

g) A aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993, que é expressamente determinada pelo art. 9º da Lei n. 10.520, de 2002, admite que o art. 7º da Lei do Pregão, seja integrado pelo art. 87 da Lei n. 8.666, de 1993, por ausência de incompatibilidade entre as disposições, e porque a previsão legal da penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até cinco anos se efetiva "sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais", observada a proporcionalidade, a razoabilidade e a necessária equivalência entre o grau de reprovabilidade da infração e a dosimetria das respectivas admoestações, o que deve ser avaliado a partir das circunstâncias que são próprias de cada caso concreto, sempre sob o pálio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: INFORMAÇÕES n. 00002/2023/CGGP/DECOR/CGU/AGU e PARECER n. 022/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 00405.058796/2022-51 e NUP 00676.001318/2022-89

PERGUNTA P40: Qual o espectro de incidência da sanção prevista no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993? Possui efeito com amplitude subjetiva ampla ou restrita? Pode-se dizer que afeta apenas o direito de licitar ou contratar em relação ao órgão sancionador?

RESPOSTA: O espectro de incidência da sanção prevista no art. 87, inc. III, já foi devidamente tratado no âmbito desta Advocacia-Geral da União, merecendo destaque o disposto no PARECER n. 00003/2021/CNLCA/CGU/AGU, da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União, consoante o qual "A suspensão temporária de licitar e contratar, prevista no inciso III do artigo 87, da Lei nº 8.666/93, possui efeito com amplitude subjetiva restrita, afetando apenas o direito de licitar ou contratar em relação ao órgão sancionador.".

A sanção prevista no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, por sua vez, possui abrangência relativa a todos os órgãos e entidades da União, em caso de sua aplicação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O tema em questão envolve especificamente a discussão jurídica acerca dos efeitos da sanção de "suspensão temporária de licitar e contratar" prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993. Vale a leitura do citado dispositivo:

> *Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*
>
> *I - advertência;*
>
> *II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*
>
> *III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;*
>
> *IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (grifo nosso)*

O sancionamento administrativo disposto pela Lei nº 8.666, de 1993 se manteve assemelhado ao que fora disposto pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, com as sanções de advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade aplicáveis às situações de inexecução total ou parcial do contrato ou na recusa à assinatura do instrumento contratual.

A "suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar", nos moldes estabelecidos pelo legislador, é uma sanção que atinge o direito do particular em participar de licitação ou mesmo em firmar contratos administrativos. Este efeito é similar ao estabelecido pela Lei nº 8.666, 1993, para a sanção denominada de "declaração de inidoneidade", embora o legislador tenha diferenciado tais sanções em relação à competência para sua aplicação, prazo e amplitude de seus efeitos.

Em uma primeira análise, tanto a suspensão quanto a inidoneidade restringem o direito de participar de licitação ou de firmar novos contratos com o Poder Público, porém, em relação à sanção administrativa descrita no inciso III do artigo 87, denominada de "suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar", é conhecida a divergência acerca da amplitude de seus efeitos.

O STJ, em vários acórdãos, tem-se posicionado pela incidência geral da penalidade «suspensão», o que impediria a participação da empresa suspensa em qualquer outro certame. Para aquele Tribunal, seria irrelevante a distinção entre os termos «Administração Pública» e «Administração», utilizados pela Lei nº 8.666, de 1993, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretariam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras com «qualquer órgão da Administração Pública. Nessa linha, vale citar os Acórdãos RMS 9707 / PR – Relatora: Ministra LAURITA VAZ – SEGUNDA TURMA – DJ 20.05.2002; REsp 151567 / RJ – Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – SEGUNDA TURMA – DJ 14.04.2003; RMS 32628/SP, Segunda Turma, DJe 14/09/2011.

Basicamente, os precedentes do STJ entendem como «irrelevante» a diferença expressamente definida pelo legislador, sem maior aprofundamento sobre as razões da referida irrelevância. Com a devida venia, embora aquele Egrégio Tribunal tenha protagonizado relevantes avanços de entendimentos jurisprudenciais sobre diversas questões envolvendo licitações e contratos, entende-se que, no que tange aos efeitos da sanção suspensão, prevista pelo inciso III o artigo 87 da Lei nº 8.666/93, sua Jurisprudência não parecer adotar o adequado lastro teórico.

A diferenciação, aparentemente de fundamentos singelos, coaduna-se com a própria assimetria de conceitos estabelecida pelo artigo 6º da Lei nº 8.666, de 1993, que define "Administração Pública" como a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (Inc. XI); diferenciando-a do conceito de "Administração", que seria entendida como órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente (Inc. XII).

Essa diferenciação também está relacionada à nuance prevista pelo legislador, pela qual a declaração de inidoneidade deve ser aplicada pelo Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal, o que pode denotar a preocupação em transferir tal penalidade, de efeitos mais amplos, para autoridades de maior hierarquia. Ademais, a diferença de amplitude em tais sanções e o tratamento mais rigoroso dado pelo legislador, reputando a suspensão como uma sanção mais leve (em relação à declaração de inidoneidade), resta inconteste ao percebermos que o artigo 97 do Estatuto Geral de Licitações apenas considera como crime admitir profissional ou empresa declarada inidônea, mas não profissional ou empresa suspensa de participar da licitação.

Com a devida venia, nos Acórdãos que tratam sobre o tema, há pouca argumentação teórica para lastrear essa interpretação que despreza a expressa diferenciação estabelecida pelo legislador. Segundo essa linha,

o STJ diverge do entendimento massivamente apresentado pela doutrina especializada. Vale citar algumas das obras que indicam posição diferente da defendida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 9ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2019.*
>
> *JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.*
>
> *PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. 1000 perguntas e respostas necessárias sobre licitações e contratos administrativos na ordem jurídica brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2017.*
>
> *NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011.*
>
> *PEDRA, Anderson. Sanções administrativas nas contratações públicas. in TORRES, Ronny Charles L. de (coord.). Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.*
>
> *GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.*

Na verdade, em nossa pesquisa, não conseguimos identificar texto doutrinário defendendo a tese sustentada pelo STJ. Embora a obra do Professor Marçal Justen filho seja indicada como referência doutrinária no REsp 151567 / RJ, o referido autor não defendia esta posição e registrou isso, inclusive, em atualizações de sua obra (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1156).

A doutrina acima citada pondera que, ao tratar da «suspensão», o legislador estabeleceu restrição ao direito de licitar e contratar em relação à "Administração"; noutro prumo, quando discorre sobre a "declaração de inidoneidade", impõe esse mesmo impedimento em relação à "Administração Pública". Vale observar que esses conceitos, usados coloquialmente como sinônimos, foram diferentemente definidos pela Lei nº 8.666, de 1993:

> *Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:*
>
> *(...)*
>
> *XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica*

de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

Assim, segundo a doutrina, o estatuto estaria estipulando que no caso da suspensão, a penalidade de impedimento deveria ter seus efeitos restritos ao órgão ou unidade Administrativa que a aplicou, o que permitiria que a empresa penalizada participasse, mesmo no prazo de dois anos, de certames realizados por outros órgãos ou entes da Administração Pública.

Tal compreensão é compartilhada pelo Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, desde outrora, firmou a primeira Câmara da Corte de Contas, que «a suspensão temporária para participar em licitações ou contratar com a administração (inc. III) deverá ficar adstrita tão-somente ao órgão, entidade ou unidade administrativa que a aplicou, não podendo lhe ser aplicado o mesmo tratamento da declaração de inidoneidade (inc. IV), sanção que veda a participação em licitações e contratações com toda a Administração Pública». Neste sentido: Decisão nº 52/99-Plenário; Decisão nº 302/2001-Plenário; Acórdão nº 1.533/2006-Plenário; TCU – Acórdão nº 538/2009, 1ª Câmara; Acórdão nº 1.727/2006, da 1ª Câmara do TCU, e o Acórdão nº 842/2005 -Plenário.

Convém registrar que, a 1ª Câmara do TCU sugeriu a revisão de tal entendimento, para acompanhar o raciocínio defendido pelo STJ, no sentido de que a vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 deveria se estender a toda a Administração direta e indireta" (TCU, Acórdão n.º 2218/2011, 1ª Câmara).

Contudo, o TCU, reiteradamente, tem mantido o entendimento tradicional, corroborado pela ampla doutrina, pacificando a Jurisprudência do Tribunal no sentido de que o impedimento de participar de certame em razão de sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666, de 1993, limita-se às empresas apenadas pela entidade que realiza o certame. Nessa linha: Acórdão nº 3439/2012-Plenário; Acórdão 2556/2013-Plenário; Acórdão 266/2019 Plenário e Acórdão 1757/2020 Plenário.

O Egrégio Tribunal de Contas da União, importa reiterar, pacificou o seu entendimento sobre o tema, firmando o raciocínio de que:

A sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou (Acórdão 1017/2013-Plenário, TC 046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 24.4.2013).

> *As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram. (Comunicação de Cautelar, TC-046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 6.2.2013.)*

Vale salientar, o TCU tem exigido que o edital deixe claro que a restrição decorrente da sanção suspensão atinge apenas o fornecedor sancionado pelo próprio órgão ou entidade licitante. Segundo o Tribunal, o edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666, de 1993, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.

Essa correta posição do TCU se posta na defesa da expressa diferenciação estabelecida pelo legislador, no apoio à concepção de que no Estado Democrático de Direito a restrição a Direitos, por parte de Atos Administrativos, submetem-se ao princípio da legalidade estrita e não devem, a priori, ser interpretados de forma ampliativa, e também no apoio à competitividade, que pode ser prejudicada pela demasiada ampliação dos efeitos restritivos da sanção de suspensão de licitar, ao arrepio do texto legal.

Como é cediço, a Advocacia-Geral da União (AGU) adota entendimento semelhante, compreendendo que a sanção de suspensão de licitar, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, possui efeito com amplitude subjetiva restrita, afetando apenas o direito de licitar ou contratar em relação ao órgão sancionador.

Nesse sentido, vale registrar as seguintes manifestações:

> *Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES. CONTRATOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. SUSPENSÃO DE LICITAR E CONTRATAR. DIVERGÊNCIA EXISTENTE. EFEITOS RESTRITOS. A suspensão temporária de licitar e contratar, prevista no inciso III do artigo 87, da Lei nº 8.666/93, possui efeito com amplitude subjetiva restrita, afetando apenas o direito de licitar ou contratar em relação ao órgão sancionador (AGU. Parecer nº 02/2013/GT Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012, aprovado pelo Consultor-Geral da União).*
>
> *EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. PENA DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENTENDIMENTO DO TCU. ART. 87, INCISO III, DA LEI 8.666/1993. EFEITOS.*

I. À luz das definições constantes nos incisos XI e XII do art. 6º da Lei 8.666, de 1993, houve uma opção do legislador em distinguir os termos "Administração" e "Administração Pública" para fins de diferenciação entre os efeitos da pena de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar do art. 87, III, da Lei 8.666, de 1993, da pena de declaração de inidoneidade do art. 87, IV, da Lei 8.666, de 1993, razão pela qual não cabe ao intérprete ignorar essa distinção constante do texto legal, agindo de modo a tornar as disposições da Lei n. 8.666, de 1993, sem força operativa.

II. É um princípio geral do direito, e regra fundamental de hermenêutica, que as leis que estabelecem pena, limitem o livre exercício dos direitos ou contenham exceção à lei devem ser interpretadas estritamente.

III. Não cabe ampliar os efeitos do art. 87, III, da Lei 8.666, de 1993, devendo ser aplicada a pena de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar nos seus estritos termos, limitando os seus efeitos ao órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção (Parecer n. 00007/2020/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU).

(...) Ante o exposto, respondendo à consulta formulada pelo DECOR/CGU/AGU, entende-se que os efeitos da pena de suspensão de contratar com a Administração prevista no inciso III do art. 87, da Lei 8666, de 1993, restringem-se ao órgão, entidade ou unidade administrativa que aplicou a sanção (Parecer SEI nº 19177/2020/ME).

Esta mesma linha é adotada expressamente pela normatização federal há anos. A Instrução Normativa nº 03/2018, que regulamenta o SICAF, no §1º de seu artigo 34, adota o entendimento defendido pelo TCU e pela AGU, no sentido de que a restrição gerada pela sanção suspensão ocorre apenas "no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção".

Art. 34. São sanções passíveis de registro no Sicaf, além de outras que a lei possa prever:

I - advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso I, do art. 83 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o art. 86 e o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso II do art. 83 da Lei nº 13.303, de 2016;

III - suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, e o inciso III do art. 83 da Lei nº 13.303, de 2016;

IV - declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V - impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III do caput impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

Diante da necessidade de utilização de proporcionalidade na aplicação da penalidade e a pouca coerção, na prática, conseguida tão somente pela aplicação da advertência e multa contratual, a aplicação de efeitos mais restritos à sanção de suspensão é a interpretação mais correta, permitindo que a sanção restritiva seja aplicada em inexecuções parciais que, embora não tão absurdas, mereçam repúdio proporcional pela Administração, que não seria alcançado pela multa ou advertência e, provavelmente, seria extrapolado com a restrição por mais de dois anos e com todos os órgãos e entidades da Administração Pública.

Por outro lado, isso não impede que atitudes acintosas de inexecução restem impunes, pois, para elas, seria possível a aplicação da «declaração de inidoneidade», de efeitos restritivos mais amplos, impedindo a participação de licitações ou contratação com toda a Administração Pública.

Essa amplitude mais restrita aos efeitos da sanção suspensão de licitar foram, inclusive, expressamente definidos pela Lei nº 13.303, de 2016 (Lei das estatais), que adotou expressamente a posição defendida pela doutrina, TCU e AGU.

É fundamental ressaltar que estamos tratando aqui de sanções administrativas, restritivas de direitos. Aumentar a amplitude dos efeitos da sanção, mesmo que baseados em valores legítimos (como a moralidade), atenta flagrantemente contra fundamentos do Estado de Direito que impuseram ao aparelho estatal a legalidade estrita. Mesmo diante da evolução que o conceito de legalidade tem demonstrado, perfazendo-se em juridicidade, importante que a legitimação da atividade administrativa restritiva de direitos seja fulcrada na Lei.

Assim, com a devida venia, as restrições a direitos por ato estatal deve ser vista como excepcional e dependente de amparo legal. Nessa linha, Diogo de Freitas Amaral, ao avaliar a natureza e âmbito do princípio da legalidade, lembra a distinção feita pela doutrina alemã, entre administração agressiva e administração constitutiva. Segundo o autor, a "Administração constitutiva" se verificaria quando a administração constitui direitos, vantagens, presta serviços, atua em prestações positivas;

noutro prumo, a "administração agressiva" seria identificada nas ações administrativas que agredissem direitos e interesses dos particulares, sua esfera jurídica. Assim, tem-se defendido que a formulação moderna do princípio da legalidade (juridicidade) impõe a legalidade estrita, quando a administração agride a esfera de direitos dos particulares; ou seja, em relação às atividades administrativas que agrediam a esfera jurídica dos particulares, como se dá na aplicação de sanções restritivas, haveria necessária dupla vinculação à legalidade (AMARAL, Diogo de Freitas. Curso de Direito Administrativo. Vol. II. 3ª edição. Lisboa: Almedina, 2016. p. 51).

Em linha semelhante, Hartmut Maurer prescreve que as intervenções na liberdade e na propriedade devem se apoiar, em todo o caso, sobre fundamento legal. Segundo o autor, os poderes de intervenção da Administração, no que se refere a conteúdo, objeto, finalidade e alcance devem estar suficientemente definidas e delimitada pela lei, de modo que as correspondentes limitações sejam previsíveis e calculáveis (MAURER, Hartmut. Derecho Administrativo: parte general. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 155/156).

A amplitude dos efeitos restritivos da sanção administrativa deve ser definida pelo legislador, não sendo adequada a adoção de valores abstratos como a moralidade para a expansão desses efeitos restritivos, em contrariedade à própria Lei. Assim, por exemplo, embora pareça «imoral» que uma empresa com 80 advertências aplicadas e 50 multas aplicadas e não pagas continue participando de licitações, não existirá fundamento legal para que a Administração restrinja automaticamente o direito desta empresa de participar de licitações. Da mesma forma, a moralidade não pode servir ao desprezo da amplitude restrita definida pelo legislador.

Nessa perspectiva, conclui-se que o entendimento definido desde outrora pela Consultoria-Geral da União deve ser mantido, de maneira que a amplitude dos efeitos restritivos da sanção suspensão temporária, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666, de 1993, deve alcançar apenas o direito do fornecedor de participar das licitações ou contratações do órgão ou da entidade que a aplicou (abrangência subjetiva).

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00003/2021/CNLCA/CGU/AGU e PARECER n. 022/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP 08015.000312/2020-18 e **NUP** 00676.001318/2022-89

PERGUNTA P41: Em se tratando de órgãos compostos, a exemplo do que ocorre com as Forças Armadas e com a Polícia Federal, como deve ser tratada a questão atinente ao espectro de incidência da sanção prevista no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993?

RESPOSTA: Órgãos compostos são órgãos onde ocorre a desconcentração de suas atividades para outros órgãos subordinados hierarquicamente, órgãos com subdivisões internas, constituídos, portanto, por vários outros.

Nessa hipótese, de órgãos compostos, respeitando a amplitude restrita definida pelo legislador para a sanção de suspensão de licitar e contratar, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, quando uma unidade de um órgão composto, aplica uma sanção de suspensão de licitar e contratar, a restrição é aplicável a todas as demais unidades daquele mesmo órgão.

Assim, quando uma unidade local da Polícia Federal, sediada em Pernambuco, aplica a sanção de suspensão, a restrição pertinente aos efeitos materiais desta sanção deve valer para todos os órgãos que fazem parte do órgão composto (Departamento da Polícia Federal). Da mesma forma, quando a aplicação da sanção suspensão temporária é realizada por órgão da gerência local do INSS, sediada no Estado de São Paulo, a restrição para participar de licitação ou para ser contratado terá abrangência para todas as unidades daquela autarquia previdenciária. Perceba-se que, nas hipóteses, a abrangência subjetiva se manteve restrita ao órgão ou ente de aplicação da sanção[2].

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Questão desafiadora que envolve o debate atinente à abrangência da penalidade suspensão de contratar no âmbito das Forças Armadas.

É porque, embora o respeito ao texto legal fundamente a compreensão de que a amplitude dos efeitos restritivos gerados pela sanção de suspensão de licitar e contratar devem restar adstritos às licitações e contratações do órgão ou entidade que aplicou a sanção («Administração»), a realidade administrativa é dinâmica e multifacetada, com grandes diferenças entre os órgãos e instituições, sendo certo que diversos órgãos possuem atuação diversificada ou distribuída em diversos locais, com várias divisões, de

2 TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020. p. 955.

acordo com suas competências e especificidades de sua atuação.

Nesta feita, há entidades públicas, como autarquias, que possuem múltiplas unidades espalhadas pelo país. Da mesma forma, há órgãos que possuem unidades também espalhadas pelo país e também órgãos compostos, com divisão internas de suas competências para melhor execução de suas atribuições. Baltar Neto explica que órgãos compostos "são órgãos onde ocorre a desconcentração de suas atividades para outros órgãos subordinados hierarquicamente" (BALTAR NETO, Fernando Ferreira; e TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021). Explica o autor que assim ocorre, por exemplo, em relação à Procuradoria-Geral da União, órgão composto que envolve diversos órgãos regionais e locais (Procuradorias Regionais da União e Procuradorias da União nos estados). Na mesma linha, Juliano Heinen explica que órgãos compostos são órgãos com subdivisões internas, constituídos, portanto, por vários outros. (HEINEN, Juliano. Curso de Direito Administrativo. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 310).

Nessas hipóteses, de órgãos compostos, parece-nos possível uma interpretação que, respeitando a amplitude restrita definida pelo legislador para a sanção suspensão de licitar e contratar, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, permita maior efetividade à aplicação da referida sanção administrativa. Isso porque, quando uma unidade de um órgão composto, aplica uma sanção de suspensão de licitar e contratar, é plenamente defensável que a restrição seja aplicável a todas as demais unidades daquele mesmo órgão.

Assim, quando uma unidade local da Polícia Federal, sediada em Pernambuco, aplica a sanção suspensão, a restrição pertinente aos efeitos materiais desta sanção deve valer para todos os órgãos que fazem parte do órgão composto (Departamento da Polícia Federal). Da mesma forma, quando a aplicação da sanção suspensão temporária é realizada por órgão da gerência local do INSS, sediada no Estado de São Paulo, a restrição para participar de licitação ou para ser contratado terá abrangência para todas as unidades daquela autarquia previdenciária. Perceba-se que, nas hipóteses, a abrangência subjetiva se manteve restrita ao órgão ou ente de aplicação da sanção (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020. p. 955).

Não há, nessa hipótese interpretativa, uma ampliação dos efeitos restritivos baseada na moralidade, mas uma definição desta amplitude pela compreensão sistemática de que a abrangência subjetiva se manteve restrita ao órgão ou ente de aplicação da sanção, como determinou o legislador, mesmo possuindo este ente ou órgão diversas unidades, para o escorreito exercício de suas competências.

Com essa compreensão, mantém-se a correta interpretação consolidada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, pela Advocacia-Geral da União, pela doutrina e pela normatização federal, segundo o qual os efeitos da sanção suspensão temporária alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou, mas permite a ela a maior amplitude possível, nos limites estabelecidos pela Lei.

Contudo, na questão abordada pelo NUP 67500.007065/2019-34, pondera-se sobre a interpretação adotada pelo Tribunal de Contas da União na análise de dois casos concretos (Acórdão nº 1.956/19 - Segunda-Câmara e Acórdão nº 2.788/19 - Plenário), nos quais aquela ilustre Corte defende a extensão da eventual suspensão aplicada pelo Exército Brasileiro às licitações conduzidas pela Marinha do Brasil ou pela Aeronáutica Brasileira, com base no alegado princípio da unidade administrativa e da vinculação desses órgãos ao Ministério da Defesa.

Respeitosamente, embora compreendamos a interpretação construída pelo TCU e admitamos que ela possui a mesma intenção de, respeitando o limite definido pelo legislador, permitir a maior amplitude possível aos efeitos restritivos da sanção suspensão de licitar e contratar, parece-nos que a premissa adotada, com fundamento no princípio da unidade administrativa, é equivocada.

Se esta premissa certamente pode ser adotada em relação à transmissão dos efeitos restritivos da sanção de suspensão de licitar e contratar aplicada por uma unidade do Exército Brasileiro, em relação das licitações e contratações de todas as demais unidades do Exército Brasileiro, por outro lado, ela não parece apta a legitimar uma transmissão para unidades de outros Comandos das Forças Armadas. Isso porque são órgãos totalmente distintos, sem relação hierárquica entre eles.

No bojo do Processo NUP 67500.007065/2019-34 tivemos diversas manifestações abordando a novidade relacionada aos recentes julgados do Tribunal de Contas da União, estendendo as restrições decorrentes da sanção de suspensão de licitar e contratada, aplicada por uma unidade de um órgão militar, para todas as unidades de todos os órgãos de todas as forças de defesa (Exército, Marinha e Aeronáutica); porém, destaca-se as ponderações feitas pelo Advogado da União Marcus Monteiro Augusto, Coordenador-Geral Jurídico de Licitação, Contratos, Convênios e Parcerias da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa, através do DESPACHO n. 01943/2020/CONJUR-MD/CGU/AGU, aprovado pelo Ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Defesa, Dr. Idervânio da Silva Costa.

A referida manifestação, embora respeitando a tese sufragada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, não se omitiu em ponderar que «a novel interpretação do que seja órgão sancionador, à luz do princípio da unidade administrativa, tem, na realidade, traduzido uma interferência

indevida na esfera autônoma de cada Comando Militar, gerando transtornos à gestão dos contratos».

Realmente, estender os efeitos restritivos da sanção de suspensão de licitar aplicada por uma unidade de uma das Forças Militares a todos os órgãos das demais Forças, com supedâneo no princípio da unidade administrativa, despreza o fato de que os três Comandos (Exército, Marinha e Aeronáutica) possuem organicidade própria, nada obstante a vinculação com o Ministério da Defesa, definida pela Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999.

As Forças Armadas, por expressa disposição do artigo 142 da Constituição Federal, são «constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica». Elas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

A nomeação dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica é competência privativa do Presidente da República. Com a aprovação da Lei Complementar nº 97, de 1999, e a constituição do Ministério da Defesa como órgão de assessoramento ao Presidente da República, foi estabelecida uma relação orgânico institucional entre o referido Ministério e as Forças Militares, de maneira que, por exemplo, embora a nomeação dos respectivos Comandantes persista como competência privativa do Presidente da República, há indicação do nome pelo Ministro da Defesa.

Outrossim, a proposta orçamentária das Forças é elaborada em conjunto com o Ministério da Defesa, que a consolidará, obedecendo às prioridades estabelecidas na Estratégia Nacional de Defesa, explicitadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, mas respeitando as dotações próprias da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (Art. 12 da LC 97, de 1999).

Vê-se que há certa autonomia às instituições das Forças Armadas, de maneira que não parece admissível adotar o «princípio da unidade» como argumento abstrato para esgarçar a amplitude dos efeitos sancionatórios definidos pelo legislador, infringindo esta autonomia garantida pelo Constituinte. A criação do Ministério da Defesa não teve o condão de converter o Exército, a Marinha e a Aeronáutica em um único órgão ou instituição, motivo pelo qual é equivocada a premissa de adoção do princípio da unidade para que as sanções aplicadas pela unidade de uma das Forças se estenda às outras. Esta adoção encontra óbice no preceito constitucional que as define como instituições nacionais e permanentes, outorgando-lhe certa autonomia.

Conforme bem indicado pelo Parecer nº 00056/2020/CONJUR-MD/CGU/AGU, os Decretos federais que aprovaram as estruturas regimentais

dos Comandos Militares, tem respeitado essa autonomia dos Comandos, inclusive em relação às questões financeiras e às licitações e contratações:

> *Decreto nº 5.417, de 13 de abril de 2005*
>
> *Art. 22. Ao Conselho Financeiro e Administrativo da Marinha compete assessorar o Comandante da Marinha nos assuntos administrativo-financeiros, exercendo o mais elevado nível de controle da execução orçamentária e físico-financeira da Marinha.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 26. Ao Comandante da Marinha, além das atribuições previstas na legislação em vigor e consoante as diretrizes do Ministro de Estado da Defesa, incumbe:*
>
> *XVI - estabelecer normas relativas aos procedimentos operacionais referentes à execução de certames licitatórios e à celebração de acordos e atos administrativos, bem como autorizar sua realização, no âmbito do Comando da Marinha, observada a legislação vigente;*
>
> *Decreto nº 5.751, de 12 de abril de 2006*
>
> *Art.16. À Secretaria de Economia e Finanças compete:*
>
> *I - superintender e realizar as atividades de planejamento, acompanhamento e execução orçamentária, administração financeira e contabilidade, relativas aos recursos de qualquer natureza alocados ao Comando do Exército;*
>
> *II - efetuar o pagamento do pessoal do Comando do Exército;*
>
> *III - integrar, como órgão complementar, o Sistema de Planejamento Administrativo do Exército;*
>
> *IV - administrar o Fundo do Exército; e*
>
> *V - orientar e coordenar as atividades de registro patrimonial do Comando do Exército.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 20. Ao Comandante do Exército, além das atribuições previstas na legislação em vigor e consoante diretrizes do Ministro de Estado da Defesa, incumbe:*
>
> *XVI - estabelecer normas relativas aos procedimentos operacionais referentes à execução de certames licitatórios*

e à celebração de acordos e atos administrativos, bem como autorizar sua realização, no âmbito do Comando do Exército, observada a legislação vigente;

Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009

Art. 7º Ao Conselho Superior de Economia e Finanças da Aeronáutica compete assessorar o Comandante da Aeronáutica na formulação das diretrizes econômico-financeiras e nos assuntos relacionados com execução, orçamento, administração financeira, contabilidade e controle interno.

(...)

Art. 22. À Secretaria de Economia, Finanças e Administração da Aeronáutica compete superintender, no âmbito do Comando da Aeronáutica: I - as atividades relativas a: a) administração financeira, execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil de recursos de qualquer natureza; e b) contratos, convênios e instrumentos congêneres, operações de crédito, acordos de compensação e financiamentos internos e externos; e

(...)

Art. 23. Ao Comandante da Aeronáutica, além das atribuições previstas na legislação em vigor e consoante as diretrizes do Ministro de Estado da Defesa, incumbe:

XVI - estabelecer normas referentes à realização de certames licitatórios e à declaração de acordos e atos administrativos e não-administrativos, bem como autorizar sua realização no âmbito do Comando da Aeronáutica;

A relação administrativa entre o Ministério da Defesa e os Comandos das Forças Armadas não deve justificar a tese de aplicação do princípio da unidade, para extensão dos efeitos restritivos da sanção suspensão. Esta tese, em nosso ver, afasta-se da tese muito bem consagrada pelo próprio Tribunal de Contas da União, que prestigiou a vontade do legislador ao definir que a "sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666, de 1993 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração) tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou" (Acórdão 1017/2013-Plenário, TC 046.782/2012-5, relator Ministro Aroldo Cedraz, 24.4.2013).

Importa reiterar que, nada obstante a existência do Ministério da Defesa, o texto Constitucional consagrou evidente autonomia aos Comandos das Forças Armadas. O artigo 52 da CF, ao tratar sobre a competência privativa do Senado Federal para processamento e julgamento de crimes de responsabilidade, em seu inciso I, cita os Comandantes da

Marinha, do Exército e da Aeronáutica, destacados dos demais Ministros de Estado. Também assim, o artigo 102, na alínea "c" de seu inciso I, ao tratar sobre o Supremo Tribunal Federal, definiu sua competência originária para processar e julgar, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, não apenas os Ministros de Estado, como também os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Por sua vez, as alíneas "b" e "c" do artigo 105, ao tratar sobre a competência originária do STJ para julgar habeas corpus e habeas data, faz referência aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica de maneira apartada aos Ministros de Estado, que possuem idêntica prerrogativa.

Na mesma linha, a leitura do artigo 84 reforça essa autonomia, ao consolidar, no inciso XIII, a competência privativa do Presidente da República para nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, assim como faz com os Ministros de Estado (inciso I).

Outrossim, o artigo 91, ao tratar sobre o Conselho de Defesa Nacional, órgão de consulta do Presidente da República, indica que dele participam, como membros natos, tanto o Ministro de Estado da Defesa (inc. V) como os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (inc. VIII).

Seguindo tais premissas, a sanção de suspensão de licitar e contratar aplicada por órgão do Exército Brasileiro, embora afete as licitações e as contratações das demais unidades do Exército brasileiro, não deve gerar restrições aos órgãos das demais Forças (Marinha e Aeronáutica).

Nessa perspectiva, conclui-se que não obstante seja compreensível a legítima preocupação do Tribunal de Contas da União com a participação de empresas sancionadas em licitações de órgãos das outras forças armadas, entende-se que a posição Jurisprudencial sedimentada pelo TCU, no sentido de que sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666, de 1993, tem aplicação restrita ao órgão ou entidade que a cominou, prestigiando corretamente a vontade do legislador e os limites definidos pela legislação para a amplitude dos efeitos restritivos da referida sanção.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00003/2021/CNLCA/CGU/AGU

NUP 08015.000312/2020-18

CADIN_OCORRÊNCIAS IMPEDITIVAS

PERGUNTA P42: É possível a celebração de contratos ou termos aditivos com empresas que constam como inadimplentes no CADIN?

RESPOSTA: Sim, exceto nos casos em que a inscrição tenha por fundamento pendências junto ao sistema de seguridade social ou que envolvam os aspectos relacionados à Regularidade Fiscal.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O plenário do STF, quando do julgamento da ADI 1.454/DF, ratificou o entendimento quanto à constitucionalidade do CADIN e sua finalidade, extraindo-se que a previsão constante do art. 6º da Lei nº 10.522, de 2002 não tem o condão de vedar a contratação das empresas inscritas no CADIN, mas tão-somente impor à Administração Pública Federal um dever de cautela e diligência na utilização do referido cadastro de caráter meramente informativo. Cite-se:

> *Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:*
>
> *I - realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos;*
>
> *II - concessão de incentivos fiscais e financeiros;*
>
> *III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.*
>
> *Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:*
>
> *I - à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública reconhecida pelo Governo Federal;*
>
> *II - às operações destinadas à composição e regularização dos créditos e obrigações objeto de registro no Cadin, sem desembolso de recursos por parte do órgão ou entidade credora;*
>
> *III - às operações relativas ao crédito educativo e ao penhor civil de bens de uso pessoal ou doméstico.*

Todavia, conforme entendimento dos tribunais pátrios, assim como do Tribunal de Contas da União, a restrição seria impeditiva quando tivesse por fundamento débito decorrente da seguridade social ou quando indicasse pendências na regularidade fiscal da contratada.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União, conforme se constata do Acórdão n.º 1.427/2010 – Plenário e do Acórdão n.º 6246/2010 – 2ª Câmara, posiciona-se no sentido de que:

> *10. Ocorre que o art. 6º da Lei 10.522/2002 não veda a contratação de empresa inscrita no Cadin, mas apenas exige que o referido cadastro de inadimplência seja consultado previamente à "celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.11. Nesse sentido, já se pronunciou o TCU, conforme se depreende da decisão 621/2001-Plenário e dos acórdãos 2.937/2003-1ª Câmara e 2.558/2009-Plenário. Com o objetivo de melhor elucidar a questão, transcrevo abaixo excerto da instrução elaborada pela Secretaria de Recursos desta corte de contas - Serur no TC 005.167/2002-4, integralmente acolhida pelo relator do acórdãos 2.937/2003-1ª Câmara, proferido naqueles autos de auditoria em fase de pedido de reexame:"4.1. No que diz respeito à determinação constante da alínea "a" do item 1 desta instrução, concernente ao CADIN, assiste razão ao recorrente, visto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ele referenciada, interposta pela Confederação Nacional da Indústria relativamente aos artigos 6º (consulta prévia ao Cadastro) e 7º (impeditivo para contratações) da Medida Provisória nº 1.442, de 10/05/1996, foi, em 19/06/1996, parcialmente deferida, em sede de liminar, com efeitos extensivos às reedições da aludida medida provisória que continham igual determinação. Naquela ocasião, a eficácia do artigo 7º e seus parágrafos foi suspensa, indeferindo-se o pleito quanto ao artigo 6º, por considerar aquela Corte que ali se estabelece simples consulta, ato informativo dos órgãos que colhem os dados ali contidos, sem repercussão sobre direitos ou interesses coletivos. No mérito, em 15/06/2000, foi considerada improcedente a ação quanto ao mencionado artigo 6º e suspenso o julgamento relativamente ao artigo 7º A partir da MP 1.863-52, de 26/08/1999, a mencionada restrição não mais constou do texto legal e de suas reedições e, por conseguinte, da Lei nº 10.522/2002, que dispõe sobre o CADIN." (TCU - Acórdão nº 1.427/2010 – Plenário, Rel. Ministro Aroldo Cedraz, DOU 30/06/2010).*

> *"(...) Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso*

de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer conseqüência em relação às contratações a serem realizadas. Deixo então de fazer determinação nesse sentido, até porque a possível falha apontada referia-se à contratação de empresa inscrita no Cadin e não à falta de consulta ao cadastro." (Acórdão n.º 6246/2010 - 2ª Câmara, TC-009.487/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 26.10.2010 – grifou-se)

Nessa perspectiva, conclui-se que é possível a celebração de contratos ou termos aditivos com empresas que constam como inadimplentes no CADIN, exceto nos casos em que a inscrição tenha por fundamento pendências junto ao sistema de seguridade social ou que envolvam os aspectos relacionados à Regularidade Fiscal.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER REFERENCIAL Nº 00008/2022/CONJUR-MC/CGU/AGU

NUP: 00742.000031/2015-71

RESCISÃO CONTRATUAL

PERGUNTA P43: É lícita a rescisão amigável do contrato quando presentes descumprimentos contratuais, por parte da empresa contratada, que fundamentariam a decisão da Administração, no sentido de rescindir o contrato?

RESPOSTA: O agente público não tem a liberdade de escolher o tipo de rescisão a adotar, de sorte que a rescisão amigável somente é admitida quando conveniente para a Administração e não houver motivos para se proceder à rescisão unilateral, logo, quando constatada hipótese de rescisão unilateral, em razão de descumprimento na execução do contrato, por parte da empresa contratada, enquadráveis em hipótese de rescisão unilateral, fica afastada a possiblidade de rescisão amigável da avença.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A rescisão amigável tem fundamento legal no art. 79, II da Lei nº 8.666, de 1993 e decorre de acordo formalizado no processo entre a Administração e o contratado, desde que haja conveniência para a Administração. Cite-se:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

(...)

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

(...)

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

Ao lado da rescisão amigável, também chamada de administrativa, a Lei nº 8.666, de1993 prevê também a possibilidade de extinção do contrato por rescisão judicial e, ainda, pela rescisão unilateral, possível nos casos descritos nos incisos I a XII e XVII do art. 78.

Amoldando-se a situação a uma das hipóteses de rescisão unilateral, cabe à Administração agir para rescindir o contrato, razão pela qual não há que se falar em juízo de conveniência próprio da rescisão amigável.

Nessa perspectiva, conclui-se que o agente público não tem a liberdade de escolher o tipo de rescisão a adotar, de sorte que a rescisão amigável somente é admitida quando conveniente para a Administração e não houver motivos para se proceder à rescisão unilateral, logo, quando constatada hipótese de rescisão unilateral, em razão de descumprimento na execução do contrato, por parte da empresa contratada, enquadráveis em hipótese de rescisão unilateral, fica afastada a possiblidade de rescisão amigável da avença.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00876/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 00589.001079/2019-41

CONTRATAÇÃO REMANESCENTE

PERGUNTA P44: O contrato celebrado por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993 (contratação de remanescente), pode ser celebrado nos mesmos autos da contratação rescindida?

RESPOSTA: Não, a contratação do remanescente, caso ocorra, deve tramitar em processo administrativo autônomo, observados todos os requisitos da Lei n. 8.666, de 1993 e IN n. 05, de 2017, sendo também necessária a prévia análise jurídica dos autos pelo órgão de assessoramento jurídico antes da contratação mediante dispensa de licitação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Lei nº 8.666, de 1993 permite, nos casos de contratos rescindidos prematuramente, a continuidade do serviço mediante a celebração de contrato com outros participantes do processo licitatório:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
>
> *[...]*
>
> *XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;*

Verifica-se, portanto, que a nova contratação decorrerá de processo licitatório que já havia motivado contratação anterior, a qual foi rescindida.

Importante também deixar claro que a contratação do remanescente, caso ocorra, deve tramitar em outro processo administrativo, observados todos os requisitos da Lei n. 8.666, de 1993 e IN n. 05, de 2017.

Com efeito, conforme a Orientação Normativa AGU nº 2/2009, cada contrato administrativo deve dar origem a um processo administrativo único, no qual serão celebrados os respectivos aditivos:

> *OS INSTRUMENTOS DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES, BEM COMO OS RESPECTIVOS ADITIVOS, DEVEM INTEGRAR UM ÚNICO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DEVIDAMENTE AUTUADO EM SEQUÊNCIA CRONOLÓGICA, NUMERADO, RUBRICADO, CONTENDO CADA VOLUME OS RESPECTIVOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO.*

O cumprimento dos requisitos da Lei nº 8.666, de 1993 inclui a prévia análise jurídica dos autos pela AGU antes da contratação mediante dispensa de licitação.

A abertura de novo NUP se impõe por se tratar de dispensa de licitação para nova contratação, mesmo que em virtude da correlacionada rescisão.

Ademais, tramitar a dispensa de licitação nos mesmos autos da contratação rescindida criaria um verdadeiro tumulto processual.

Quando da instrução do processo cujo objeto seja a contratação de remanescente (com NUP próprio) devem constar a proposta da pretensa contratada e a indispensável planilha de custos e formação de preços, com o detalhamento de todos os custos unitários envolvidos (em atendimento do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993), vinculada à correspondência

formal da empresa convocada com a assertiva do interesse/compromisso na contratação do remanescente, com aceitação das mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

Ademais, também devem constar do novo processo cópia do Edital, Termo de Referência, Ata de Julgamento e demais documentos do Pregão Eletrônico que permitiram a contratação remanescente, bem como o respectivo Termo de Rescisão do contrato original.

Nessa perspectiva, conclui-se que a contratação do remanescente, caso ocorra, deve tramitar em processo administrativo autônomo, observados todos os requisitos da Lei n. 8.666, de 93 e IN n. 05, de 2017, sendo também necessária a prévia análise jurídica dos autos pelo órgão de assessoramento jurídico antes da contratação mediante dispensa de licitação.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00266/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 00587.000741/2021-80

PERGUNTA P45: É possível a contratação de remanescente, com fulcro no art. 24, inciso XI, da Lei nº 8.666, de 1993, quando o contrato originário é extinto por decurso natural do prazo?

RESPOSTA: Não, a contratação do remanescente somente é possível em caso de rescisão contratual, não sendo possível a sua aplicação na hipótese de extinção natural do ajuste, como consequência do decurso do seu prazo de vigência.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Lei nº 8.666, de 1993 permite, nos casos de contratos rescindidos prematuramente, a continuidade do serviço mediante a celebração de contrato com outros participantes do processo licitatório:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

No que se refere especificamente à incidência do artigo 24, IX, da Lei n. 8.666, de 1993, cabe trazer à colação o julgado do TCU abaixo:

"(...) a dispensabilidade de licitação prevista no art. 24, XI, da Lei 8.666/1993 – que pressupõe a convocação do concorrente classificado imediatamente após o licitante vencedor cujo contrato foi rescindido – incide tão somente na espécie rescisão, do gênero extinção, não se aplicando, portanto, às contratações extintas por atingimento do prazo de duração" (Decisão 531/1993, Plenário, rel. Min. Paulo Afonso Martins de Oliveira).

O dispositivo legal em comento não faz distinção da espécie de rescisão, que poderá ser unilateral, amigável ou mesmo judicial. Exige, contudo, que esse tenha sido o motivo da extinção do contrato original.

Nessa perspectiva, conclui-se que somente se houver a rescisão contratual (e não a extinção do contrato pelo decurso do seu prazo de vigência), é possível asseverar, estarem presentes os requisitos legais para a contratação direta de remanescente serviço, com fulcro no inciso XI, do artigo 24, da Lei nº 8.666, de 1993.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00211/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 25045.000606/2020-10

GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

PERGUNTA P46: As penalidades de multas (aplicadas no âmbito de contratos administrativos) e os valores decorrentes de garantia securitária (contrato de seguro), nas hipóteses em que as empresas estejam em recuperação judicial, podem ser cobradas administrativamente? E, em caso de não quitação, podem ser inseridas em cadastros públicos de inadimplentes?

RESPOSTA: (i) os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, não se submetem à recuperação judicial, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça estabelecido no REsp nº 1.931.633-GO, tendo em vista as prerrogativas da Fazenda Pública em relação à cobrança de seus créditos, não cabendo se cogitar de suspensão dos efeitos da sanção de multa aplicada, em razão de processamento da recuperação judicial da empresa devedora; (ii) não se vislumbra impeditivo de inscrição do crédito decorrente de

multa definitivamente aplicada, em dívida ativa da União, o que deverá ser definitivamente avaliado pelo Procurador da Fazenda Nacional competente; (iii) também se afigura passível de inscrição na dívida ativa da União o crédito de natureza não tributária decorrente da respectiva apólice de seguro-garantia, mediante avaliação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; (iv) não se vislumbra óbice à inscrição dos créditos no CADIN pelo órgão de origem, nos termos do art. 2º, inc. I, §§ 2º e 4º, da Lei nº 10.522, de 2002, tanto no que pertine à empresa contratada, quanto à respectiva empresa seguradora, até o limite de indenização previsto em apólice e respectivos endossos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Quanto à recuperação judicial, cite-se o precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual no REsp nº 1.931.633-GO restou assentado:

> *RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. MULTA ADMINISTRATIVA. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. FAZENDA PÚBLICA. CONCURSO DE CREDORES. NÃO SUJEIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DE DISPOSIÇÕES DO CTN, LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS. INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO. PRETENSÃO RECURSAL NÃO ACOLHIDA.*
> *1. Incidente de habilitação de crédito apresentado em 29/10/2014. Recurso especial interposto em 11/8/2020. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 11/3/2021.*
>
> *2. O propósito recursal consiste em definir se o crédito concernente à multa administrativa aplicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA submete-se aos efeitos da recuperação judicial da devedora.*
>
> *3. O art. 187, caput, do Código Tributário Nacional exclui os créditos de natureza tributária dos efeitos da recuperação judicial do devedor, nada dispondo, contudo, acerca dos créditos de natureza não tributária.*
>
> *4. A Lei 11.101/05, ao se referir a "execuções fiscais" (art. 6º, § 7º-B), está tratando do instrumento processual que o ordenamento jurídico disponibiliza aos respectivos titulares para cobrança dos créditos públicos, independentemente de sua natureza, conforme disposto no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80.*
>
> *5. Desse modo, se, por um lado, o art. 187 do CTN estabelece que os créditos tributários não se sujeitam ao processo de soerguimento – silenciando quanto aqueles de natureza não tributária –, por outro lado verifica-se que o próprio diploma recuperacional e*

falimentar não estabeleceu distinção entre a natureza dos créditos que deram ensejo ao ajuizamento do executivo fiscal para afastá-los dos efeitos do processo de soerguimento.

6. Ademais, a própria Lei 10.522/02 – que trata do parcelamento especial previsto no art. 68, caput, da LFRE – prevê, em seu art. 10-A, que tanto os créditos de natureza tributária quanto não tributária poderão ser liquidados de acordo com uma das modalidades ali estabelecidas, de modo que admitir a submissão destes ao plano de soerguimento equivaleria a chancelar a possibilidade de eventual cobrança em duplicidade.

7. Tampouco a Lei 6.830/80, em seus artigos 5º e 29, faz distinção entre créditos tributários e não tributários, estabelecendo apenas, em sentido amplo, que a "cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento".

8. Esta Corte Superior, ao tratar de questões envolvendo a possibilidade ou não de continuidade da prática, em execuções fiscais, de atos expropriatórios em face da recuperanda, também não se preocupou em diferenciar a natureza do crédito em cobrança, denotando que tal distinção não apresenta relevância para fins de submissão (ou não) da dívida aos efeitos do processo de soerguimento.

9. Assim, em que pese a dicção aparentemente restritiva da norma do caputdo art. 187 do CTN, a interpretação conjugada das demais disposições que regem a cobrança dos créditos da Fazenda Pública insertas na Lei de Execução Fiscal, bem como daquelas integrantes da própria Lei 11.101/05 e da Lei 10.522/02, autorizam a conclusão de que, para fins de não sujeição aos efeitos do plano de recuperação judicial, a natureza tributária ou não tributária do valor devido é irrelevante.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO

Portanto, temos que os créditos da Fazenda Pública, tributários ou não tributários, devem permanecer fora do alcance dos efeitos da recuperação judicial. Sua cobrança deve ser feita por meio de execução fiscal, que não deve ser suspensa pela aprovação de plano de soerguimento pela assembleia de credores.

No mais, perceba-se que a decisão judicial, em regra, proferida nos autos da recuperação judicial, refere-se em regra tão somente a "suspensão das execuções ajuizadas contra as requerentes, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial, bem assim a proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os seus bens, oriunda de demandas judiciais

ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial".

Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, não se submetem à recuperação judicial, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça estabelecido no REsp nº 1.931.633-GO.

Nessa perspectiva, tendo em vista as prerrogativas da Fazenda Pública em relação à cobrança de seus créditos, não cabe se cogitar de suspensão dos efeitos da sanção de multa aplicada, em razão de processamento da recuperação judicial da empresa devedora. Os atos de cobrança do aludido crédito, portanto, devem ter normal prosseguimento de acordo com as garantias conferidas pelo legislador à Fazenda Pública.

Assim, não se vislumbra impeditivo de inscrição do crédito decorrente da multa definitivamente aplicada, em dívida ativa da União, o que deverá ser definitivamente avaliado pelo Procurador da Fazenda Nacional competente.

Também se afigura passível de inscrição na dívida ativa da União o crédito de natureza não tributária decorrente da respectiva apólice de seguro-garantia, mediante avaliação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos estritos termos e limites da apólice apresentada e respectivos endossos a teor do art. 39 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Assim, o regular procedimento de cobrança e execução também deve ocorrer em relação à seguradora, de modo que a possibilidade jurídica de inclusão da empresa seguradora como corresponsável pelo pagamento do débito, até o limite de indenização previsto em apólice e respectivos endossos, obviamente, sob avaliação do órgão com competência legal para deferimento ou não do pedido de inscrição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Também não se vislumbra óbice à inscrição dos créditos no CADIN pelo órgão de origem nos termos do art. 2º, inc. I, §§ 2º e 4º, da Lei nº 10.522, de 2002, tanto no que pertine à empresa contratada, quanto à respectiva empresa seguradora, até o limite de indenização previsto em apólice e respectivos endossos.

E, por fim, considerando que o crédito da Fazenda Pública, em princípio, não se submete à recuperação judicial, após o encaminhamento do crédito pelo órgão consulente para inclusão em dívida ativa pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, via Sistema Inscreve Fácil, aquele órgão jurídico avaliará a melhor medida para a cobrança do crédito da União, seja via execução fiscal seja via habilitação do crédito no procedimento de recuperação judicial. Portanto, a necessidade de informação nos autos da recuperação judicial acerca da cobrança do crédito será objeto de

avaliação pela Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos dos art. 7º-A, 52, V, e 83, VII, da Lei nº 11.101, de 2005.

Nessa perspectiva, conclui-se: (i) os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, não se submetem à recuperação judicial, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça estabelecido no REsp nº 1.931.633-GO, tendo em vista as prerrogativas da Fazenda Pública em relação à cobrança de seus créditos, não cabendo se cogitar de suspensão dos efeitos da sanção de multa aplicada, em razão de processamento da recuperação judicial da empresa devedora; (ii) não se vislumbra impeditivo de inscrição do crédito decorrente de multa definitivamente aplicada, em dívida ativa da União, o que deverá ser definitivamente avaliado pelo Procurador da Fazenda Nacional competente; (iii) também se afigura passível de inscrição na dívida ativa da União o crédito de natureza não tributária decorrente da respectiva apólice de seguro-garantia, mediante avaliação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; (iv) não se vislumbra óbice à inscrição dos créditos no CADIN pelo órgão de origem, nos termos do art. 2º, inc. I, §§ 2º e 4º, da Lei nº 10.522, de 2002, tanto no que pertine à empresa contratada, quanto à respectiva empresa seguradora, até o limite de indenização previsto em apólice e respectivos endossos.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER nº 00033/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 71000.002551/2020-16

PERGUNTA P47: É juridicamente adequada a apresentação de seguro-garantia cuja apólice condicione o pagamento de cobertura, em benefício da Administração, ao trânsito em julgado de ações trabalhistas e previdenciárias?

RESPOSTA: Não, a modalidade de seguro-garantia deve atender a todos os eventos indicados na alínea "b" do subitem 3.1 do Anexo VII -F da Instrução Normativa nº 05/2017, sem restrição de cobertura ao trânsito em julgado de sentença condenatória ou acordo homologado pelo Poder Judiciário.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O seguro garantia afiança a plena execução do contrato firmado pela Administração com o particular, na exata medida do contrato, seja pela execução específica ou pela indenização do equivalente.

Assim, pela sua natureza de contrato acessório, volta-se ao cumprimento regular de todas as obrigações assumidas no contrato principal.

Para tanto, o contrato de seguro não pode impor condições para sua efetivação que não estejam previstas na legislação de regência.

Dessa forma, a garantia contratual deve preencher todos os requisitos elencados no anexo VII-F, item 3, da Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 05/2017, sem restrição de cobertura ao trânsito em julgado de sentença condenatória ou acordo homologado pelo Poder Judiciário. Cite-se:

> *3. Garantia de execução do contrato:*
>
> *3.1. Exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 90 (noventa) dias após término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:*
>
> *(...)*
>
> *b) A garantia, qualquer que seja a modalidade escolhida, assegurará o pagamento de:*
>
> *b.1. prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato;*
>
> *b.2. prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;*
>
> *b.3. multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e*
>
> *b.4. obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber.*

Nessa perspectiva, conclui-se que a modalidade de seguro-garantia deve atender a todos os eventos indicados na alínea "b" do subitem 3.1 do Anexo VII -F da Instrução Normativa nº 05/2017, sem restrição de cobertura ao trânsito em julgado de sentença condenatória ou acordo homologado pelo Poder Judiciário.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 00367/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU, NOTA n. 00113/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU e PARECER n. 00962/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU.

NUP: 21181.000794/2022-14

PERGUNTA P48: Durante a execução do contrato administrativo, é possível sua alteração com a finalidade de dispensar a apresentação de garantia contratual?

RESPOSTA: Não, uma vez que a exigência da garantia tem impacto direto na competitividade do certame e, portanto, realizada a exigência no edital, não pode a Administração dispensar o contratado desse ônus durante a execução contratual.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Trata-se a garantia contratual de instrumento jurídico destinado a garantir a solvência do Contratado, no caso de ocorrerem débitos inadimplidos no decorrer da execução contratual, como forma de assegurar o êxito da contratação realizada pela Administração Pública.

Sua previsão consta do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993:

> *Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*
>
> *§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
>
> *I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)*
>
> *II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
>
> *III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)*
>
> *§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

> *§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
>
> *§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.*
>
> *§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.*

Embora a exigência da garantia contratual seja discricionária, a avaliação do gestor sobre sua aplicabilidade em determinada contratação deve ocorrer antes da fase externa do processo licitatório, pois a obrigatoriedade de sua apresentação pelo contratado deve estar contida no instrumento convocatório.

Ademais, essa exigência impacta na competitividade do certame, na medida em que pode afastar potenciais licitantes que não teriam condições de apresentá-la.

Nessa perspectiva, conclui-se que em contratos decorrentes de licitação, entende-se que a dispensa da garantia durante a execução contratual é medida que ofende aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00428/2021/CONJUR-MC/CGU/AGU

NUP: 71000.014981/2021-53

CONTA VINCULADA_PAGAMENTO DIRETO

PERGUNTA P49: A Administração Pública contratante pode utilizar valores retidos das Notas Fiscais, para realizar o pagamento de salários e outras obrigações trabalhistas, diretamente para os colaboradores?

RESPOSTA: Em situações de exceção, reveste-se de juridicidade

a retenção de valores das faturas que poderão ser utilizados no pagamento direto aos colaboradores, quitando-se obrigações salariais e trabalhistas.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A matéria relacionada ao pagamento direto aos trabalhadores foi tratada no âmbito do Parecer nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU, concebendo o pagamento direto como mecanismo lícito e apto a contribuir sobremaneira para o afastamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública Federal, orientando a União, suas autarquias e fundações públicas a observar rigorosamente a IN SLTI/MP nº 02/2008, então vigente, bem como as determinações do TCU constantes do Acórdão 1214/2013, em seus editais e contratos. Convém transcrever trecho do citado parecer:

> *"Pelo acima exposto, para ilidir a responsabilização subsidiária com espeque no Enunciado nº 331, da Súmula do eg. TST, descortina-se premente que o Poder Público se cerque de todas as cautelas, seja na elaboração do ato convocatório, seja na contratação, seja na fiscalização da execução do contrato de fornecimento de mão de obra terceirizada, o que passa pela observância irrestrita das normas legais incidentes (notadamente as contidas na Lei nº 8.666/93), pela fiscalização ativa e próxima da empresa contratada e, finalmente, pela criação e adoção de mecanismos que assegurem que os direitos dos trabalhadores terceirizados serão respeitados, máxime no que toca às verbas trabalhistas a que têm direito."*

A ausência do pagamento de salários e demais consectários legais tem potencial para expor os trabalhadores terceirizados a crises de subsistência, comprometendo sobremaneira a dignidade da pessoa humana, a qual constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Constituição Federal.

Embora o Art. 71, da Lei 8.666/93 aponte que a Administração Pública não responde por débitos trabalhistas de suas contratadas, em face dos respectivos empregados, fato é que o STF, no julgamento da ADC 16, e posteriormente no RE 760.931, pacificou posicionamento no sentido de que a responsabilidade é possível desde que provada a culpa da Administração. E a culpa pelo dano causado ao trabalhador se dá, como regra, pela ausência de fiscalização do contrato.

Daí a necessidade de a Administração fiscalizar de forma adequada o cumprimento de todas as cláusulas do contrato, inclusive daquelas que fazem referência à obrigação da contratada adimplir de forma regular os direitos trabalhistas de seus empregados.

A matéria foi regulamentada no âmbito da Administração Pública Federal, anteriormente, por meio da Instrução Normativa SLTI/MPOG 02/2008. O parágrafo único do art. 35 da antiga Instrução Normativa SLTI/MPOG 02/2008 previa a retenção de garantias e valores referentes a créditos das contratadas, a fim de realizar pagamento direto de créditos trabalhistas que deixaram de ser quitados em tempo oportuno.

Por outro lado, o art. 19-A do mesmo normativo exigia a previsão expressa no contrato da possibilidade de pagamento direto aos empregados terceirizados.

Revogada a Instrução Normativa SLTI/MPOG 02/2008 pela INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MP Nº 05, DE 26 DE MAIO DE 2017, a diretriz foi mantida, desta feita sem a exigência de previsão contratual expressa. A Instrução Normativa SEGES/MP 05/2017, abordou expressamente o tema, nos seguintes termos:

> *"Art. 65. Até que a contratada comprove o disposto no artigo anterior, o órgão ou entidade contratante deverá reter:*
>
> *I - a garantia contratual, conforme art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, prestada com cobertura para os casos de descumprimento das obrigações de natureza trabalhista e previdenciária pela contratada, que será executada para reembolso dos prejuízos sofridos pela Administração, nos termos da legislação que rege a matéria; e*
>
> *II - os valores das Notas fiscais ou Faturas correspondentes em valor proporcional ao inadimplemento, até que a situação seja regularizada.*
>
> *Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato". (destacamos)*

Ressalte-se, nesse ponto, que o pagamento direto não constitui novidade no âmbito das decisões proferidas pelo TCU.

Com efeito, a Corte de Contas, por meio do Acórdão nº 1214/2013 – TCU – Plenário, apontou que o pagamento direto deve ser tentado com prioridade e, na hipótese de faltarem documentos essenciais, será o caso de se ajuizar ação ao órgão competente da Justiça do Trabalho. Vejamos, nesse sentido, trecho do precedente mencionado:

> *"9.1.2 prever nos contratos, de forma expressa, que a administração está autorizada a realizar os pagamentos de salários diretamente*

aos empregados, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem honrados pelas empresas;

9.1.3 que os valores retidos cautelarmente sejam depositados junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento de salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento".

De modo similar, o Acórdão 3301/2015, relatado pelo Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, recomenda à CEAGESP o seguinte:

"9.3.1. prever nos contratos, de forma expressa: 9.3.1.1. autorização para retenção de pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato;

9.3.1.2. autorização para realização de pagamentos de salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados da contratada, bem assim das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;"

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema e entendeu perfeitamente possível a retenção do pagamento por parte da Administração em situações tais, como medida acautelatória do erário, como se observa da ementa do julgado adiante colacionado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE.

1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios

da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1241862 RS 2011/0052780-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 28/06/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2011).

Nessa perspectiva, conclui-se pela legalidade e juridicidade da retenção de valores das faturas que poderão ser utilizados no pagamento direto aos colaboradores, quitando-se obrigações salariais e trabalhistas.

Nessas hipóteses, sugere-se a observação do Guia de Orientação para Pagamento Direto, elaborado pela Consultoria Jurídica de São Paulo, pela E-CJU/SCOM, pela Procuradoria Regional da Terceira Região e pela Superintendência de Administração da Terceira Região.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA nº 00001/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 08500.031511/2020-04

PERGUNTA P50: Nos contratos que utilizam conta vinculada, após sua extinção, qual procedimento deverá ser adotado para liberação do respectivo saldo remanescente?

RESPOSTA: A liberação do saldo da Conta-Depósito Vinculada, em face do encerramento do contrato, se dará na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários em relação a todos os empregados que foram utilizados pela contratada na prestação dos serviços.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Os valores da conta depósito vinculada pertencem à contratada, mas são retidos em conta específica com o objetivo garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas e evitar a responsabilização subsidiária da Administração perante a Justiça do Trabalho.

Assim, quando do final da relação contratual, esses valores deverão ser liberados, desde que haja comprovação de que a contratada não possui pendências trabalhistas ou previdenciárias com os empregados utilizados na execução do contrato.

Na IN SEGES/MPDG nº 5/2017, a respeito da operacionalização da Conta Vinculada, cita-se o disposto nos termos da alínea "a" do item 1.1 e dos itens 15 e 16 do Anexo VII-B, bem como o contido no Anexo XII, item 15, que assim dispõem:

> *1. Dos mecanismos de controle interno:*
>
> *1.1. Para atendimento do disposto no art. 18, o ato convocatório deverá conter uma das seguintes regras:*
>
> *Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação; ou*
>
> *(...)*
>
> *1.5. Os valores provisionados na forma do item "a" do subitem 1.2 acima, somente serão liberados nas seguintes condições:*
>
> *(...)*
>
> *d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias.*
>
> *(...)*
>
> *1.6. O saldo existente na Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação apenas será liberado com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.*
>
> *15. O saldo remanescente dos recursos depositados na Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação será liberado à empresa no momento do encerramento do contrato, na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.*

Nessa perspectiva, conclui-se que a liberação do saldo da Conta-Depósito Vinculada, em face do encerramento do contrato, se dará na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários em relação a todos os empregados que foram utilizados pela contratada na prestação dos serviços.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00043/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 64305.019660/2014-26

PERGUNTA P51: É possível a utilização da conta depósito vinculada para pagamento da multa estabelecida no art. 477 da CLT, por atraso no pagamento de verbas rescisória?

RESPOSTA: Sim, uma vez que a referida multa tem natureza indenizatória e decorre diretamente de direitos trabalhistas.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Os valores da conta depósito vinculada, embora pertençam à contratada, são retidos com o objetivo de garantir o cumprimento das obrigações trabalhistas e evitar a responsabilização subsidiária da Administração, perante a Justiça do Trabalho.

A legislação de regência prevê a possibilidade de utilização de seu saldo para pagamento de 13° (décimo terceiro) salário, férias e 1/3 (um terço) constitucional de férias, multa sobre o FGTS e contribuição social para as rescisões sem justa causa, encargos sobre férias e 13° (décimo terceiro) salário, assim como de eventuais indenizações trabalhistas aos empregados, decorrentes de situação ocorrida durante a vigência do contrato.

Assim, considerando que a multa do art. 477 da CLT decorre de descumprimento de obrigação trabalhista (pagamento atrasado das verbas rescisórias) e possui caráter indenizatório, é possível a utilização da conta depósito vinculada para seu pagamento. Cite-se:

> *Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.*
>
> *(...)*
>
> *§ 8° - A inobservância do disposto no § 6° deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim*

> *ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.*

Nessa perspectiva, conclui-se que é possível a utilização da conta depósito vinculada para pagamento da multa estabelecida no art. 477 da CLT, por atraso no pagamento de verbas rescisória, uma vez que a referida multa tem natureza indenizatória e decorre diretamente de direitos trabalhistas.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00037/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 23000.003384/2022-31

PERGUNTA P52: É possível a utilização de saldo, remanescente ou não, em Conta Depósito-Vinculada para o pagamento de multa aplicada à contratada decorrente de inexecução total ou parcial do contrato?

RESPOSTA: Não. Conforme consta do inciso III do Anexo I e do item 3 do Anexo XII da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05, de 2017, os recursos existentes na Conta Depósito-Vinculada se destinam exclusivamente ao pagamento das seguintes obrigações, não se constituindo em fundo de reserva: (i) férias e 1/3 (um terço) constitucional de férias, (ii) 13º (décimo terceiro) salário; (iii) multa sobre o FGTS e contribuição social para as rescisões sem justa causa; e (iv) encargos sobre férias e 13º (décimo terceiro) salário. Quanto à eventual saldo remanescente existente, este deve ser liberado à empresa contratada, desde que observadas as condicionantes previstas no subitem 1.6 do Anexo VII-B e item 15 do Anexo XII da referida IN: execução completa e consequente encerramento do contrato, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado, e na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação trata-se de ferramenta já sedimentada no âmbito da Administração Pública como mecanismo de proteção e gestão de riscos na execução de contratos de prestação de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra,

contribuindo para assegurar os recursos necessários para o cumprimento das obrigações sociais e trabalhistas em caso de inadimplemento da contratada, bem como para a segurança jurídica dos gestores e fiscais de contrato.

Decerto, afigura-se como um instituto muito eficaz na prevenção de possíveis inadimplências/inobservâncias dos pagamentos das verbas trabalhistas, previdenciárias e de multas sobre o saldo do FGTS, por parte da empresa contratada pela Administração, haja vista que nesta conta são provisionados, ao longo da execução contratual, os valores para o pagamento de férias, adicional de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias (multas do FGTS) dos trabalhadores da contratada pela Administração, os quais serão liberados quando da sua ocorrência.

Conforme estabelece a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017, a conta-depósito vinculada é aberta pela Administração em nome da empresa contratada, destinada exclusivamente ao pagamento de férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, não se constituindo em um fundo de reserva.

Especificamente quanto à eventual saldo remanescente existente na conta-depósito vinculada, este deve ser liberado à empresa contratada, desde que observadas as condicionantes previstas no subitem 1.6 do Anexo VII-B e item 15 do Anexo XII da referida IN: execução completa e consequente encerramento do contrato, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado, e na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados.

Igual tratamento dispõe a Cartilha sobre Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação, elaborada pela então Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão[3]:

> *"ENCERRAMENTO DA CONTA E O SALDO REMANESCENTE*
>
> *Comprovados todos os pagamentos por parte da empresa contratada, bem como a realocação dos empregados que a empresa optou por não desligar, a Administração procederá ao encerramento da contratação, expedindo ao Banco autorização para liberação do saldo da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação.*
>
> *O saldo remanescente da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, quando do encerramento do contrato, será liberado à empresa na presença do sindicato da categoria correspondente, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado."*

3 Cartilha sobre Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, versão 2.0, de fevereiro de 2018.

Assim, tem-se que a Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação foi criada com o propósito específico de evitar que a Administração Pública fosse responsabilizada pelo pagamento das verbas rescisórias dos empregados da contratada, pois era recorrente na jurisprudência a condenação solidária da Administração Pública contratante pelo pagamento das verbas trabalhistas dos empregados da empresa terceirizada.

A propósito, acerca do histórico do instituto da Conta-Depósito Vinculada, extrai-se o seguinte excerto da Cartilha sobre Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação, elaborada pela então Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão[4]:

> *"Em 2008, no intuito de preservar a instituição de possíveis ações judiciais, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ foi pioneiro ao estudar e implementar a utilização de um mecanismo de provisão dos direitos trabalhistas, resguardando-os para sua quitação, quando cabível. Naquele ano, a então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, regulamentou a contratação de serviços terceirizados no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional com a edição da Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, que, mais tarde, incorporaria a utilização da Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, como forma de responder aos preceitos contidos na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho - TST."*

Ademais, registre-se que se fez, na NOTA Nº 20/2011/DEAEX/CGU/AGU-JCO e no DESPACHO DO DIRETOR DO DEAEX nº 024/2011, a distinção entre os institutos da conta vincula e da garantia, este sim autorizado, nos termos do que preceituam o art. 86 da Lei nº 8.666/1993 e o § 8º do art. 156 da Lei nº 14.133/202, a ser utilizado para fins de desconto quanto à eventual multa aplicada à contratada decorrente de infração administrativa, sendo indevido o uso daquele (conta vinculada) para tal finalidade, por contrariar o seu principal objetivo, que é, como visto, o de garantir a existência de saldo financeiro para fazer frente aos encargos trabalhistas devidos aos empregados contratados pelas empresas terceirizadas para a prestação de serviços em órgãos e entidades da Administração Pública.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA Nº 20/2011/DEAEX/CGU/AGU-JCO, DESPACHO DO DIRETOR DO DEAEX Nº 024/2011 e PARECER Nº 00037/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUPs: 00404.006797/2009-52 e 23000.003384/2022-31

4 Cartilha sobre Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, versão 2.0, de fevereiro de 2018.

VÍNCULO TRABALHISTA

PERGUNTA P53: A empresa contratada pela Administração Pública pode contratar preposto enquadrado como Microempreendedor Individual (MEI) ou é necessário o vínculo trabalhista?

RESPOSTA: Quando se exige a permanência do preposto na sede da Administração, não se entende adequada a contratação de profissional enquadrado como MEI, sendo mais prudente que a relação entre o preposto e a contratada decorra de um contrato de trabalho.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Preposto é o representante da contratada, responsável por acompanhar a execução do contrato e atuar como interlocutor principal junto à contratante, incumbido de receber, diligenciar, encaminhar e responder as principais questões técnicas, legais e administrativas referentes ao andamento contratual.

A exigência editalícia de permanência do preposto na sede da Administração gera uma peculiaridade para o exercício dessa função no caso deste contrato, posto que haveria uma subordinação do preposto em relação à empresa, com cumprimento de carga horária de trabalho e dedicação exclusiva à representação da empresa no bojo do contrato administrativo.

Ademais, vigora no direito do trabalho o princípio da primazia da realidade, pelo qual a relação trabalhista é reconhecida quando presentes os elementos típicos (serviço prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade), independentemente da existência de documento que formalmente indique não se tratar de vínculo empregatício.

Por essa razão, a figura de prestador de serviço, no âmbito de contrato administrativo, cuja relação com a contratada satisfaça esses requisitos, mas não seja formalizada como contrato de trabalho pode caracterizar uma fraude, trazendo riscos à Administração.

Assim, quando a regra editalícia exigir que o preposto esteja nas dependências da Administração, é importante que a pessoa designada para o exercício da função de preposto pela empresa tenha uma relação

de vínculo trabalhista com a empresa.

Nessa perspectiva, conclui-se que, quando se exige a permanência do preposto na sede da Administração, não se entende adequada a contratação de profissional enquadrado como MEI, sendo mais prudente que a relação entre o preposto e a contratada decorra de um contrato de trabalho.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER N° 00109/2023/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 01340.000956/2023-18

PERGUNTA P54: É possível a alocação de trabalhadores autônomos em contratos de prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra celebrados com a Administração?

RESPOSTA: Não é possível a utilização de mão de obra autônoma, seja contínua ou eventual, para a cobertura dos postos de trabalho em contratos administrativos, por ausência de subordinação do trabalhador autônomo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

A prestação de serviços autônomos é aquela executada por conta e risco da pessoa do trabalhador, ou simplesmente trabalho por conta própria, diferenciando-se da relação empregatícia por ausência de subordinação jurídica.

Tanto o artigo 17 da IN SEGES/MPDG n° 05/2017, quanto o art. 6°, inciso XVI, da Lei 14.133, de 2021, exigem, no âmbito de contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a utilização de EMPREGADOS do contratado. Cite-se:

> *IN SEGES/MPDG n° 05/2017*
>
> *Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:*
>
> *I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;*
>
> *II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução*

simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.

Lei 14.133, de 2021

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;

b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;

c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

Sendo assim, nos contratos de prestação de serviços contínuos com alocação de mão de obra exclusiva, exige-se o vínculo empregatício entre o contratado e os colaboradores alocados no contrato administrativos, sendo certo que a legislação trabalhista indica como requisitos desse vínculo a existência de pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Consequentemente, entende-se inadequada a disponibilização de mão de obra de trabalhador autônomo, em contrato de terceirização firmado com a Administração, tendo em vista a natureza jurídica do trabalho autônomo, no qual não há subordinação, sendo incompatível, então, com a necessidade administrativa que se busca ver atendida.

Nessa perspectiva, conclui-se que não é possível a utilização de mão de obra autônoma, seja contínua ou eventual, para a cobertura dos postos de trabalho em contratos administrativos, por ausência de subordinação do trabalhador autônomo.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA:
PARECER Nº 00499/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 00588.001088/2022-47

INSCRIÇÃO NOS CONSELHOS REGIONAIS DE DMINISTRAÇÃO

PERGUNTA P55: É necessária a inscrição das empresas licitantes fornecedoras de mão-de-obra terceirizada nos Conselhos Regionais de Administração?

RESPOSTA: Em regra, é desnecessária a inscrição de empresa que presta serviço terceirizado com fornecimento de mão de obra no Conselho Regional de Administração, por entender não se tratar de atividade fim da empresa aquela desempenhada pelo profissional de Administração.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De acordo com o artigo 1º da Lei 6.839, de 30 de outubro de 1980, que dispõe sobre o registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, "o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros".

A seleção de pessoas para compor seu quadro de funcionários não a obriga a se inscrever no Conselho Regional de Administração.

Somente nos casos em que a atividade fim da empresa licitante esteja diretamente relacionada a do administrador é que a exigência de registro junto ao Conselho Regional de Administração se mostra pertinente.

Para outras hipóteses mais corriqueiras (contratação de serviços de limpeza e conservação, vigilante, etc.), a inscrição não é necessária, pois a atividade de locação de mão de obra não é compatível com a exigência de registro nos Conselhos Regionais de Administração – CRA, para a participação nas licitações da administração pública federal.

Esse é o entendimento perfilhado pelo TCU:

Nas licitações públicas, é irregular a exigência de que as empresas de locação de mão de obra estejam registradas no Conselho Regional de Administração, uma vez que a obrigatoriedade de inscrição de empresa em determinado conselho é definida em razão de sua atividade básica ou em relação àquela pela qual preste serviços a terceiros, nos termos do art. 1º da Lei 6.839/1980. (Acórdão 4608/2015-Primeira Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

No caso de licitações realizadas visando à contratação de serviços de informática, não há amparo legal para exigir dos licitantes que comprovem o respectivo registro ou inscrição no Conselho Regional de Administração ou em qualquer outro conselho profissional. (Acórdão 1264/2006-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

Nessa perspectiva, conclui-se que, em regra, é desnecessária a inscrição de empresa que presta serviço terceirizado com fornecimento de mão de obra no Conselho Regional de Administração, por entender não se tratar de atividade fim da empresa aquela desempenhada pelo profissional de Administração.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA Nº 73/2022/NW/CJU-PA/CGU/AGU

NUP: 17167.100365/2021-76

RECESSOS E PONTOS FACULTATIVOS

PERGUNTA P56: Os recessos e pontos facultativos podem ser estendidos aos empregados terceirizados?

RESPOSTA: Não, uma vez que é vedado à Administração e aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da empresa contratada (relativamente aos ajustes relativos às contratações de serviços terceirizados).

Caso seja constatada a desnecessidade ou impertinência da prestação dos serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra específicos de um determinado contrato, cabe ao gestor do contrato informar à empresa contratada sobre a suspensão/redução dos serviços nos dias do recesso dos agentes públicos, para que atenda às necessidades do órgão dentro dos limites especificados, respeitando-se regramentos

contratuais, de Convenções Coletivas aplicáveis e legislação trabalhista, cabendo especial atenção para eventuais ajustes em pagamentos de despesas referentes a transporte e refeição.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

O Recesso e ponto facultativo são, respectivamente, prática e direito da Administração em relação unicamente a seus servidores, não se estendendo a trabalhadores com os quais ela não possui qualquer vínculo.

A determinação de extensão desses benefícios aos empregados de contratadas poderia caracterizar ingerência indevida da Administração na contratada.

Outrossim, é vedado à Administração estabelecer relação com os empregados da contratada que caracterize pessoalidade e subordinação direta, uma vez que a situação traria sérios riscos de responsabilização subsidiária ao ente público.

Caso, contudo, o recesso aos servidores enseje a redução do funcionamento do órgão, impactando nos serviços prestados pelas contratadas, deverá a Administração informar a contratada impactada a respeito da necessidade de suspensão/redução dos serviços durante o período, a fim de que adote as medidas necessárias para a adequação da sua força de trabalho (concessão de férias coletivas, utilização de banco de horas, etc.).

Nessa hipótese, deverá ser analisado o impacto que esta suspensão/redução terá no pagamento que será efetuado pela União à empresa, porque, embora não haja prejuízo da remuneração dos empregados da contratada, deve-se dedicar atenção para vale transporte e auxílio alimentação.

Ademais, eventual compensação de horas não trabalhadas (nos períodos de recesso dos agentes públicos) pelos empregados da empresa contratada na sede do órgão da União tomador do serviço deverá considerar o banco de horas, tal como regido pela CLT, a ser combinado pela empresa contratada e seus empregados.

Nessa perspectiva, conclui-se que os recessos e pontos facultativos não podem ser estendidos aos empregados terceirizados, haja vista que é vedado à Administração e aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da empresa contratada (relativamente aos ajustes relativos às contratações de serviços terceirizados).

Caso seja constatada a desnecessidade ou impertinência da prestação dos serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra

específicos de um determinado contrato, cabe ao gestor do contrato informar à empresa contratada sobre a suspensão/redução dos serviços nos dias do recesso dos agentes públicos, para que atenda às necessidades do órgão dentro dos limites especificados, respeitando-se regramentos contratuais, de Convenções Coletivas aplicáveis e legislação trabalhista, cabendo especial atenção para eventuais ajustes em pagamentos de despesas referentes a transporte e refeição.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA Nº 54/2022/NW/CJU-PA/CGU/AGU e PARECER n. 01274/2021/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU

NUP: 25001.003241/2022-45 e 25061.002033/2021-33

TELETRABALHO

PERGUNTA P57: Há respaldo legal para a execução de serviços, no regime de teletrabalho, nos contratos administrativos de prestação de serviços com exclusividade de mão de obra?

RESPOSTA: Sim, existe respaldo legal para a execução de serviços, no regime de teletrabalho, nos contratos administrativos de mão de obra exclusiva, desde que as atividades desenvolvidas sejam compatíveis com essa modalidade e atendidos os requisitos da legislação pertinente.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

De acordo com o art. 17, parágrafo único, da IN SEGES/MPDG nº 5/2017, a caracterização da prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra dispensa a prestação dos serviços nas dependências do órgão, desde que haja comprovação de que a contratada não compartilha os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos e que seja possível a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos. Cite-se:

> *Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:*
>
> *I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas*

dependências da contratante para a prestação dos serviços;

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.

Desta forma, tem-se que a Consolidação das Leis do Trabalho permite a adoção do regime de teletrabalho nos contratos de emprego (arts. 75-A a 75-F). Cite-se:

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo.

(...)

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do instrumento de contrato individual de trabalho.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Art. 75-F. Os empregadores deverão dar prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados com filhos ou

criança sob guarda judicial até 4 (quatro) anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.

Assim, se diante da realidade do órgão, verificar-se a existência de serviços que precisam ser terceirizados e, ao mesmo tempo, são compatíveis com o regime de teletrabalho, entende-se possível que colaboradores de contratados para prestação de serviços exerçam suas atividades dessa forma, respeitada a legislação trabalhista.

Em sendo essa a hipótese, é imprescindível que o órgão realize levantamento da quantidade de postos que poderão ser alocados nesse tipo de regime.

Além disso, deve ser possível à Administração aferir que a contratada não está compartilhando o empregado alocado em um contrato para execução simultânea de outro, além de ser igualmente possível a fiscalização quanto à distribuição, controle e supervisão dos empregados alocados na execução do contrato.

Da mesma forma, a prestação dos serviços no regime de teletrabalho não pode afastar o controle da jornada do colaborador.

No que tange aos custos, a adoção dessa modalidade da execução dos serviços deve considerar a exclusão de custos atrelados exclusivamente ao trabalho presencial, a exemplo do vale transporte.

Embora a Lei nº 14.133, de 2021, não tenha exatamente a mesma previsão do art. 17, parágrafo único, da IN SEGES/MPDG nº 5/2017, entende-se que essa lógica também se aplica a ela, pois, ainda que haja prestação de serviços fora das dependências, há outros meios que permitem comprovar a alocação exclusiva do empregado no contrato administrativo.

Nessa perspectiva, conclui-se que existe respaldo legal para a execução de serviços, no regime de teletrabalho, nos contratos administrativos de mão de obra exclusiva, desde que as atividades desenvolvidas sejam compatíveis com essa modalidade e atendidos os requisitos da legislação pertinente.

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00382/2021/CONJUR-MC/CGU/AGU e PARECER Nº 00025/2022/CCAJ/PFEANCINE/PGF

NUPs: 71000.042487/2019-64 e 01416.001372/2022-58

MATRIZ E FILIAL

PERGUNTA P58: Celebrado contrato com a matriz, é possível sua execução pela filial da pessoa jurídica contratada?

RESPOSTA: Sim, desde que comprovada as regularidades fiscal e trabalhista da empresa e que não haja prejuízo para a Administração Pública, devendo a alteração ser formalizada, por termo aditivo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

. Sobre o ponto, a Advocacia-Geral da União editou a Orientação Normativa nº 66/2020:

> *HÁ RESPALDO JURÍDICO PARA EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO POR FILIAL DE PESSOA JURÍDICA CUJA MATRIZ PARTICIPOU DA LICITAÇÃO PÚBLICA CORRESPONDENTE, DESDE QUE OBSERVADAS AS SEGUINTES PREMISSAS: A) SEJA CERTIFICADA A REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA DA EMPRESA MATRIZ E DA FILIAL DA PESSOA JURÍDICA; B) HAJA MOTIVADA AVALIAÇÃO TÉCNICA A RESPEITO DA REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA DA MEDIDA NO ÂMBITO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, DE MANEIRA QUE: B.1) NÃO SEJA ADMITIDO QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUPORTE PREJUÍZO NEM QUALQUER ÔNUS FINANCEIRO ADICIONAL; B.2) SEJA ASSEGURADA A REDUÇÃO EQUITATIVA DO VALOR DO CONTRATO ADMINISTRATIVO CASO CERTIFICADO QUE A ALTERAÇÃO IMPORTA DIMINUIÇÃO DOS CUSTOS DISPOSTOS NA PROPOSTA DA EMPRESA CONTRATADA; E C) A ALTERAÇÃO NO CONTRATO SE FORMALIZE MEDIANTE TERMO ADITIVO, CUJO EXTRATO DEVE SER PUBLICADO NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO.*

Nessa perspectiva, conclui-se que não obstante o contrato ter sido celebrado com a matriz, é possível sua execução pela filial da pessoa jurídica contratada, desde que comprovada as regularidades fiscal e trabalhista da empresa e que não haja prejuízo para a Administração Pública, devendo a alteração ser formalizada, por termo aditivo.

LOCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

PERGUNTA P59: É possível a alteração do local onde são prestados os serviços contratados, durante a execução do contrato?

RESPOSTA: Sim, mediante a celebração de termo aditivo, com respaldo no art. 65, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 124, inciso I, alínea "a", da Lei nº 14.133, de 2021.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Reputam-se legítimas as alterações contratuais qualitativas quando motivadas por fatos supervenientes à contratação, desde que não modifiquem o objeto contratado em natureza e dimensão.

A necessidade de alteração do local de prestação de serviços, em decorrência de reorganização administrativa, regra geral, não provoca modificação substancial na natureza do serviço prestado, nem tampouco na sua dimensão – o objeto contratual permanece sendo o mesmo.

Assim, entende-se se tratar de modificação que tem por objetivo adequar as especificações do contrato, sendo possível nos termos da legislação de regência, desde que a alteração do endereço seja motivada por fatos superveniente à celebração do contrato.

As alterações terão como fundamento as disposições normativas esculpidas no art. 65, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 124, inciso I, alínea "a", da Lei nº 14.133, de 2021. Cita-se:

> *Lei nº 8.666, de 1993*
>
> *Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*
>
> *I - unilateralmente pela Administração:*
>
> *a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;*
>
> ——
>
> *Lei nº 14.133, de 2021*
>
> *Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados,*

com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica a seus objetivos;

Nessa perspectiva, conclui-se que é possível a alteração do local onde são prestados os serviços contratados, durante a execução do contrato, mediante a celebração de termo aditivo, com respaldo no art. 65, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 124, inciso I, alínea "a", da Lei nº 14.133, de 2021.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER Nº 00175/2022/CONJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.006682/2015-69

ULTRATIVIDADE DAS NORMAS

PERGUNTA P60: É correto sustentar a existência de ultratividade de normas coletivas trabalhistas em sede de contratos administrativos com dedicação exclusiva de mão de obra?

RESPOSTA: Não. As cláusulas coletivas têm vigência determinada, de modo que a incorporação de tais cláusulas aos contratos individuais não é definitiva, mas apenas subsiste durante a vigência dos instrumentos coletivos que as veiculam. Assim, finda a vigência do instrumento coletivo, cessam-se a vigência e a eficácia de suas cláusulas contratuais. Logo, todo e qualquer benefício, vantagem ou desvantagem que se ampare, única e exclusivamente, no instrumento coletivo, deixa de valer com o término de sua vigência, dada a sua natureza temporária.

Durante o eventual interstício entre acordos ou convenções coletivos de trabalho que se sucedem, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, a rigor, não há de se falar em anomia. Assim, cessada a vigência das normas coletivas de trabalho, as relações juslaborais da pertinente categoria serão regidas pela Constituição, lei e/ou contratos individuais de trabalho (norma individual e concreta), ainda que a disciplina deles seja mais desfavorável aos trabalhadores do que o tratamento conferido pela norma coletiva.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Ultra-atividade ou ultratividade - ambas expressões consagradas pela práxis jurídica - das normas coletivas trabalhistas "consiste no reconhecimento de situações em que esgotado o prazo previsto de vigência da norma, esta deve continuar a produzir efeitos até que outra posterior determine sua cessação"[1]. Este atributo intertemporal das normas coletivas restou consagrado no enunciado nº 277 do TST, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012, da máxima Corte Trabalhista:

> *As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.*
>
> *(Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25-9-2012)*

A propósito dessa nova redação do verbete sumular, os Ministros do TST Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado afirmaram:

> *A ultra-atividade da norma coletiva, agora retratada na Súmula nº 277 do TST, concilia a jurisprudência com os princípios regentes do Direito do Trabalho, com o pressuposto legal da continuidade normativa e, em especial, com a regra textualmente consagrada no art. 114, § 2º, da Constituição.*
>
> *[...]*
>
> *A nova redação da Súmula nº 277 do TST não cria direitos e benefícios. Permite, ao invés, que as regras coletivas se desenvolvam sobre os pontos relevantes, ou seja, a propósito dos direitos não regidos pela norma coletiva de trabalho precedente, salvo se há a intenção de modificá-los ou suprimi-los.*
>
> *Além disso, atende à lógica prevista no art. 7º da CF quando trata da preservação dos direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Leva, enfim, ao equilíbrio de forças, absolutamente essencial à negociação coletiva no contexto de um estado democrático (princípio da equivalência entre os contratantes coletivos).*
>
> *A ultra-atividade condicional, ou seja, aquela que faz a norma coletiva prevalecer até que a cláusula de interesse seja eventualmente derrogada por norma coletiva posterior, promove a harmonia entre os atores coletivos da relação laboral, impondo a negociação coletiva de trabalho como um modo necessário de rever conquistas obreiras, sem o artifício de tê-las suprimidas pela mera passagem do tempo.*[2]

Em que pesem os motivos consistentes para defender a tese consubstanciada no enunciado sumular, o Pleno do STF, por maioria, a reputou inconstitucional - assim como os precedentes que a replicavam - quando do julgamento da ADPF 323/DF. Segue a ementa do pertinente acórdão:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Violação a preceito fundamental. 3. Interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, consubstanciada na Súmula 277 do TST, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012. 4. Suposta reintrodução do princípio da ultratividade da norma coletiva no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004. 5. Inconstitucionalidade. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.

(ADPF 323/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15/09/2022)

Na conclusão do seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 323/DF, contrapôs:

Ao mesmo tempo que a própria doutrina exalta o princípio da ultratividade da norma coletiva como instrumento de manutenção de uma certa ordem para o suposto vácuo existente entre o antigo e o novo instrumento negocial, trata-se de lógica voltada para beneficiar apenas um dos lados.

Da jurisprudência trabalhista, constata-se que empregadores precisam seguir honrando benefícios acordados, sem muitas vezes, contudo, obter o devido contrabalanceamento.

Ora, se acordos e convenções coletivas são firmados após amplas negociações e mútuas concessões, parece evidente que as vantagens que a Justiça Trabalhista pretende ver incorporadas ao contrato individual de trabalho certamente têm como base prestações sinalagmáticas acordadas com o empregador. Essa é, afinal, a essência da negociação trabalhista. Soa estranho, desse modo, que apenas um lado da relação continue a ser responsável pelos compromissos antes assumidos – ressalte-se, em processo negocial de concessões mútuas.

Ante o exposto, voto pela procedência da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, de modo a declarar a inconstitucionalidade da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012, assim como a inconstitucionalidade de interpretações e de decisões judiciais que entendem que o art.

> *114, parágrafo segundo, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, autoriza a aplicação do princípio da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas.[3]*

A decisão da Suprema Corte, transitada em julgado em 23 de setembro de 2022[4] e que referendou liminar previamente concedida pelo relator, sedimentou a vedação à ultratividade das normas trabalhistas fruto de negociação coletiva.

Registre-se, porém, que antes mesmo do trânsito em julgado da mencionada decisão judicial, o art. 614, §3º, da CLT, com a redação conferida pela Lei nº 13.467, de 2017, no contexto da chamada «reforma trabalhista», limitou a vigência das convenções e acordos coletivos de trabalho a dois anos, bem como vedou a ultratividade das respectivas normas coletivas:

> *Art. 614 - Os Sindicatos convenentes ou as emprêsas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*
>
> *§ 1º As Convenções e os Acôrdos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*
>
> *§ 2º Cópias autênticas das Convenções e dos Acordos deverão ser afixados de modo visível, pelos Sindicatos convenentes, nas respectivas sedes e nos estabelecimentos das emprêsas compreendidas no seu campo de aplicação, dentro de 5 (cinco) dias da data do depósito previsto neste artigo. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)*
>
> *§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)*
>
> *(Grifou-se)*

Neste ponto, oportuno consignar que, segundo Bezerra Leite[5], saber se uma cláusula de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho se incorpora aos contratos individuais de modo definitivo é tema que se insere no exame da existência, ou não, da ultratividade dos referidos instrumentos de contratação coletiva. A este respeito, leciona o autor, há três teorias ou critérios informativos:

> *(i) aderência irrestrita - o efeito da ultratividade implica incorporação definitiva das cláusulas convencionais aos contratos individuais de trabalho, mesmo após a expiração do prazo de vigência do pacto de labor coletivo, de maneira que se submeter à regra de inalterabilidade prevista no art. 468 da CLT;*
>
> *(ii) aderência limitada pelo prazo - não admite a ultratividade do acordo ou convenção coletiva, pois seus efeitos devem obedecer aos limites de duração da norma coletiva respectiva, não se incorporando definitivamente aos contratos individuais de trabalho; e*
>
> *(iii) aderência por revogação - as normas coletivas de trabalho teriam ultratividade até que fossem substituídas por outras normas coletivas que regulassem a mesma matéria.*

Consoante Leite Carvalho, Arruda e Godinho Delgado[6], o critério da aderência limitada por revogação fora sufragado pela aludida redação da Súmula nº 277 do TST, que teria perfilado o Direito brasileiro ao lado de experiências próximas da tradição jurídica democrática ocidental e de nosso próprio estuário de influências, melhor traduzindo o direcionamento constitucional brasileiro nesse campo normativo. Contudo, na síntese de Ives Gandra Martins Filho:

> *A questão da ultratividade das normas coletivas, ou seja, a integração aos contratos de trabalho até que nova norma coletiva seja firmada, foi objeto da Súmula 277 do TST, que teve seu sinal trocado na denominada "Semana do TST" de 2012 (no sentido de admiti-la), mas tida por inconstitucional pelo STF na ADPF 323, sendo agora superada pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista).*[7]

Na mesma esteira, Hugo Fidelis Batista[8] pontua que a citada redação do enunciado 277 da súmula do TST foi contrária à intenção legislativa expressa na revogação do artigo 1º, §1º, da Lei 8.542/1992 (fim da teoria da aderência limitada por revogação) e à própria jurisprudência consolidada no TST, que adotava até 2012 a teoria da aderência limitada pelo prazo, de maneira que pela Lei 13.467/2017, editou-se o novo §3º do artigo 614 da CLT, que expressamente vedou a ultratividade.

É dizer, o critério ora aplicável à questão da incorporação de cláusula de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho aos contratos individuais de trabalho - quer por imposição legal ou conforme posição do STF - é o da aderência limitada pelo prazo. Por essa vertente, consigna Sérgio Martins Pinto, "as normas coletivas têm prazo certo de vigência (art. 613, II, e art. 614, § 3º), sendo que as condições ajustadas valem para o respectivo prazo de vigência (art. 613, IV, da CLT)"[9]. Ainda quanto às

implicações da adoção deste critério, cito comentário de Júlio Bernardo do Carmo, Desembargador aposentado do TRT da 3ª Região:

> *As normas coletivas, por outro lado, todas, sem exceção, têm prazo de vigência determinado, imposto por lei e suas cláusulas são frutos da autonomia privada coletiva ou de um ato heterônomo estatal que a substitui.*
>
> *Tendo prazo de vigência imperativa delineado na lei, as cláusulas coletivas não podem viver de forma atemporal, cessando sua eficácia com o exaurimento do prazo de vigência da norma coletiva.*
>
> *Como a ultra-atividade, como é irrefutável, depende de comando normativo expresso, e como já ressaltado alhures, inexistindo tal comando normativo no plano do direito positivo brasileiro, ressalvada a vigência efêmera da Lei n. 8.542/92, não há como sustentar que a cláusula coletiva continue surtindo efeito após a caducidade do instrumento normativo que a contempla.*
>
> *Outro argumento que milita contra a teoria da ultra-atividade condicionada da norma coletiva, em face da total ausência de respaldo legal para referendá-la, consubstancia-se na peculiaridade de que uma das garantias constitucionais atinentes aos direitos sociais é a conhecida irredutibilidade do salário ou a rigorosa observância da duração do trabalho normal, ressalvado o disposto em negociação coletiva.*[10]
>
> *(Grifou-se)*

Desse modo, uma vez que a ordem jurídica encampa o critério da aderência limitada pelo tempo, vedando a ultratividade de normas coletivas trabalhistas, as consequências imediatas são: (i) as cláusulas coletivas têm vigência determinada; (ii) a incorporação de tais cláusulas aos contratos individuais não é definitiva, mas apenas subsiste durante a vigência dos instrumentos coletivos que as veiculam; (iii) finda a vigência do instrumento coletivo, cessam-se a vigência e a eficácia de suas cláusulas contratuais.

Logo, todo e qualquer benefício, vantagem ou desvantagem que se ampare, única e exclusivamente, no instrumento coletivo, deixa de valer com o término de sua vigência, dada a sua natureza temporária.

Por outro lado, durante o eventual interstício entre acordos ou convenções coletivos de trabalho que se sucedem, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, a rigor, não há de se falar em anomia. Nesse sentido, confira-se trechos de votos dos Ministros do STF, por ocasião do julgamento da ADPF 323/DF[11]:

Min. Gilmar Mendes (p. 33)

Em todos ordenamentos que o adotam, o principal fator positivo do princípio da ultratividade da norma coletiva seria evitar período de anomia jurídica entre o final da vigência da norma anterior e a superveniência da seguinte. Nesse ínterim, ao trabalhador estariam assegurados benefícios básicos anteriormente acordados, até sua confirmação ou alteração por novo instrumento.

No Brasil, tal argumentação ignora, todavia, o amplo plexo de garantias constitucionais e legais já asseguradas aos trabalhadores, independentemente de acordo ou convenção coletiva. Na inexistência destes, os empregados não ficam desamparados, pois têm diversos direitos essenciais resguardados.

De fato, cessados os efeitos da norma acordada, as relações seguem regidas pelas demais disposições que compõem a legislação trabalhista, algumas até então afastadas por acordo ou convenção coletiva em questão. Não há, rigorosamente, anomia.

Min. Alexandre de Moraes (p. 73):

Então, Presidente, em momento algum, a meu ver, volto a dizer, com todo o respeito ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, houve uma revitalização constitucional do princípio da ultratividade da norma coletiva. Não me parece que tenha ocorrido isso, até porque a grande discussão que sempre existiu na doutrina trabalhista de eventual término do prazo deste acordo e com isso a cessação de direitos - eu diria, indisponíveis ao trabalhador -, não existe mais, porque os direitos garantidos pelo art. 7º da Constituição não podem ser pactuados entre empregado e empregador. Aqueles direitos previstos no art. 7º são imutáveis, são inalienáveis. A partir da convenção, do término do prazo, em não ocorrendo um novo acordo, o mínimo garantido já está na Constituição: os direitos sociais dos arts. 6º e 7º.

Min. Dias Toffoli (p. 166):

Ademais, importa registrar, assim como fizeram aqueles que me antecederam, que o término do prazo daquilo que fora convencionado coletivamente não significa a cessação dos direitos trabalhistas da categoria impactada, considerando que o ordenamento jurídico brasileiro garante um rol de garantias aos trabalhadores, por meio de lei e da Constituição, que não podem ser suprimidas ou negociadas, não havendo que se falar em anomia enquanto estiver pendente a pactuação de nova norma coletiva.

(Destaques no original)

Com efeito, cessada a vigência das normas coletivas de trabalho, as relações juslaborais da pertinente categoria serão regidas pela Constituição, lei e/ou contratos individuais de trabalho (norma individual e concreta), ainda que a disciplina deles seja mais desfavorável aos trabalhadores do que o tratamento conferido pela norma coletiva, como bem observa Bernardo do Carmo:

> *Há toda uma multiplicidade de fontes normativas e consequentemente de diplomas legais, hierarquicamente superpostos, uns tirando o seu esteio de validade dos outros, em uma escala de valores e de imperatividade que deságua na Lei Máxima da nação.*
>
> *Não existe anomia jurídica no Estado Democrático de Direito.*
>
> *Ora o fato da vida cotidiana é regido pela Constituição Federal, ora o é pela lei infraconstitucional federal, estadual ou municipal, ou pela autonomia da vontade privada (contratos), ou pelos costumes, ou pela sentença judicial que dirime o caso concreto levado às barras do Tribunal e assim sucessivamente, em uma cadeia lógica e ordenada de aplicação do direito aos multitudinários fatos da vida social.*
>
> *Ora, dentro dessa teleologia exegética, aliás a única compatível com o Estado Democrático de Direito, temos que quando uma norma coletiva perde sua razão fundante de validade, ou seja, perde sua vigência e eficácia, não se lhe segue um período de anomia jurídica ou de vácuo legislativo, e sim mera diversidade de aplicação de normas substitutivas que passam automaticamente a reger a respectiva situação.*
>
> *Assim, e.g., se a fonte da cláusula mais favorável ao trabalhador era a norma coletiva, e.g., um adicional de horas extras de 100%, exaurida a vigência do instrumento coletivo, e perscrutando-se a hierarquia que informa as fontes legais, veremos que a Constituição Federal passará a disciplinar a questão da sobrejornada efetuada pelo trabalhador, em face do disposto no inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, passando a ser invocável o adicional de horas extras ali previsto de 50%.*
>
> *E assim acontece com todas as demais cláusulas coletivas caducas, que passarão a ter novo fundamento de validade, ainda que transitoriamente mais desfavorável ao trabalhador.* [12]
>
> *(Grifou-se)*

Nessa perspectiva, conclui-se que as cláusulas coletivas têm vigência determinada, de modo que a incorporação de tais cláusulas aos contratos individuais não é definitiva, mas apenas subsiste durante a vigência

dos instrumentos coletivos que as veiculam. Assim, finda a vigência do instrumento coletivo, cessam-se a vigência e a eficácia de suas cláusulas contratuais. Logo, todo e qualquer benefício, vantagem ou desvantagem que se ampare, única e exclusivamente, no instrumento coletivo, deixa de valer com o término de sua vigência, dada a sua natureza temporária.

Durante o eventual interstício entre acordos ou convenções coletivos de trabalho que se sucedem, em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, a rigor, não há de se falar em anomia. Assim, cessada a vigência das normas coletivas de trabalho, as relações juslaborais da pertinente categoria serão regidas pela Constituição, lei e/ou contratos individuais de trabalho (norma individual e concreta), ainda que a disciplina deles seja mais desfavorável aos trabalhadores do que o tratamento conferido pela norma coletiva.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 099/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP 08016.001529/2016-59

PERGUNTA P61: Como tratar a questão da vedação à ultratividade de normas coletivas trabalhistas frente ao princípio da irredutibilidade salarial?

RESPOSTA: Finda a vigência dos instrumentos coletivos, cessam todos os benefícios que se fundamentem exclusivamente nos ajustes coletivos e subsistem aqueles previstos na Constituição, lei e/ou contrato individual de trabalho, porém conforme a disciplina neles estatuída, excluindo-se (ou modulando-se) da planilha de custos e formação de preços as respectivas rubricas. Ficam ressalvados os salários, cujos valores nominais não devem ser reduzidos, em virtude do princípio constitucional da irredutibilidade salarial (art. 7°, VI, CF/1988).

Duas observações, porém, são cabidas relativamente à exceção acima lançada:

(i) deve restar comprovado que o contratado não reduziu os salários de seus empregados;

(ii) caso o incremento salarial efetivado pelo acordo ou convenção coletiva tenha inequívoco caráter temporário e excepcional, é razoável admitir que ele não é acobertado pela irredutibilidade salarial, mas que se trata de liberalidade extraordinária e

episódica, de sorte que poderá ser retirado, uma vez cessada sua vigência.

Por ”inequívoco caráter temporário e excepcional”, quer-se aludir a situações em que o aumento remuneratório se deu por alguma situação peculiar, pontual e extraordinária. Por exemplo, incremento concedido em função de bonança extraordinária da empresa em dado exercício financeiro, benesse para mitigar algum evento caracterizado como fortuito ou força maior, etc. Afora isso, a cláusula contratual que veicula esta espécie de aumento salarial deve prever, expressamente, o período de vigência do aumento, estabelecendo sua data de início e de término, a fim de que reste claro que o incremento salarial é mesmo temporário e excepcional e que uma vez findo, volta-se ao patamar anterior ou a outro nível remuneratório definido no próprio instrumento.

Faz-se essa ressalva, seja porque se entende que ela é compatível com o princípio da irredutibilidade salarial (não vai de encontro à essência dos argumentos enunciados), seja com o intuito de salvaguardar a possibilidade de se conceder esse tipo de aumento excepcional em benefício dos próprios trabalhadores.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Ilustre-se com um exemplo. O salário mínimo é, atualmente, R$ 1.320,00, que, como cediço, é uma garantia constitucional (art. 7º, IV, CF/1988). Suponha-se que determinada categoria possui piso salarial, aprovado por lei, no montante de R$ 2.000,00. Por sua vez, a convenção coletiva de trabalho, vigente por doze meses, eleva o salário da categoria para R$ 3.000,00. Findo o prazo de vigência da convenção, qual o valor a ser pago à categoria até que seja aprovado novo instrumento coletivo que disponha sobre a questão?

Na senda da referida tese, tendo em vista que (i) a convenção coletiva é temporária e que (ii) há piso salarial legalmente aprovado e superior ao mínimo legal, o valor a ser pago seria R$ 2.000,00.

Porém, daí advém o questionamento: isso não seria uma redução salarial ofensiva ao art. 7º, VI, CF/1988, que prevê a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”?

De início, é preciso realçar que, salvo melhor juízo, esta questão não foi objeto da ADPF 323/DF e está em aberto. Na referida ação, o STF reconheceu a vedação à ultratividade das normas coletivas e, por outro lado, assegurou a disciplina constitucional-legal no interstício de instrumentos coletivos.

Contudo, não apreciou, em particular, se a cessação do aumento salarial e/ou do piso convencionalmente estabelecidos, com o término da vigência do respectivo instrumento coletivo, ofenderia ou não a irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF/1988).

Acerca do chamado princípio da irredutibilidade salarial, Carla Romar[13] destaca que em razão do seu caráter alimentar e por ser a fonte de sustento do trabalhador e de sua família, o salário não pode ser reduzido por ato unilateral ou bilateral, mas apenas, excepcionalmente, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Ao discorrer sobre o espectro de proteção contra a redução salarial, Luciano Martinez[14] afirma que: (i) ela abarca não apenas o salário-base, mas também os complementos salariais; (ii) não atinge os suplementos salariais (gorjetas, gueltas, arenas), (iii) a negociação coletiva não pode ser manejada para atingir especificamente um determinado trabalhador, a fim de reduzir uma vantagem pessoal que ele conquistou; (iv) a redução não pode aviltar o salário mínimo ou qualquer outra vantagem protegida pelo texto constitucional; (v) a proteção constitucional do art. 7º, VI, preserva apenas a dimensão nominal dos salários, e não seu poder aquisitivo; (vi) o aumento real concedido pela empresa a todos seus empregados somente pode ser reduzido mediante a participação efetiva do sindicato profissional do ajuste (OJ 325, SDI-1 do TST); (vii) o empregado que tem o seu salário estipulado em unidade de produção (o comissionista puro) pode ter retribuição que flutue entre o salário mínimo e montantes mais elevados sem que essa oscilação represente violação ao princípio da irredutibilidade salarial; (viii) a aplicação de descontos legais, de dedução por danos causados pelo trabalhador ou de sanções trabalhistas legítimas (a suspensão, por exemplo) sobre o salário não produz violação ao princípio da irredutibilidade salarial.

Pois bem, voltando à situação descrita, ela traduz redução salarial ofensiva ao art. 7º, VI, CF/1988?

A cessação do aumento concedido pela convenção coletiva no período de intervalo de tempo ofenderia sim o art. 7º, VI, da CF/1988.

Em primeiro, porque o texto do dispositivo assegura a irredutibilidade salarial, sem conjecturar a respeito da espécie normativa ou contratual que prevê o salário. Ou seja, em tese, a Constituição protege o aumento salarial veiculado por qualquer fonte.

Em segundo lugar, o dispositivo constitucional estabelece a única via pela qual a redução salarial é possível - isto é, por acordo ou convenção coletiva. Além de prever instrumentos específicos, o enunciado sugere a permanência do valor salarial até o eventual advento de redução pela negociação coletiva circunstancial. Aliás, Luciano Martinez[16] pondera

que mesmo a redução por via negocial, deve estar motivada por alguma razão de fato ou de direito que vise a uma melhoria para os empregados, ainda que essa melhoria seja a preservação do próprio emprego.

Em terceiro lugar, um dos postulados interpretativos das normas constitucionais, especialmente vocacionado àquelas definidoras de direitos fundamentais, é o da máxima efetividade, segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe empreste maior eficácia (aptidão para produzir os efeitos que lhes são próprios)[17]. Anota Barroso[18] que o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na não ocorrência de omissão do legislador.

Aplicando a lição à exegese do dispositivo constitucional em comento, parece evidente que ele procura conferir a maior proteção possível à estabilidade e à irredutibilidade salariais, observada, naturalmente, a ressalva nele próprio prevista. Consequentemente, no período de vácuo negocial, após a cessação da vigência do instrumento coletivo que aprovou aumento ou fixou piso salarial, a interpretação a atribuir maior efetividade ao princípio da irredutibilidade é no sentido de que ele teria o condão, quando for o caso, de evitar a redução salarial. Logo, esta somente pode ser efetivada por negociação coletiva posterior. Nessa esteira, confira-se os seguintes precedentes:

> *RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO TOTAL DECLARADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E AFASTADA PELO TRIBUNAL REGIONAL. PROSSEGUIMENTO NO EXAME DA CONTROVÉRSIA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 515, §3º DA CLT. CAUSA MADURA. Afastada a prescrição total declarada na primeira instância, cumpria ao Tribunal Regional prosseguir no exame da controvérsia, tendo em conta não apenas a natureza essencialmente jurídica das questões debatidas na presente ação, mas também o próprio postulado constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), cujo significado, no plano infraconstitucional, foi concretizado com a positivação da denominada teoria da "causa madura" (art. 515, § 3.º, do CPC). Recurso de revista não conhecido. 2. TERMO INICIAL PARA CONTAGEM DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NORMATIVA. SÚMULA 350 DO TST. Caso em que o Tribunal Regional, soberano na análise da prova, consignou expressamente ser incontroverso o fato de que o trânsito em julgado da sentença normativa ocorreu em 15/12/2008. E levando em conta o protesto ajuizado pelo Sindicato em 14/12/2010, reconheceu que o ajuizamento da demanda em 28 de novembro de 2012*

ocorreu dentro do prazo prescricional legal. A decisão regional que afastou a prescrição total está em sintonia com a Súmula 350 do TST, in verbis: " O prazo de prescrição com relação à ação de cumprimento de decisão normativa flui apenas da data de seu trânsito em julgado". Recurso de revista não conhecido. 3. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ÓBICE DA SÚMULA 297 DO TST. Uma vez não editada tese sobre o tema, imperioso reconhecer a absoluta ausência de prequestionamento, porquanto sequer opostos embargos de declaração pela Reclamada. Incide o óbice da Súmula 297. Recurso de revista não conhecido. 4. EMPRESA PÚBLICA. REAJUSTES SALARIAIS DECORRENTES DE SENTENÇA NORMATIVA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. ARTIGOS 7º, XXVI E 173, II DA CARTA MAGNA. Controvérsia centrada em reconhecer a integração de reajuste salarial decorrente de sentença normativa, sem prévia dotação orçamentária. Segundo o parágrafo 1º do artigo 173 da CF/88, a Reclamada está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Ademais, deve ser assegurada aos trabalhadores a prevalência das normas coletivas, conforme expressamente assentado no artigo 7º, XXVI da Constituição Federal. Logo, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Magna, impõe-se reconhecer a possibilidade da integração do reajuste salarial, sem previsão em lei específica de dotação orçamentária, nas hipóteses em que figura como empregadora a reclamada empresa pública. Recurso de revista não conhecido. 5. INTEGRAÇÃO DE REAJUSTE SALARIAL. PRAZO DE VIGÊNCIA DO INSTRUMENTO NORMATIVO. SÚMULA 277/TST. A controvérsia está centrada em definir se a condenação à integração dos reajustes deve ser limitada ao prazo de vigência do instrumento normativo que os autorizou. A discussão sobre o limite temporal da eficácia das cláusulas inscritas em acordos e convenções coletivas de trabalho, com fundamento nos arts. 613, II, e 614, § 3º, da CLT, está superada pela compreensão imposta por esta Corte na Súmula 277, segundo a qual "integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho." A diretriz inscrita na referida súmula deriva da nova realidade instituída pela EC 45/2004, que, ao introduzir reforma expressiva na estrutura do Poder Judiciário, dispôs que a Justiça do Trabalho apenas poderia solucionar conflitos coletivos de trabalho mediante comum acordo das partes interessadas (CF, art. 114, § 2º), situação que acabou impondo retrocesso social inadmissível e inconstitucional, por afronta ao "caput" do art. 7º da CF, ante a recusa sistemática da classe patronal em submeter, após frustradas as tentativas de negociação coletiva, as disputas ao crivo do Poder Judiciário. Mas, para além desses aspectos, determinadas cláusulas ajustadas coletivamente incorporam-se, pela sua própria natureza, de forma definitiva aos contratos de trabalho, não podendo ser suprimida, como no caso dos reajustes salariais. Afora a circunstância de que tais reajustes, fruto de negociação coletiva, apenas objetivam

a recomposição do equilíbrio entre as obrigações contratuais assumidas por empregados e empregadores, equilíbrio esse rompido pelo natural desgaste do poder aquisitivo da moeda advindo do processo econômico inflacionário, é fato que a própria Constituição impede a redução de salários, salvo por meio de negociação coletiva (CF, art. 7º, VI), o que não se verifica no caso dos autos. Nesse cenário, a integração de reajustes salariais previstos em normas coletivas não configura contrariedade à Súmula 277 do TST. Recurso de revista não conhecido"

(RR-1412-26.2012.5.05.0019, 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 07/08/2015; grifou-se).

PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PLEITOS REFERENTES A PERÍODOS DISTINTOS. Ocorre litispendência quando se reproduz a ação anteriormente ajuizada e ainda em trâmite, tendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. No presente caso, constata-se que a reclamante, embora tenha ajuizado processos anteriores pleiteando parcelas da mesma espécie das que ora são postuladas, limitou o pedido veiculado em cada ação a um período distinto, razão pela qual não há que se falar na identidade apta a ensejar a litispendência. Dessa forma, rejeita-se a preliminar suscitada pela recorrente. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. A reclamada suscita a incompetência do juízo da 2ª Vara do Trabalho de Boa Vista/RR, que proferiu a sentença ora recorrida, alegando a prevenção do juízo 1ª Vara do Trabalho da mesma localidade, por haver conhecido de processos anteriores conexos. Analisando os autos, contudo, não se observa a prejudicialidade deste processo em relação aos demais mencionados, por se referirem a períodos distintos, não atraindo a conexão apta a alterar a competência, nos termos do art. 55, §§2º e 3º do CPC. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. De acordo com o disposto no artigo 790, §§ 3º e 4º da CLT, a assistência judiciária gratuita pode ser concedida de ofício pelo Juízo ou a requerimento da parte àquele que receber salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou se for comprovada a insuficiência de recursos para pagamento das custas processuais. No presente caso, a reclamante declarou que não detém condições de arcar com as despesas processuais e o reclamado, apesar de impugnar tal declaração, não apresentou provas capazes de contrariá-la. Sendo assim, deve ser mantida a presunção de veracidade da declaração firmada, não havendo falar em revogação do benefício. REAJUSTE SALARIAL CONCEDIDO POR NORMA COLETIVA. EFEITOS PERMANENTES. INEXISTÊNCIA DE ULTRATIVIDADE. IRREDUTIBILIDADE SALARIAL. Conforme decisão de mérito proferida pelo STF na ADPF nº 323, foi declarada a inconstitucionalidade da Súmula nº 277, do TST, bem

> *como de interpretações e decisões judiciais que reconheçam a ultratividade de instrumentos coletivos de trabalho. No caso dos autos, contudo, verifica-se que a norma coletiva deferiu reajustes salariais, os quais possuem efeitos permanentes, em razão da irredutibilidade salarial prevista no art. 7º, VI, da CF, não havendo que se falar em diminuição dos salários ao fim do período de vigência da norma. Recurso conhecido e não provido.*
>
> *(Processo: 0000859-91.2021.5.11.0052; Data Disponibilização: 23/07/2022; TRT 11, Órgão Julgador Colegiado: 3ª Turma; Relator(a): MARIA DE FATIMA NEVES LOPES; grifou-se)*

O primeiro precedente fundamenta a integração dos valores salariais na ultra-atividade (Súmula 277 do TST) e na irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF/1988). É digno de nota que o primeiro precedente foi colacionado no voto do Min. Gilmar Mendes, quando da relatoria da ADPF 323/DF. Contudo, o destaque dado pelo Ministro foi apenas na linha de ilustrar - e afastar - a aplicabilidade da tese da ultratividade pelo TST. Não houve pronunciamento acerca do segundo argumento.

Por seu turno, o segundo precedente coligido, do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, cabe frisar, diz respeito a momento posterior ao julgamento da ADPF 323/DF. Como visto, o acórdão invoca a irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF/1988) para justificar a permanência dos reajustes salariais concedidos por instrumentos coletivos.

Em quinto lugar, a irredutibilidade propugnada não se confundiria com a ultratividade. Prova disso é que ela abrange tão somente os salários, e não as demais eventuais vantagens conferidas pelos instrumentos coletivos. Ademais, a garantia da vedação à redução salarial não decorre da produção delongada de efeitos da convenção, mas da incidência direta da norma constitucional na relação juslaboral.

Por fim, a rigor, não há incompatibilidade entre vedação à ultra-atividade e irredutibilidade salarial com fundamento no art. 7º, VI, CF/1988. Júlio do Carmo, por exemplo, sustenta:

> *Outro argumento que milita contra a teoria da ultra-atividade condicionada da norma coletiva, em face da total ausência de respaldo legal para referendá-la, consubstancia-se na peculiaridade de que uma das garantias constitucionais atinentes aos direitos sociais é a conhecida irredutibilidade do salário ou a rigorosa observância da duração do trabalho normal, ressalvado o disposto em negociação coletiva.[19]*
>
> *(grifou-se)*

Em sexto lugar, porque a irredutibilidade no interstício de instrumentos coletivos seria a opção mais compatível com o estado de coisas que a

norma-princípio da segurança jurídica pretende promover, notadamente a calculabilidade ("segurança do futuro"), entendida, segundo Humberto Ávila[20], como a capacidade de antecipar e medir as consequências jurídicas atribuíveis abstratamente a fatos ou atos próprios e alheios. Isto porque ela viabilizaria a antecipação pelos trabalhadores de que os salários que percebem, de natureza alimentar, somente seriam modificados por outro instrumento coletivo, fruto de negociação com o sindicato de sua categoria, de modo que o eventual interregno entre as negociações não seria um fator de instabilidade e imprevisibilidade remuneratórias.

Em sétimo lugar, porque, em se tratando dos casos em que o instrumento coletivo não só concedeu aumentos remuneratórios, mas também fixou o piso salarial da categoria - circunstância bastante comum[21] - há um fundamento constitucional adicional em prol da irredutibilidade: o art. 7°, V, da CF/1988, que estabelece como direito do trabalhador o "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho". Note-se que o enunciado normativo não especifica o veículo definidor do piso (lei, acordo coletivo, convenção coletiva, etc.), razão pela qual a tutela constitucional abarcaria os pisos salariais fixados via negociação coletiva, que deveriam ser observados até a pactuação de novos ajustes coletivos.

Sob a perspectiva das consequências, que, a par das reais dificuldades do gestor público, devem ser efetivamente consideradas, na senda dos arts. 20, 21 e 22 da LINDB[22] temos que o referendo à possibilidade de redução salarial é um estímulo ao incremento de judicialização, que pode acarretar, inclusive, responsabilização da Administração Pública, visto que, tudo leva a crer, que os empregados porventura afetados proporiam reclamações trabalhistas questionando a redução.

A mesma atitude pode ser um fator de descontinuidade na prestação do serviço, de má prestação ou mesmo de inviabilidade da execução de contratos com mão de obra em regime de dedicação exclusiva, seja em razão da diminuição da contraprestação contratual, seja em virtude do eventual descontentamento dos terceirizados com a redução salarial. Aliás, convém lembrar que o item 7.11. do Anexo VII-A da IN MPDG nº 5/2017[23] elenca uma importante diretriz contratual, ao vedar que o órgão ou entidade contratante exerça ingerências na formação de preços privados por meio da proibição de inserção de custos ou exigência de custos mínimos que não estejam diretamente relacionados à exequibilidade dos serviços e materiais ou decorram de encargos legais.

Outrossim, a redução salarial pode incrementar a burocracia na gestão contratual, a exigir revisões contratuais, supressões e acréscimos subsequentes, a depender do quanto restar negociado nos acordos/convenções posteriores.

Ainda quanto às considerações de ordem prática, convém ressaltar

preocupações externadas na Nota Técnica nº 5196/2018-MP, da Secretaria de Gestão (NUP: 58000.109846/2017-41, seq. 19), que são parcialmente administráveis mediante a adoção da irredutibilidade salarial:

> *[...]*
>
> *10. Nesse sentido, poder-se-ia elencar as possíveis implicações da não ultratividade das Convenções Coletivas de Trabalho, ex vi do § 3º art. 614 da CLT, aos atos/contratos administrativos - a exemplo da ocorrência de anomia, pela vedação de revitalização do princípio da ultratividade dos acordos coletivos de trabalho - a qual por regra ensejaria alterações por parte da Administração. No entanto, mesmo entendendo pela fragilidade que circunda a Administração pela ausência de um parâmetro objetivo (CCT) que sustente as ações administrativas, em compulso à legislação vigente, cabe colacionar, antecedente à manifestação final desta unidade técnica, algumas reverberações negativas em relação à supressão de benefícios concedidos ao trabalhador (por ausência de um novo acordo), os quais estão ancorados no contrato de trabalho estabelecido, bem como suportado pelo art. 468 da CLT que dispõe que "nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia".*
>
> *[...]*
>
> *12. De forma reflexa, não se pode deixar ainda de asseverar que se a vedação da ultratividade da CCT for absoluta, insofismável que não haverá nem suporte para pagamento dos salários base dos trabalhadores, pois esses valores são acordados entre partes e assentados por meio das CCTs, o que por decorrência lógica impactariam nos contratos individuais de trabalho e nos contratos de prestação de serviços realizados pela Administração, que estariam por regra sem amparo legal para escorá-los.*
>
> *13. Nesse sentido, a vedação da ultratividade da convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho assentada à CLT, por força da reforma trabalhista, tem por inteligência ser guardiã de novas negociações e da não perenidade das negociações/acordos de trabalho (que podem ser tanto in pejus ao trabalhador como ao empregador).*
>
> *14. Em que pese todo o viés de que a vedação a ultratividade da convenção coletiva ou acordo coletivo enseja a supressão dos benefícios dos trabalhadores, entende-se que merece cautela e acurácia nos casos de retirada, em face de que a natureza jurídica das relações de trabalho se amoldam num vínculo jurídico por força de um contrato individual de trabalho. E este por*

consectário lógico está antipodal a vedação da ultratividade, pois tem garantia da imutabilidade unilateral. Em outras palavras, somente poderá haver alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Vide intelecção do art. 468 da CLT - item 10 desta Nota Técnica.

15. Por derradeiro, sem trato meritório, mas tão somente de cunho técnico-opinativo, deve-se avaliar as situações caso a caso, sob a ótica contratual, não somente sob a perspectiva dos acordos coletivos, para que não se retire a força normativa dos contratos (que tem origem no Direito Civil), violando, assim, o princípio da segurança jurídica. Demais disso, sublimando eventuais contingências trabalhistas futuras.

[...]

17. Partindo-se das seguintes premissas, (i) o contrato individual de trabalho tem garantia da imutabilidade unilateral; (ii) a vedação a ultratividade das CCTs tem como cerne sere guardiã de novas negociações e da não perenidade das negociações/acordos de trabalho (que podem ser tanto in pejus ao trabalhador como ao empregador); (iii) que os benefícios concedidos ao trabalhador são de duas espécies: os compulsórios (vindouros da lei ou das CCTs) e os espontâneos (os quais merecem avaliação quando da supressão); (iv) não se pode considerar que a vedação da ultratividade da CCT é absoluta/incólume, que pode transpassar as relações contratuais de trabalho (se assim o for não haverá nem suporte para pagamento dos salários base dos trabalhadores, pois esses valores são acordados entre partes e assentados por meio das CCT), e considerando a supremacia jurídica da Administração, não se pode abster-se de autotutelar algumas situações que podem deixá-la vulnerável tecnicamente e factualmente inerme diante de situações de insegurança jurídica (como é o caso em tela), infere-se:

17.1. Que os contratos individuais de trabalho não estão mais sob a égide de uma convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, mas sim sob o patrocínio de uma relação jurídica de natureza vinculativa entre o empregador e o empregado, de modo que sua alteração prevalecerá desde que observado os preceitos do art. 468 da CLT, ou seja, deverá ocorrer por mútuo consentimento e que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia; e

17.2. Sendo os contratos não passíveis de alteração unilateral (empregador), seus preceptivos são, por arrastamento, carreados na formação de preços, mesmo que albergados em CCT expirada.

18. Assim, esta unidade técnica calcada nas premissas acima entende:

[...]

(iii) que nos contratos firmados sob a égide do regime de direito administrativo (contratações de serviço continuado com regime de dedicação exclusiva de mão de obra), entende-se que serão franqueados pela força dos contratos subscritos entre a Administração e o fornecedor vencedor, considerando que são lei entre as partes, assentado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Por conseguinte, sujeitos aos ditames da Lei Geral de Licitações tanto para acréscimos, quanto para supressões. Ainda, deve-se levar em consideração que os balizadores dos preços dos contratos da administração atuais, não são mais as CCTs, mas na verdade a precificação final da licitação chancelada pela Administração e subscrita pelos interessados em um contrato formal. O que por regra, reforça-se o afastamento da CCT, como já explanado. Assim, entende-se que a administração deve suportar a avença acordada, até que sobrevenha fatos novos que ensejam alteração contratual, a exemplo (i) de supressões realizadas pelo empregador (contratado) nos seus contratos individuais de trabalho, que, de modo reflexo, alterem o fluxo de pagamento pela administração ou (ii) alterá-los com base nos motivadores presentes no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, ipsis litteris:

[...]

(iv) que a supressão de benefícios (compulsórios ou espontâneos) dos trabalhadores pela Administração, sem as devidas cautelas, alteram as relações de trabalho entre o empregador e empregado (o contrato individual de trabalho), o que acarreta ingerência da Administração. Preceito este vedado pela IN nº 5, de 26 de maio de 2017, in verbis:

[...]

(vi) que, não menos importante, corroborando o item acima, a ordem constitucional preleciona no § 2º do art. 114, que "recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente". Desse modo repisa-se que qualquer supressão de benefícios dos trabalhadores (alocados no contrato de prestação de serviços) pela Administração ou a não observância das regras contratuais (tanto as privadas - contrato individual de

trabalho, quanto as públicas - contrato administrativo) ensejam a máxima circunspecção para a tomada de decisão.

Por tais razões, a tese ora proposta é a seguinte: finda a vigência dos instrumentos coletivos, cessam todos os benefícios que se fundem exclusivamente neles e subsistem aqueles previstos na Constituição, lei e/ou contrato individual de trabalho, porém conforme a disciplina neles estatuída, excluindo-se (ou modulando-se) da planilha de custos e formação de preços as respectivas rubricas. Ficam ressalvados os salários, cujos valores nominais não devem ser reduzidos, em virtude do princípio constitucional da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF/1988).

Duas observações, porém, são cabidas relativamente à exceção acima lançada:

(i) deve restar comprovado que o contratado não reduziu os salários de seus empregados;

(ii) caso o incremento salarial efetivado pelo acordo ou convenção coletiva tenha inequívoco caráter temporário e excepcional, é razoável admitir que ele não é acobertado pela irredutibilidade salarial, mas que se trata de liberalidade extraordinária e episódica, de sorte que poderá ser retirado, uma vez cessada sua vigência.

Por «inequívoco caráter temporário e excepcional", quer-se aludir a situações em que o aumento remuneratório se deu por alguma situação peculiar, pontual e extraordinária. Por exemplo, incremento concedido em função de bonança extraordinária da empresa em dado exercício financeiro, benesse para mitigar algum evento caracterizado como fortuito ou força maior, etc. Afora isso, a cláusula contratual que veicula esta espécie de aumento salarial deve prever, expressamente, o período de vigência do aumento, estabelecendo sua data de início e de término, a fim de que reste claro que o incremento salarial é mesmo temporário e excepcional e que uma vez findo, volta-se ao patamar anterior ou a outro nível remuneratório definido no próprio instrumento.

Faz-se essa ressalva, seja porque se entende que ela é compatível com o princípio da irredutibilidade salarial (não vai de encontro à essência dos argumentos enunciados), seja com o intuito de salvaguardar a possibilidade de se conceder esse tipo de aumento excepcional em benefício dos próprios trabalhadores.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: PARECER n. 099/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP 08016.001529/2016-59

COMPENSAÇÕES DE CRÈDITOS

PERGUNTA P62: É possível a realização de compensação entre créditos e débitos constantes de contratos administrativos diversos?

RESPOSTA: É possível a compensação dos débitos da pessoa jurídica contratada pela União com os créditos oriundos de outro contrato administrativo, conforme já devidamente sedimentado pela Advocacia-Geral da União no bojo do PARECER n. 00063/2021/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00688.000576/2017-41, seq. 117/121) (anexo), aprovado pelo Exmo. Advogado-Geral da União, consoante o Despacho nº 48/2022, em razão do que dispõem o art. 54 da Lei nº 4.320, de 1964, combinado com o art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, ou o art. 89 da Lei nº 14.133, de 2021, e com o art. 368 e seguintes do Código Civil, não havendo necessidade de que os débitos e créditos se compensem no âmbito estrito de um único órgão ou unidade administrativa, sendo juridicamente possível, em tese, a extinção de obrigações contratuais relacionadas a órgãos distintos, uma vez que, na verdade e invariavelmente, a parte contratual é a União, que se faz representada em cada instrumento pelos diversos órgãos competentes que a integram, todos desprovidos per si de personalidade jurídica própria (art. 41, inciso I, do Código Civil).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A possibilidade de compensação total ou parcial dos débitos de pessoa jurídica contratada pela União com os créditos por ela devidos decorrentes do mesmo contrato ou de outros contratos administrativos que o contratado possua com a União já foi devidamente sedimentada pela Advocacia-Geral da União, no bojo do PARECER n. 00063/2021/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00688.000576/2017-41, seq. 117/121), aprovado pelo Exmo. Advogado-Geral da União, consoante o Despacho nº 48/2022. Vejamos o que consta da aludida manifestação jurídica:

> *[...]*
>
> *45. Sabe-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional entendeu que não seria possível que o devedor compensasse, por exemplo, uma multa do Ministério da Saúde com um crédito a receber do Ministério da Economia, em virtude do art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93, que conceitua Administração como*

sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

> *13. Especificamente no âmbito das contratações administrativas, essa definição é atenuada pela utilização da palavra "Administração", definida no art. 6º, XII da Lei nº 8.666/93 como sendo "órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente". Ou seja, não basta que seja a mesma Pessoa Jurídica (ex: União) a ter aplicado a sanção e a ter o crédito a pagar, devendo ser o mesmo órgão ou entidade pela qual tal pessoa opera e atua concretamente (portanto, por exemplo, não é possível compensar uma multa do Ministério da Saúde com um crédito do Ministério da Economia).*
>
> *14. Mas afora essa particularidade, não há, realmente, qualquer restrição adicional a tais compensações. Em momento algum, a lei estabeleceu que o crédito e a multa devem estar em um mesmo contrato, não sendo razoável, como já dito pela área técnica, que o intérprete crie essas restrições onde elas não existam. Se isso não decorre do instituto original do direito civil ou das especificidades inseridas pela sua implementação no âmbito das contratações públicas, entende-se inexistir qualquer vedação à compensação em contratos distintos. Pode haver discussões sobre a conveniência e oportunidade dessa medida ou acerca de eventuais efeitos na saúde financeira dos contratos, mas tais questões refogem à análise jurídica a ser feita por esta Procuradoria.*

46. Essa conclusão deve ter sido vislumbrada também em virtude da orientação consolidada na AGU, no sentido de que a sanção de suspensão do direito de contratar está adstrita ao órgão ou entidade, construída a partir da expressão "Administração", utilizada e conceituada pelo legislador na Lei de Licitações e Contratos. De fato, a expressão "Administração" está presente tanto quando trata dos descontos em face dos pagamentos, quanto da retenção dos créditos até o limite dos prejuízos causados à "Administração".

47. Registre-se que esse entendimento, embora tenha sido adotado quando da Instrução Normativa nº 43, de 8 de junho de 2020 (sobre multas em contratos administrativos), é legítimo, mas não é a única possibilidade, pois os verdadeiros credores e devedores são os que possuem personalidade jurídica para contratar, proprietários dos numerários.

48. Nessa linha, porque não constou a expressão "ente" no art. 6º, XII, da Lei nº 8.666/93, a PGFN entendeu que a expressão "Administração", para fins de compensação, não abarca a União.

Entretanto, em verdade, o legislador utiliza a expressão "órgão, entidade ou unidade administrativa" nesses diplomas legais porque, caso contrário, determinados enunciados abarcariam outros entes, tais como Estados, Municípios e Distrito Federal. Ora, na Lei de Licitações há normas direcionadas exclusivamente à União e em alguns enunciados há normas que são gerais para os demais entes.

49. Questiona-se, o dispositivo, ao mencionar "unidade administrativa", implicaria hipoteticamente a possibilidade de adotar a menor unidade administrativa como parâmetro para realizar uma compensação entre credor e devedor? Ou ainda para limitar os efeitos de determinadas sanções a um Departamento, por exemplo?

50. Nesse diapasão, a novel Lei de Licitações inclusive já substituiu a expressão "Administração" por "Administração Pública", ao tratar das multas:

Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:

(...)

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

[...]

52. Compete ao Ministério da Economia regulamentar como serão efetivadas as compensações no contexto das licitações e contratos, como o fez com relação às multas administrativas quando da edição da IN nº 43, de 8 de junho de 2020. A Pasta poderá avaliar, quando não houver adstrição a determinado órgão, como deverá ser feita a equalização dos créditos orçamentários pertencentes a outro órgão, inclusive o cabimento de Termos de Execução Descentralizada ou outro instrumento.

53. Frisa-se, por oportuno, que os fundamentos legais previstos no arts. 40, XIV, "d", art. 80, IV, art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666, de 1993 corroboram a possibilidade de compensação, mas a utilização para efeito de fundamentação e interpretação é facultativa, pois a conjugação do art. 54, da Lei nº 8.666/93, repetido no novel art. 89, da Lei nº 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos), com o art. 54, da Lei nº 4.320/1964 e art. 368 do Código Civil, seriam suficientes.

[...]

70. Ante os argumentos alinhavados, conclui-se que:

a) No contexto das licitações e contratos administrativos, o art. 54, da Lei nº 4.320/64, não admite a compensação da obrigação de recolher rendas ou receitas com direito creditório, apenas quando oposta pelo devedor privado contra a Administração Pública;

b) Por outro lado, o art. 54, da Lei nº 4.320/84, não impede a Administração Pública de realizar compensação com devedor privado no âmbito das licitações e contratos, ou com outra entidade pública, por sua iniciativa e a seu favor, após regular processo administrativo, cujos fundamentos são o art. 54, da Lei nº 8.666/93, reiterado no novel art. 89, da Lei nº 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos), combinados com o art. 368, do Código Civil;

c) Não incide o art. 54, da Lei nº 4.320/64, tampouco a tese firmada no PARECER n. AGU/RB-03/95, aprovado pelo PARECER n. GQ-72/95 e respectivo Despacho do Presidente da República, quando a compensação ocorre entre ente (e seu órgão, representante nos instrumento) e entidade pública (União e Caixa Econômica Federal), uma vez que ambos estão na Administração Pública;

d) A realização da compensação é juridicamente permitida nesses termos, entre credor e devedor (reais contratantes), de modo que o ente (e.g. União) poderá operacionalizá-la com crédito a receber do devedor (e.g. CEF), após regular processo administrativo, inclusive créditos e débitos que vão além da esfera do órgão, o qual consta do instrumento apenas como mero representante da União;

e) A limitação subjetiva constante da IN nº 43, de 8 de junho de 2020, que tratou da compensação envolvendo especificamente as multas previstas nas Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/11, é igualmente legítima sob a ótica da Lei nº 8.666/93, no ponto em que se adstringiu a contratos administrativos que o interessado possua com o mesmo órgão ou entidade sancionadora (art. 80, IV, art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/93). No entanto, há possibilidade jurídica de se estender à União, verdadeira contratante, após o presente entendimento, que esclarece os fundamentos legais da compensação, quais sejam o art. 54, da Lei nº 8.666/93, repetido no novel art. 89, da Lei nº 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos), combinados com o art. 368, do Código Civil;

f) A leitura da fundamentação do PARECER n. AGU/RB-03/95, em conjunto com a sua conclusão, permite compreender, conforme demonstrado na presente manifestação, que o entendimento de que é vedada a compensação de crédito de natureza não tributária referia-se apenas a multas decorrentes do exercício

de fiscalização (poder-dever de polícia), ocasião em que não se analisou outras autorizações legais específicas permissivas da aplicação supletiva dos ditames de direito privado; e

g) Compete ao Ministério da Economia regulamentar como serão efetivadas as compensações no contexto das licitações e contratos, como o fez com relação às multas administrativas quando da edição da IN nº 43, de 8 de junho de 2020.

Aprovado o PARECER n. 00063/2021/DECOR/CGU/AGU, ressaltam-se as importantes diretrizes consignadas no DESPACHO n. 00020/2022/DECOR/CGU/AGU do Exmo. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União:

12. Nestes termos, consolide-se que, em sede de contratos administrativos, há explícita e especial previsão legal, posta no art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, e no art. 89 da Lei nº 14.133, de 2021, que determina que as relações jurídicas "regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado", portanto, neste específico regime jurídico-administrativo, em que se inserem inclusive as denominadas "cláusulas exorbitantes ao direito comum" (art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993, e art. 104 da Lei nº 14.133, de 2021), admite-se, em tese, a critério da Administração, na ausência de vedação em cláusula contratual ou de disposição editalícia em sentido contrário, e após regular processo administrativo, que obrigações recíprocas, incluindo aquelas pactuadas em contratos administrativos distintos, sejam extintas na medida em que se compensem, observado o art. 368 e seguintes do Código Civil.

13. Então, as repercussões decorrentes da regra geral estabelecida pelo art. 54 da Lei nº 4.320, de 1964; o regime jurídico especial aplicável aos contratos administrativos; as prerrogativas legais e contratuais que são próprias da Administração Pública, e que compreendem as denominadas "cláusulas exorbitantes ao direito comum"; a supremacia do interesse público em detrimento das aspirações particulares; e a aplicação supletiva da teoria geral dos contratos e do direito privado aos contratos administrativos; faz prevalecer exegese no sentido de que, em tese e a critério da Administração, há respaldo jurídico para compensação de créditos, por meio da extinção de obrigações recíprocas pactuadas em contratos administrativos firmados entre a União e entidades da Administração Pública, ou particulares.

14. O credor interessado, pois, pode fazer pedido de compensação, atuação que se diferencia da sua oposição (e imposição) à Fazenda. Por conseguinte, na ausência de impedimento editalício ou contratual, a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado,

possibilita juridicamente que, após regular processo legal, e sob inspiração da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, a Administração admita, ex officio ou a partir de solicitação do interessado, a extinção de obrigações recíprocas decorrentes de contratos administrativos, na medida em que se compensem, e na forma do art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, ou do art. 89 da Lei nº 14.133, de 2021, combinado com o art. 368 e seguintes do Código Civil, não havendo, pois, direito subjetivo à compensação em face da Administração pelo seu credor.

15. No exame de cada caso concreto, portanto, poderá o ente público avaliar as circunstâncias que lhe são próprias, incluindo, por exemplo, os riscos de eventual compensação para a continuidade da regular execução, adimplemento e fiscalização contratual, os riscos de eventual responsabilização subsidiária da Administração, embaraços de ordem orçamentária ou financeira porventura existentes, dentre outras razões de interesse público, cujo exame conclusivo poderá recomendar ou desaconselhar a formalização da compensação na situação específica analisada.

16. Destaque-se, por fim, que o art. 54 da Lei nº 4.320, de 1964, combinado com o art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993, ou o art. 89 da Lei nº 14.133, de 2021, e com o art. 368 e seguintes do Código Civil, não obstam que, em sede de contratos administrativos, sejam realizadas compensações nas hipóteses em que ambas as partes integrem a Administração Direta e Indireta, bem como que, no âmbito da União, não há necessidade de que os débitos e créditos se compensem no âmbito estrito de um único órgão ou unidade administrativa, sendo juridicamente possível, em tese, a extinção de obrigações contratuais relacionadas a órgãos distintos, uma vez que, na verdade e invariavelmente, a parte contratual é a União, que se faz representada em cada instrumento pelos diversos órgãos competentes que a integram, todos desprovidos per si de personalidade jurídica própria (Art. 41, inciso I, do Código Civil), podendo, se for o caso, ser promovido remanejamento, ajuste ou acerto orçamentário/financeiro entre os órgãos públicos envolvidos via, por exemplo, termo de execução descentralizada (Decreto nº 10.426, de 2020). (GRIFO NOSSO)

17. Conclui-se, pois, que o art. 54 da Lei nº 4.320, de 1964, dispõe sobre a impossibilidade jurídica de imposição pelo devedor de crédito que porventura tenha contra a União para fins de extinguir obrigação de recolher rendas ou receitas, portanto referenciado dispositivo não traz per si uma vedação para que legislação especial discipline a admissibilidade jurídica da compensação como forma de extinção de obrigações, notadamente no âmbito de relações jurídicas estabelecidas entre a União e entidades da Administração Pública Indireta que lhe são vinculadas.

Nessa perspectiva, conclui-se que é possível a compensação dos débitos

da pessoa jurídica contratada pela União com os créditos oriundos de outro contrato administrativo, em razão do que dispõem o art. 54 da Lei nº 4.320, de 1964, combinado com o art. 54 da Lei nº 8.666. de 1993, ou o art. 89 da Lei nº 14.133, de 2021, e com o art. 368 e seguintes do Código Civil, não havendo necessidade de que os débitos e créditos se compensem no âmbito estrito de um único órgão ou unidade administrativa, sendo juridicamente possível, em tese, a extinção de obrigações contratuais relacionadas a órgãos distintos, uma vez que, na verdade e invariavelmente, a parte contratual é a União, que se faz representada em cada instrumento pelos diversos órgãos competentes que a integram, todos desprovidos per si de personalidade jurídica própria (Art. 41, inciso I, do Código Civil).

MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS UTILIZADAS COMO FONTES DE PESQUISA: PARECER n. 00063/2021/DECOR/CGU/AGU e PARECER n. 102/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU

NUP: 00688.000576/2017-41 e NUP: 00135.213069/2021-17

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

PERGUNTA P63: Para que o contrato administrativo tenha força de título executivo extrajudicial é obrigatória a assinatura de duas testemunhas?

RESPOSTA: Com fulcro no art. 784, inc. II, do Código Civil, o contrato administrativo é um documento público que possui força de título executivo extrajudicial quando assinado pelo devedor, dispensada a assinatura por duas testemunhas. Afigura-se tão somente recomendável a assinatura por duas testemunhas com vistas a garantir também o enquadramento como título executivo no inc. III, do art. 784, do CPC, que prescreve assim o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Conforme inciso II do art. 784 do Código de Processo Civil (Art. 585, inciso II, do CPC revogado), os contratos administrativos, os convênios e demais instrumentos congêneres se caracterizam como documentos públicos assinados pelo devedor, portanto, são títulos executivos extrajudiciais, inclusive conforme sobranceira jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS DE AMBAS AS PARTES. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE USO REMUNERADO. HIPÓTESE EM QUE O ACÓRDÃO REGIONAL ENTENDEU QUE TAL INSTRUMENTO NÃO POSSUI EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL E MANTEVE A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE ACOLHEU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, EXTINGUINDO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO A EXECUÇÃO DO SALDO DEVEDOR. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DESTE STJ, QUE ENCONTRA A EXECUTIVIDADE DESTA ESPÉCIE CONTRATUAL POR SE TRATAR DE DOCUMENTO PÚBLICO, A TEOR DO ART. 585, II DO CPC/1973. RECURSO ESPECIAL DA AUTARQUIA FEDERAL CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. INVERTIDA A CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL. PREJUDICADO O APELO RARO DA MICROEMPRESA CONTRATADA QUE VERSAVA SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Este STJ possui firme entendimento pelo qual o contrato administrativo possui natureza jurídica de título executivo, por ser documento público, a teor do art. 585, II do CPC/1973. Nesse sentido: AgInt no REsp. 1.523.938/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 27.3.2018 e AgRg no AREsp. 76.429/PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 7.3.2013, dentre outros.

2. Recurso Especial da Autarquia Federal conhecido em parte e provido na parte conhecida e Apelo Raro da Microempresa Contratada prejudicado.

(REsp 1083164/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 17/11/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. NATUREZA. DOCUMENTO PÚBLICO.

...

2. A jurisprudência desta Corte, ao interpretar o disposto no art. 585, II, do CPC, firmou entendimento no sentido de que o contrato administrativo possui a natureza de documento público, tendo em vista emanar de ato do Poder Público. A propósito: AgRg no AREsp 76.429/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 7/3/2013 e REsp 879.046/DF, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 18/6/2009).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1523938/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

...

6. Somente constituem títulos executivos extrajudiciais aqueles definidos em lei, por força do princípio da tipicidade legal (nullus titulus sine legis).

7. O inciso II do art. 585 do CPC, com redação dada pela Lei 8.953/94, incluiu entre os títulos executivos extrajudiciais as escrituras públicas ou outros documentos públicos, os documentos particulares e os instrumentos de transação, passando, assim, a contemplar as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, além das já conhecidas obrigações de pagar coisa certa e de entregar coisa fungível, previstas na redação anterior do referido dispositivo legal.

8. O julgamento da controvérsia pressupõe a resolução de dois pontos fundamentais: (1º) definir se o contrato administrativo firmado entre os consórcios e a empresa pública enquadra-se em alguma das hipóteses do inciso II do art. 585 do CPC; (2º) verificar se o contrato em exame está revestido dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, previstos no art. 586 do CPC. Quanto ao primeiro aspecto, ressalte-se que esta Corte de Justiça, em algumas ocasiões, ao interpretar o disposto no art. 585, II, do CPC, tem reconhecido a natureza de documento público aos contratos administrativos, tendo em vista emanar de ato do Poder Público. Entende-se, portanto, que o contrato administrativo "caracteriza-se como documento público, porquanto oriundo de ato administrativo perfeito e revestido de todas as formalidades inerentes aos contratos públicos" (REsp 700.114/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.5.2007). Nesse sentido: REsp 487.913/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 9.6.2003; REsp 882.747/MA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 26.11.2007). Quanto ao segundo aspecto, a Corte de origem, soberana no exame dos aspectos fáticos e probatórios da lide e das cláusulas contratuais e do edital de licitação, concluiu que o título executivo extrajudicial está revestido de certeza, liquidez e exigibilidade, na medida em que as obrigações estipuladas ao contratado estão devidamente especificadas no contrato administrativo e no ato convocatório do certame, e que os documentos acostados nos autos demonstram a liquidez e a exigibilidade do contrato administrativo. Portanto, não há como entender-se em sentido diverso no presente recurso especial, sob pena de se incorrer nas vedações insertas nas Súmulas 5 e 7/STJ.

...

(REsp 879.046/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 18/06/2009)

Por conseguinte, apesar de não ser imprescindível, a aposição da firma de duas testemunhas nos referenciados instrumentos é medida que pode ser adotada para acautelar qualquer discussão em juízo acerca da natureza de título executivo extrajudicial do documento público[1], notadamente caso tal providência não comprometa ou cause prejuízo à regular dinâmica das rotinas administrativas para celebração de contratos, convênios e instrumentos congêneres adotadas no órgão.

Nessa perspectiva, conclui-se que com fulcro no art. 784, inc. II, do Código Civil, o contrato administrativo é um documento público que possui força de título executivo extrajudicial quando assinado pelo devedor, dispensada a assinatura por duas testemunhas. Afigura-se tão somente recomendável a assinatura por duas testemunhas com vistas a garantir também o enquadramento como título executivo no inc. III, do art. 784, do CPC, que prescreve assim o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas.

MANIFESTAÇÃO JURÍDICA UTILIZADA COMO FONTE DE PESQUISA: NOTA n. 00013/2021/DECOR/CGU/AGU

NUP: 23282.002192/2019-93

PAGAMENTO PELO FATO GERADOR

PERGUNTA P64: Na sistemática do pagamento pelo fato gerador, as verbas rescisórias são parte integrante dos pagamentos mensais à contratada?

RESPOSTA: Não. Na sistemática de pagamento pelo fato gerador, o direito da empresa contratada somente nasce quando da realização do evento, logo, sem o evento consolidado não há o pagamento. Assim, nessa sistemática de controle interno as verbas rescisórias não são parte integrante dos pagamentos mensais à contratada, devendo ser pagas somente na ocorrência do fato gerador nos estritos termos em que se realizaram.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O Pagamento pelo Fato Gerador, previsto na alínea "a" do inciso V do art. 8º do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, é um dos instrumentos de garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas, das verbas rescisórias, dentre outros eventos, nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:

> *Decreto nº 9.507, de 2018*
>
> *Art.6º Para a execução indireta de serviços, no âmbito dos órgãos e das entidades de que trata o art. 1º, as contratações deverão ser precedidas de planejamento e o objeto será definido de forma precisa no instrumento convocatório, no projeto básico ou no termo de referência e no contrato como exclusivamente de prestação de serviços.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 8º Os contratos de que trata este decreto conterão cláusulas que:*
>
> *V - prevejam, com vistas à garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra:*
>
> *a) que os valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador; ou*
>
> *b) que os valores destinados ao pagamento das férias, décimo terceiro salário e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão depositados pela contratante em conta vinculada específica, aberta em nome da contratada, e com movimentação autorizada pela contratante;*

Com o advento da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, essa metodologia, definida no Anexo I – Definições da referida IN, como "situação de fato ou conjunto de fatos, prevista na lei ou contrato, necessária e suficiente a sua materialização, que gera obrigação de pagamento do contratante à contratada", passa a compor um dos mecanismos de controle interno, conforme preleciona o art. 18 e Anexo VII-B da IN nº 5, de 2017, que deve ser adotado pela Administração nos contratos de prestação de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra.

IN nº 5, de 2017

(...)

Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.

§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no caput, poderão ser adotados os seguintes controles internos:

I - Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e

Gestão; ou

II - Pagamento pelo Fato Gerador, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

§ 2º A adoção de um dos critérios previstos nos incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.

§ 3º Só será admitida a adoção do Pagamento pelo Fato Gerador após a publicação do Caderno de Logística a que faz referência o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 4º Os procedimentos de que tratam os incisos do § 1º deste artigo estão disciplinados no item 1 do Anexo VII-B.

(...)

ANEXO VII-B DIRETRIZES ESPECÍFICAS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

1. Dos mecanismos de controle interno:

1.1. Para atendimento do disposto no art. 18, o ato convocatório deverá conter uma das seguintes regras:

a) Conta-Depósito Vinculada — bloqueada para movimentação; ou

b) Pagamento pelo Fato Gerador;

Essa metodologia visa garantir que a Administração se responsabilize tão somente pelo pagamento dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos, mitigando pagamentos dos custos estimados existentes nas propostas de prestação de serviços que muitas vezes não se realizam, a exemplo de valores para rescisão, ausências legais, e os auxílios maternidade e paternidade, dentre outros.

Caso não sejam comprovados os eventos trabalhistas, dentre outros futuros e incertos, que dariam ensejo ao pagamento pela Administração, esses não comporão os custos finais para pagamento do contrato.

O Pagamento pelo Fato Gerador tem como indicador intrínseco permitir com mais efetividade que a Administração quantifique os serviços e afira seus resultados, ocasionando, por sua vez a possibilidade de redimensionamento de valores a serem pagos à contratada.

O que isso quer dizer? Como já assinalado neste Caderno, com essa nova metodologia, o pagamento pela Administração somente ocorrerá quando houver uma situação de fato ou conjunto de fatos, prevista na lei ou contrato, necessária e suficiente a sua materialização, que gera obrigação de pagamento pela Administração.

Por outro lado, para o fornecedor, a efetivação de seu direito somente nasce quando da comprovação ou realização de evento programado na sua composição de custos. Se esses não ocorrem, o direto não se consolida. Cita-se, como exemplo, a não ocorrência das seguintes rubricas: (i) licenças maternidade e paternidade; (ii) óbitos na família; (iii) verbas de rescisão; (iv) ausências legais.

Portanto, a metodologia de Pagamento pelo Fato Gerador prima - para além da fiscalização da avaliação qualitativa na execução do objeto contratado - pela verificação do nascimento de cada situação que possa ensejar o pagamento pela Administração, tendo em vista que o contratado tem mera expectativa de direitos sobre o recebimento pela sua prestação de serviço considerando que, enquanto esta não se realiza e é devidamente aferida pelo fiscal, não gera direito adquirido pelo seu recebimento.

Fortalece essa assertiva, quando a IN nº 5, de 2017, em seu Anexo VII-B (Diretrizes específicas para elaboração do ato convocatório), traz expressamente que a não ocorrência dos fatos geradores, ou enquanto não houver a comprovação de determinadas rubricas que compõem a prestação de serviços não for demonstrada pelo contratado, ensejará que tais verbas não comporão os pagamentos mensais, nem gerarão direito adquirido a essas verbas ao final da vigência do contrato.

Nessa perspectiva, conclui-se que na sistemática de pagamento pelo fato gerador, o direito da empresa contratada somente nasce quando da

realização do evento, logo, sem o evento consolidado não há o pagamento. Assim, nessa sistemática de controle interno as verbas rescisórias não são parte integrante dos pagamentos mensais à contratada, devendo ser pagas somente na ocorrência do fato gerador nos estritos termos em que se realizaram.

FONTE DE PESQUISA: Caderno de Logística – Pagamento pelo Fato Gerador



COMPÊNDIO DE PERGUNTAS FREQUENTES EM MÁTÉRIA ADMINISTRATIVA – SERVIDORES PÚBLICOS E PATRIMÔNIO PÚBLICO FEDERAL

CAPÍTULO 5

REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E PATRIMÔNIO PÚBLICO FEDERAL

SUMÁRIO DO CAPÍTULO 5

APOSENTADORIA 458

PERGUNTA P1: É VÁLIDA A CONTINUIDADE DE CESSÃO DE EMPREGADO PÚBLICO ANISTIADO APÓS A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL? 458

GRATIFICAÇÃO POR ENCARGO DE CURSO OU CONCURSO 459

PERGUNTA P2: É DEVIDO O PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO DE ENCARGO POR CURSO OU CONCURSO (GECC) A SERVIDOR PÚBLICO QUE OCUPA DOIS CARGOS EFETIVOS ACUMULÁVEIS, SE, QUANDO DA ATUAÇÃO COMO O INSTRUTOR EM CURSO DE FORMAÇÃO, DESENVOLVIMENTO OU TREINAMENTO, ESTAVA NO GOZO DE FÉRIAS, LICENÇA OU AFASTAMENTO EM RELAÇÃO A UM DELES? 459

AUXÍLIO-RECLUSÃO 459

PERGUNTA P3: É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DA RENDA DE CADA UM DOS DEPENDENTES DE SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL COMO PARÂMETRO PARA A AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DO DIREITO À PERCEPÇÃO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO? 459

EXERCÍCIOS ANTERIORES 460

PERGUNTA P4: TODOS OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS QUE PRECEDEM O PAGAMENTO DE DESPESAS DE EXERCÍCIOS ANTERIORES CUJOS VALORES SEJAM IGUAIS OU SUPERIORES A R$ 70.000,00 (SETENTA MIL REAIS) DEVEM SER SUBMETIDOS AOS ÓRGÃOS DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO INTEGRANTE DA ESTRUTURA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, CONFORME PRECONIZADO PELO ART. 4º, "I", DA PORTARIA CONJUNTA MPOG Nº 2/2012? 460

CESSÃO / REQUISIÇÃO 461

PERGUNTA P5: OS ATOS ADMINISTRATIVOS DE CESSÃO OU REQUISIÇÃO EM CURSO NA DATA DE ENTRADA EM VIGOR DO DECRETO Nº 10.835, DE 14 DE OUTUBRO DE 2021, QUE NÃO SE ENQUADRAREM NAS SUAS PRESCRIÇÕES, PODEM PERMANECER EFICAZES? 461

PERGUNTA P6: SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EFETIVO EM ENTE FEDERADO DIVERSO DA UNIÃO, CEDIDO À UNIÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO, FAZ JUS A ABONO DE PONTO PREVISTO NO REGIME JURÍDICO DO ENTE DE ORIGEM? 461

PERGUNTA P7: CONSIDERANDO-SE A IRRECUSABILIDADE INERENTE AO ATO DE REQUISIÇÃO, PODE-SE AFIRMAR QUE O ÓRGÃO OU A ENTIDADE REQUISITADA ESTÃO SEMPRE OBRIGADOS A DISPONIBILIZAR AO ÓRGÃO OU À ENTIDADE REQUISITANTE AGENTES PÚBLICOS QUE TENHAM SIDO NOMINALMENTE REQUISITADOS? 462

PERGUNTA P8: NAS REQUISIÇÕES NOMINAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO PELOS TRIBUNAIS ELEITORAIS E JUÍZES ELEITORAIS, O ÓRGÃO OU A ENTIDADE REQUISITADA ESTÁ OBRIGADA A DISPONIBILIZAR O AGENTE PÚBLICO ESPECÍFICO INDICADO? 462

PERGUNTA P9: QUAL É A AUTORIDADE COMPETENTE PARA A PRÁTICA DO ATO DE AUTORIZAÇÃO DE CESSÃO OU REQUISIÇÃO DE AGENTE PÚBLICO DE EMPRESA ESTATAL, DEPENDENTE OU NÃO DEPENDENTE DE RECURSOS DO TESOURO NACIONAL, PARA OUTRO PODER OU ENTE FEDERATIVO OU PARA ÓRGÃOS CONSTITUCIONALMENTE AUTÔNOMOS? 463

PERGUNTA P10: É CABÍVEL A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS OU ACORDOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA COMO INSTRUMENTOS DE VIABILIZAÇÃO DA CESSÃO DE SERVIDORES ESTADUAIS E MUNICIPAIS PARA EXERCÍCIO EM ÓRGÃO OU ENTIDADE FEDERAL? **464**

ALTERAÇÃO DE EXERCÍCIO **464**

PERGUNTA P11: AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS GERAIS RELACIONADAS AO INSTITUTO DA ALTERAÇÃO DE EXERCÍCIO PARA COMPOSIÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO SE APLICAM ÀS MOVIMENTAÇÕES DE SERVIDORES ADMINISTRATIVOS DA ÁREA MEIO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO? **464**

DIÁRIAS E PASSAGENS **465**

PERGUNTA P12: É POSSÍVEL QUE OS SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO RENUNCIEM À PERCEPÇÃO DE DIÁRIAS EM VIAGENS A SERVIÇO? **465**

PERGUNTA P13: O SERVIDOR EM VIAGEM A SERVIÇO AO EXTERIOR QUE PERMANECER NA LOCALIDADE DE DESTINO POR TEMPO SUPERIOR AO AUTORIZADO EM RAZÃO DE ATRASO OU CANCELAMENTO DE VOO FAZ JUS À INDENIZAÇÃO PELAS DESPESAS ADICIONAIS COM ALIMENTAÇÃO, HOSPEDAGEM E TRANSPORTE QUE ARCAR? **466**

PERGUNTA P14: A INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE, ASSEGURADA AO SERVIDOR QUE REALIZAR DESPESAS COM A UTILIZAÇÃO DE MEIO PRÓPRIO DE LOCOMOÇÃO PARA A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS EXTERNOS, POR FORÇA DAS ATRIBUIÇÕES PRÓPRIAS DO CARGO, NA FORMA DAS NORMAS REGULAMENTARES APLICÁVEIS À ESPÉCIE, PODE SER CONCEDIDA CUMULATIVAMENTE COM PASSAGENS, AUXÍLIO-TRANSPORTE OU QUALQUER OUTRA VANTAGEM PAGA SOB O MESMO TÍTULO OU IDÊNTICO FUNDAMENTO? **466**

PERGUNTA P15: É POSSÍVEL A CONCESSÃO DE AUTORIZAÇÃO ÚNICA EXCEPCIONAL PARA AS VIAGENS NACIONAIS E INTERNACIONAIS QUE DETERMINADO SERVIDOR POSSA VIR A FUTURAMENTE REALIZAR EM DETERMINADO EXERCÍCIO? **467**

PERGUNTA P16: É POSSÍVEL O PAGAMENTO RETROATIVO DE DIÁRIAS A SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL? **468**

PERGUNTA P17: O SERVIDOR QUE SE AFASTA DO PAÍS, SEM ÔNUS, PARA PARTICIPAR DE CONGRESSOS OU OUTRAS REUNIÕES INTERNACIONAIS, NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE E NO INTERESSE DE ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL A CUJO QUADRO DE PESSOAL PERTENCE, PODE RECEBER VALORES DE ORGANISMO INTERNACIONAL, COMO RETRIBUIÇÃO PELA CONTRIBUIÇÃO TÉCNICA PRESTADA NO EVENTO? **468**

TELETRABALHO/PROGRAMA DE GESTÃO E DESEMPENHO **469**

PERGUNTA P18: A ADESÃO À MODALIDADE DE TELETRABALHO DO PROGRAMA DE GESTÃO E DESEMPENHO (PGD) DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL, COM O AGENTE RESIDINDO NO EXTERIOR, PODE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES QUE NÃO ATENDAM AOS CRITÉRIOS EXPRESSAMENTE PREVISTOS NO ART. 12, INCISO VIII, DO DECRETO Nº 11.072, DE 17 DE MAIO DE 2022? **469**

PERGUNTA P19: O PROGRAMA DE GESTÃO E DESEMPENHO (PGD) PODE SER INSTITUÍDO NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DE ASSESSORIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIRIGENTES MÁXIMOS DE ÓRGÃO OU ENTIDADE? **470**

PLANO DE CARREIRA **471**

PERGUNTA P20: EM CASOS DE REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA, A TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS, QUANDO ENVOLVIDOS CARGOS QUE APRESENTEM COMPATIBILIDADE FUNCIONAL E REMUNERATÓRIA, BEM COMO EQUIVALÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA O PROVIMENTO, VIOLA A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONCURSO PÚBLICO? **471**

REDISTRIBUIÇÃO POR RECIPROCIDADE **471**

PERGUNTA P21: EXISTE PRAZO MÍNIMO DE ATUAÇÃO, NO ÓRGÃO DE ORIGEM, PELO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL CUJO CARGO SE PRETENDE REDISTRIBUIR? **471**

PERGUNTA P22: NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE REDISTRIBUIÇÃO, REPUTA-SE DEMONSTRADO O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO SE OS DIRIGENTES MÁXIMOS DAS INSTITUIÇÕES ENVOLVIDAS MANIFESTAREM APENAS SUA ANUÊNCIA OU QUE SÃO FAVORÁVEIS À REDISTRIBUIÇÃO? **472**

AFASTAMENTO PARA MISSÃO OU ESTUDO NO EXTERIOR **473**

PERGUNTA P23: O SERVIDOR PODE SE AFASTAR DO PAÍS PARA ESTUDO OU MISSÃO OFICIAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO DIRIGENTE COMPETENTE? **473**

PERGUNTA P24: O AFASTAMENTO DO PAÍS DE SERVIDORES CIVIS DE ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO CASO DE SERVIÇO OU APERFEIÇOAMENTO RELACIONADO COM A ATIVIDADE FIM DO ÓRGÃO OU ENTIDADE, SEM QUE TENHA HAVIDO O RECONHECIMENTO DE SUA NECESSIDADE PELO MINISTRO DE ESTADO OU AUTORIDADE DELEGATÁRIA COMPETENTE, PODE SER AUTORIZADO COM ÔNUS OU COM ÔNUS LIMITADO? **473**

PERGUNTA P25: A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE, COM DURAÇÃO DE 15 (QUINZE) DIAS, ALÉM DOS 5 (CINCO) DIAS CONCEDIDOS PELO ART. 208 DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, PODE SER REQUERIDA PELO SERVIDOR PÚBLICO INTERESSADO A QUALQUER MOMENTO? **474**

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE, PERICULOSIDADE E PENOSIDADE **475**

PERGUNTA P26: É POSSÍVEL A CONCESSÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE SEM QUE EXISTA LAUDO TÉCNICO QUE COMPROVE A EXPOSIÇÃO PERMANENTE OU HABITUAL DO SERVIDOR A AGENTES NOCIVOS À SUA SAÚDE? **475**

PERGUNTA P27: SÃO DEVIDOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE AO SERVIDOR QUE OCUPE FUNÇÃO DE CHEFIA OU DIREÇÃO, COM ATRIBUIÇÃO DE COMANDO ADMINISTRATIVO? **475**

REGISTRO EM CONSELHOS PROFISSIONAIS **476**

PERGUNTA P28: OS TRABALHOS TÉCNICOS QUE DEMANDEM REGISTRO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA PRODUZIDOS POR SERVIDORES PÚBLICOS ESTÃO OBRIGADOS AO REGISTRO DA ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART) OU REGISTRO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (RRT), CONFORME SE TRATE DE ENGENHEIRO, ARQUITETO OU URBANISTA? **476**

PERGUNTA P29: ATIVIDADES QUE ENVOLVEM O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA ESTÃO SUJEITAS À ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART) OU AO REGISTRO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (RRT)? **476**

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA **477**

PERGUNTA P30: É POSSÍVEL QUE OS CONTRATADOS POR TEMPO DETERMINADO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NA LEI Nº 8.745, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1993, PARTICIPEM DE PROGRAMA DE GESTÃO E DESEMPENHO (PGD) NA MODALIDADE DE TELETRABALHO? **477**

AFASTAMENTO PARA PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU NO EXTERIOR **478**

PERGUNTA P31: É POSSÍVEL CONCEDER PRORROGAÇÃO DE AFASTAMENTO PARA PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU NO EXTERIOR COM EFEITOS RETROATIVOS? **478**

NOMEAÇÃO/DESIGNAÇÃO **478**

PERGUNTA P32: É POSSÍVEL A CESSÃO DE EMPREGADO PÚBLICO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA? **478**

PERGUNTA P33: QUAIS SÃO OS EFEITOS DOS ATOS PRATICADOS POR EMPREGADO PÚBLICO CEDIDO E DESIGNADO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA EXECUTIVA, DURANTE O EXERCÍCIO DESSA FUNÇÃO? OS ATOS DEVEM SER TIDOS COMO IRREGULARES? HÁ A NECESSIDADE DE CONVALIDAÇÃO? **479**

PERGUNTA P34: É POSSÍVEL O PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS AO EMPREGADO PÚBLICO DESIGNADO, DE MODO IRREGULAR, POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA EXECUTIVA, PRIVATIVA DE SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO? **480**

PERGUNTA P35: QUAIS SÃO OS EFEITOS DOS ATOS PRATICADOS POR EX-CORREGEDOR QUE CONTINUOU A EXERCER AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO APÓS O FIM DO SEU MANDATO? OS ATOS DEVEM SER TIDOS COMO IRREGULARES? HÁ A NECESSIDADE DE CONVALIDAÇÃO? **480**

RESSALTE-SE QUE, AINDA QUE POSSÍVEL AFASTAR A NECESSIDADE DA CONVALIDAÇÃO PELA INVOCAÇÃO DA TEORIA DO "FUNCIONÁRIO DE FATO, ENTENDE-SE QUE A CONVALIDAÇÃO DOS ATOS, MEDIANTE RATIFICAÇÃO EXPRESSA POR PARTE DA AUTORIDADE COMPETENTE, MELHOR ATENDE AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA HIPÓTESE, UMA VEZ QUE OS ATOS PRATICADOS PELO AGENTE PODEM ABRANGER UMA SÉRIE DE ATOS DE NATUREZA CORREICIONAL OU DISCIPLINAR. **480**

PERGUNTA P36: É POSSÍVEL O PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS POR EX-CORREGEDOR QUE CONTINUOU A EXERCER AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO APÓS O FIM DO SEU MANDATO? **481**

LICENÇAS E AFASTAMENTOS EM GERAL 482

PERGUNTA P37: É POSSÍVEL QUE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS AFASTADOS OU LICENCIADOS DE SEUS CARGOS EFETIVOS PARTICIPEM DAS ATIVIDADES DE AVALIAÇÃO COORDENADAS PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E RECEBAM O AUXÍLIO DE AVALIAÇÃO EDUCACIONAL - AAE, SEJAM TAIS ATIVIDADES EVENTUAIS OU NÃO, COM FUNDAMENTO NAS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 11.507, DE 20 DE JULHO DE 2007, DO DECRETO Nº 6.092, DE 24 DE ABRIL DE 2007, E DA RESOLUÇÃO CD/FNDE Nº 24, DE 24 DE MAIO DE 2011? **482**

PERGUNTA P38: É POSSÍVEL A CONCESSÃO DE AFASTAMENTO AO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL PARA PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS PARA O CARGO DE POLÍCIA PENAL DA CARREIRA DA POLÍCIA PENAL DO DISTRITO FEDERAL À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 20, §4º, DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990? **483**

PERGUNTA P39: É POSSÍVEL A CONCESSÃO DE AFASTAMENTO AO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL PARA PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGAS PARA O CARGO DE AGENTE DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL (PCDF) À LUZ DO DISPOSTO NO ART. 20, §4º, DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990? **483**

PENSÃO 484

PERGUNTA P40: ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL MANTIDA COM SERVIDOR (A) PÚBLICO (A) FEDERAL FALECIDO (A), MAS COM DATA DE EMISSÃO POSTERIOR AO ÓBITO, EM QUE O TABELIÃO FAZ PROVA DA DECLARAÇÃO PRESTADA PELO INTERESSADO E TESTEMUNHAS, MAS NÃO DO FATO DECLARADO, REVELA-SE IDÔNEA PARA COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL PARA FINS DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE? **484**

PERGUNTA P41: QUAIS SÃO OS PARÂMETROS MÍNIMOS A SEREM OBSERVADOS NA AVALIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS COM FUNDAMENTO NO INCISO XVII DO ART. 9º DA PORTARIA SGP/SEDGG/ME Nº 4.645, DE 2022 (QUAISQUER OUTROS QUE POSSAM LEVAR À COMPROVAÇÃO DO FATO OU DA SITUAÇÃO) PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL PARA CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE? **485**

PERGUNTA P42: QUAL (IS) PROVIDÊNCIA (S) ADMINISTRATIVA (S) DEVE(M) SER ADOTADA (S) NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR EX-PENSIONISTA EM VIRTUDE DE SEU FALECIMENTO? 486

PERGUNTA P43: DIANTE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL PARA RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE, EM QUE FIGURE COMO PARTE O ENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELA CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE, PODE A ADMINISTRAÇÃO PROCEDER DE OFÍCIO À HABILITAÇÃO EXCEPCIONAL? **486**

PERGUNTA P44: CONSTATADA A IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE, EM VIRTUDE DE ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS /EMPREGOS PÚBLICOS, É ADMISSÍVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO PELO REQUERENTE? **487**

CONCURSO PÚBLICO **488**

PERGUNTA P46: É POSSÍVEL O APROVEITAMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO INSCRITOS COMO COTAS DE PCD OU RACIAIS EM VAGAS DESTINADAS A CONCORRÊNCIA AMPLA QUANDO NÃO HÁ MAIS CANDIDATOS NA LISTA DE ESPERA AMPLA? **488**

PERGUNTA P47: É POSSÍVEL A AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE VAGAS ORIGINALMENTE OFERECIDAS EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO? **489**

PERGUNTA P48: É POSSÍVEL O APROVEITAMENTO DE CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO REALIZADO POR OUTRO ÓRGÃO? **489**

PERGUNTA P49: QUAIS OS REQUISITOS PARA O ENCAMINHAMENTO DE CONSULTAS AO ÓRGÃO CENTRAL DO SIPEC? **490**

AFASTAMENTO PARA SERVIR EM ORGANISMO INTERNACIONAL **490**

PERGUNTA P50: QUAIS OS REQUISITOS PARA AFASTAMENTO DE SERVIDOR PARA SERVIR EM ORGANISMOS INTERNACIONAIS? **490**

PERGUNTA P51: QUAIS OS DOCUMENTOS DEVEM INSTRUIR OS PEDIDOS DE AFASTAMENTO PARA SERVIR EM ORGANISMO INTERNACIONAL? **491**

PERGUNTA P52: O PRAZO MÍNIMO DE 2 (DOIS) MESES PARA ENCAMINHAMENTO DO REQUERIMENTO AO ÓRGÃO CENTRAL DO SIPEC É DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DE FORMA A PODER GERAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO? **492**

PERGUNTA P53: QUAIS OS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS GERADOS PELO AFASTAMENTO DO SERVIDOR PARA SERVIR EM ORGANISMO INTERNACIONAL? **493**

PERGUNTA P54: É POSSÍVEL A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES ATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, ESTADUAL, DO DISTRITO FEDERAL OU MUNICIPAL, DIRETA OU INDIRETA, BEM COMO DE EMPREGADOS DE SUAS SUBSIDIÁRIAS E CONTROLADAS PARA PROJETOS DE COOPERAÇÃO TÉCNICA INTERNACIONAL? **493**

PERGUNTA P55: É POSSÍVEL A INTERRUPÇÃO DO AFASTAMENTO PARA SERVIR EM ORGANISMO INTERNACIONAL? **494**

ACUMULAÇÃO DE CARGOS/PROVENTOS **494**

PERGUNTA P56: SÃO APLICÁVEIS À ACUMULAÇÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS AS MESMAS REGRAS DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PREVISTAS NO ART. 37, INCISO XVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL? **494**

CARGO EM COMISSÃO/FUNÇÃO COMISSIONADA **495**

PERGUNTA P57: QUAL A PROVIDÊNCIA ADMINISTRATIVA A SE ADOTAR QUANDO EVENTUALMENTE SE VERIFICAR O EXERCÍCIO IRREGULAR DE FUNÇÕES COMISSIONADAS? **495**

PERGUNTA P58: É POSSÍVEL A EXPEDIÇÃO DE PASSAGENS E PAGAMENTO DE DIÁRIAS PARA COLABORADORES EVENTUAIS, SEM VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, OU COM VÍNCULO COM OUTRO ENTE FEDERATIVO PARA PARTICIPAÇÃO DE EVENTOS OFICIAIS? **495**

PERGUNTA P59: É POSSÍVEL O ENQUADRAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO OU EMPREGADO PÚBLICO COM VÍNCULO COM OUTRO ENTE FEDERATIVO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA COMO COLABORADOR EVENTUAL? **496**

REINTEGRAÇÃO / ANISTIA **496**

PERGUNTA P60: É POSSÍVEL A PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA DE GESTÃO E DESEMPENHO - PGD, REGULAMENTADO PELO DECRETO Nº 11.072, DE 17 DE MAIO DE 2022, DE EMPREGADO PÚBLICO ANISTIADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 8.878, DE11 DE MAIO DE 1994? **496**

JORNADA DE TRABALHO **497**

PERGUNTA P61: QUAIS SÃO OS REQUISITOS PARA A REVERSÃO DA JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA PARA A INTEGRAL E QUEM É A AUTORIDADE COMPETENTE PARA TANTO? **497**

PERGUNTA P62: SERVIDOR ESTUDANTE, DETENTOR DE CARGO EFETIVO E AO MESMO TEMPO OCUPANTE DE CARGO OU FUNÇÃO (COMISSIONADO, FUNÇÃO GRATIFICADA, GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO OU GRATIFICAÇÃO TEMPORÁRIA), TEM DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PREVISTO NO ART. 98 DA LEI Nº 8112/90, SEM PREJUÍZO DA SUA REMUNERAÇÃO? CASO SOLICITE O HORÁRIO ESPECIAL PARA ESTUDAR, TERÁ DIREITO APENAS À REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO? **498**

PERGUNTA P63: O SERVIDOR ESTUDANTE, OCUPANTE SOMENTE DE CARGO COMISSIONADO SEM VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, TEM DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PREVISTO NO ART. 98 DA LEI N. 8.112/90? **498**

AJUDA DE CUSTO **499**

PERGUNTA P64: QUAIS OS REQUISITOS PARA O PAGAMENTO DE AJUDA DE CUSTO? **499**

PERGUNTA P65: QUAL O ÓRGÃO COMPETENTE PARA A VERIFICAÇÃO DO ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE AJUDA DE CUSTO? **499**

PERGUNTA P66: É DEVIDO O PAGAMENTO DE AJUDA DE CUSTO EM VIRTUDE DE EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO DE CARGO EM COMISSÃO NA HIPÓTESE DE DESLOCAMENTO PARA LOCALIDADE DIVERSA DA DE ORIGEM? **500**

PERGUNTA P67: COMO DEVE SER CALCULADO O VALOR DA AJUDA DE CUSTO? **500**

REMOÇÃO/PERMUTA **501**

PERGUNTA P68: É POSSÍVEL A REMOÇÃO DE OFÍCIO DE EMPREGADO PÚBLICO REQUISITADO POR ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA? **501**

ESTÁGIO **501**

PERGUNTA P69: É POSSÍVEL A CONCESSÃO DE RECESSO A ESTAGIÁRIO ANTES DE COMPLETADO O PERÍODO DE 6 (MESES) DE ESTÁGIO? **501**

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO **502**

PERGUNTA P70: REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO É CONDIÇÃO PARA O RECEBIMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO? **502**

PERGUNTA P71: SERVIDORES COM JORNADA DE TRABALHO REDUZIDA FAZEM JUS À PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO? **502**



REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E PATRIMÔNIO PÚBLICO FEDERAL

APOSENTADORIA

PERGUNTA P1: É válida a continuidade de cessão de empregado público anistiado após a concessão de aposentadoria por idade no Regime Geral de Previdência Social?

RESPOSTA: Não. Segundo o art. 37, §14, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição. Assim, conforme a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (Tema 606), *"a concessão de aposentadoria aos empregados públicos inviabiliza a permanência no emprego, nos termos do art. 37, § 14, da Constituição Federal, salvo para as aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, nos termos do que dispõe seu art. 6º"*. Desse modo, concedida a aposentadoria ao empregado público anistiado, revela-se rompido o vínculo empregatício com a Administração Pública federal e, por conseguinte, encerrada a cessão, por ausência de fundamento fático e jurídico.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Parecer nº 00305/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 21 de junho de 2023 (NUP 59000.004987/2023-89)

GRATIFICAÇÃO POR ENCARGO DE CURSO OU CONCURSO

PERGUNTA P2: É devido o pagamento de Gratificação de Encargo por Curso ou Concurso (GECC) a servidor público que ocupa dois cargos efetivos acumuláveis, se, quando da atuação como o instrutor em curso de formação, desenvolvimento ou treinamento, estava no gozo de férias, licença ou afastamento em relação a um deles?

RESPOSTA: Sim. Embora não seja possível o pagamento da GECC a servidor público que esteja no gozo de férias, licença ou afastamento, nos termos do parágrafo único do art. 3º do Decreto 11.069/2022, o seu pagamento é devido na hipótese em que o servidor ocupante de dois cargos efetivos acumuláveis esteja no exercício de um deles à época do curso ministrado, mesmo que no gozo de férias, licença ou afastamento em relação ao outro.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Parecer nº 00355/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 29 de julho de 2023 (NUP nº 00590.000417/2023-74)

AUXÍLIO-RECLUSÃO

PERGUNTA P3: É possível a utilização da renda de cada um dos dependentes de servidor público federal como parâmetro para a aferição da existência do direito à percepção do auxílio-reclusão?

RESPOSTA: **Não.** No entender dos Tribunais Superiores e da própria Administração Pública federal, a renda do segurado preso é que deve ser considerada como parâmetro para a concessão do benefício, nos termos do art. 201, IV, da Constituição, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Parecer nº 00105/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 14 de abril de 20223 (NUP 23129.004036/2022-35)

EXERCÍCIOS ANTERIORES

PERGUNTA P4: Todos os processos administrativos que precedem o pagamento de despesas de exercícios anteriores cujos valores sejam iguais ou superiores a R$ 70.000,00 (setenta mil reais) devem ser submetidos aos órgãos de consultoria e assessoramento jurídico integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União, conforme preconizado pelo art. 4º, "i", da Portaria Conjunta MPOG nº 2/2012?

RESPOSTA: Não. Em consonância com o posicionamento consolidado pela Consultoria-Geral da União através do Parecer nº 013/2015/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 130/2015, entende-se que os processos que precedem o pagamento de despesas de exercícios anteriores cujos valores sejam iguais ou superiores a R$ 70.000,00 (setenta mil reais) apenas devem ser submetidos aos órgãos de consultoria e assessoramento jurídico integrantes da estrutura da Advocacia-Geral da União nos casos em que for suscitada, pelo órgão ou entidade assessorado, dúvida precisa quanto à aplicação da legislação e normativos vigentes.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Pareceres nº 00257/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 6 de junho de 2023 (NUP 21044.001381/2009-54); nº 00288/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 9 de junho de 2023 (NUP 23000.002332/2022-48); nº 00345/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 14 de julho de 2023 (NUP 59000.012779/2022-72)

CESSÃO / REQUISIÇÃO

PERGUNTA P5: Os atos administrativos de cessão ou requisição em curso na data de entrada em vigor do Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021, que não se enquadrarem nas suas prescrições, podem permanecer eficazes?

RESPOSTA: Não. A partir de 15 de outubro de 2021, data da entrada em vigor do Decreto nº 10.835, os atos administrativos de cessão ou requisição que não se enquadrarem em suas prescrições caducam e perdem de imediato a eficácia. Passa a existir, nesse caso, irregularidade na situação funcional do servidor cedido ou requisitado, não havendo possibilidade de se falar em prorrogação dos efeitos de um ato administrativo já extinto.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00145/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08084.000732/2023-23).

PERGUNTA P6: Servidor ocupante de cargo efetivo em ente federado diverso da União, cedido à União para o exercício de cargo em comissão, faz jus a abono de ponto previsto no regime jurídico do ente de origem?

RESPOSTA: Não. Após a nomeação para cargo em comissão federal e subsequente posse, o servidor passa a submeter-se, durante o exercício do referido cargo, às regras de jornada de trabalho e controle de ponto da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, que não se compatibilizam com o direito ao abono de ponto, instituído pela legislação do ente de origem do servidor. Portanto, não se aplica ao servidor ocupante de cargo efetivo em ente federado diverso da União, cedido à União para o exercício de cargo em comissão, o direito ao abono de ponto previsto no regime jurídico da origem.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Art. 19, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990, c/c art. 1º, inciso II, do Decreto nº 1.590, de 1995, e PARECER nº 00191/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 01400.005115/2023-45).

PERGUNTA P7: Considerando-se a irrecusabilidade inerente ao ato de requisição, pode-se afirmar que o órgão ou a entidade requisitada estão sempre obrigados a disponibilizar ao órgão ou à entidade requisitante agentes públicos que tenham sido nominalmente requisitados?

RESPOSTA: Não. O caráter irrecusável da requisição não se confunde com a sua nominalidade. Apesar de ser, por definição, um ato irrecusável, a requisição, regra geral, não será nominal e o órgão ou a entidade requisitada poderá indicar o agente público de acordo com as atribuições a serem exercidas no órgão ou na entidade requisitante.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Art. 9º, caput e § 1º, do Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021, art. 8º, §1º, inciso I, da Portaria SEDGG/ME nº 6.066, de 11 de julho de 2022, e PARECER nº 00223/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 00135.211050/2023-90).

PERGUNTA P8: Nas requisições nominais de servidores públicos da União pelos tribunais eleitorais e juízes eleitorais, o órgão ou a entidade requisitada está obrigada a disponibilizar o agente público específico indicado?

RESPOSTA: Não. Embora o art. 3º, parágrafo único, da Resolução TSE nº 23.523, de 27 de junho de 2017, preveja que as requisições feitas pelos tribunais eleitorais e juízes eleitorais poderão ser nominais, mediante a indicação do juiz eleitoral ou do tribunal eleitoral, o art. 9º, § 2º, do Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021 e o art. 8º, § 1º, inciso I, da Portaria SEDGG/ME nº 6.066, de 11 de julho de 2022, preveem que as requisições não serão nominais. O Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 199/2011 - Plenário, determinou aos Tribunais Regionais Eleitorais a adoção de medidas tendentes a minorar o impacto causado

com a movimentação de servidores, entre elas, requisitar com prazo previamente determinado e sem identificação nominal do servidor requisitado. No mesmo sentido, o órgão central do Sipec previu, na Nota Técnica Consolidada nº 02/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, que os órgãos e entidades do Poder Executivo somente devem cumprir solicitações de requisição para a Justiça Eleitoral quando comprovada a necessidade e houver solicitação de servidor pela indicação do perfil profissional, atribuições e habilidades, e não pela indicação nominal. Portanto, interpreta-se a normatividade vigente no sentido de que o órgão ou a entidade requisitada não está obrigada a disponibilizar o agente público específico indicado na requisição por parte da Justiça Eleitoral, sendo possível indicar o agente público de acordo com as atribuições a serem exercidas no órgão ou na entidade requisitante, nos termos § 2º do art. 9º do Decreto nº 10.835, de 2021.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 389/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU

(NUP: 21000.088905/2022-97).

PERGUNTA P9: Qual é a autoridade competente para a prática do ato de autorização de cessão ou requisição de agente público de empresa estatal, dependente ou não dependente de recursos do Tesouro Nacional, para outro Poder ou ente federativo ou para órgãos constitucionalmente autônomos?

RESPOSTA: A competência para autorizar a cessão ou requisição de agente público de empresa estatal, dependente ou não dependente de recursos do Tesouro Nacional, para outro Poder ou ente federativo ou para órgãos constitucionalmente autônomos, é da autoridade máxima da entidade a que pertencer o agente público, e não do Ministro de Estado a que se vincula a entidade.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Art. 29 do Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021, art. 13, *caput* e §2º, da Portaria SEDGG/ME nº 6.066, de 11 de julho de 2022, e PARECER nº 00401/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 53115.019060/2023-70).

PERGUNTA P10: É cabível a celebração de convênios ou acordos de cooperação técnica como instrumentos de viabilização da cessão de servidores estaduais e municipais para exercício em órgão ou entidade federal?

RESPOSTA: Segundo entendimento consolidado pelo órgão central do Sipec na Nota Informativa nº 94/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, não é cabível a utilização dos instrumentos de convênios ou acordos de cooperação técnica para possibilitar a cessão de servidores ou empregados públicos, uma vez que tais instrumentos não se afiguram como uma das hipóteses de cessão de que trata o art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os posteriores decretos que regulamentaram a cessão. Os requisitos da cessão atualmente estão contidos no Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021. Cabe enfatizar que o ato de cessão efetiva-se por meio de Portaria, publicada no Diário Oficial da União. O exercício do servidor no cargo está condicionado à prévia publicação da portaria de cessão e nomeação para o cargo em comissão ou de designação para função de confiança.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nota Informativa nº 94/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP e PARECER nº 00375/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 02000.009586/2023-06).

ALTERAÇÃO DE EXERCÍCIO

PERGUNTA P11: As disposições normativas gerais relacionadas ao instituto da alteração de exercício para composição da força de trabalho se aplicam às movimentações de servidores administrativos da área meio da Advocacia-Geral da União?

RESPOSTA: Sim. As disposições da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, do Decreto nº 10.835, de 14 de outubro de 2021, e da Portaria SEDGG/ME nº 8.471, de 26 de setembro de 2022, aplicam-se às movimentações de servidores administrativos da área meio da Advocacia-Geral da União. A AGU se encontra inserida no Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) através de sua Secretaria-Geral de Administração, que possui

a qualidade de órgão setorial do Sipec (art. 18, parágrafo único, do Anexo I ao Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023). Nesse sentido, a instituição deve se conduzir em regra pelas normas e orientações gerais editadas pelo órgão central do Sipec, salvo naquelas hipóteses em que incidir a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, ou houver legislação específica editada pelo Advogado-Geral da União, em obediência aos princípios da hierarquia e da especialidade das normas (art. 131 da Constituição Federal; art. 4º, incisos XIV e XVIII, e art. 45, §1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993; e parágrafo único do art. 17 da Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989), conforme definido no Parecer Vinculante AGU - BBL nº 10, de 9 de dezembro de 2022.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00004/2023/DIPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 00404.002054/2023-61).

DIÁRIAS E PASSAGENS

PERGUNTA P12: É possível que os servidores públicos da União renunciem à percepção de diárias em viagens a serviço?

RESPOSTA: Sim. As diárias possuem a natureza de direito patrimonial disponível, não havendo, portanto, óbice jurídico à renúncia à sua percepção por parte dos servidores públicos da União. A renúncia interpreta-se restritivamente e deve ser realizada de forma expressa, voluntária e irretratável, a fim de evitar dúvidas que prejudiquem a Administração.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Nota Informativa nº 421/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MC e PARECER nº 00062/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08650.010996/2023-13).

PERGUNTA P13: O servidor em viagem a serviço ao exterior que permanecer na localidade de destino por tempo superior ao autorizado em razão de atraso ou cancelamento de voo faz jus à indenização pelas despesas adicionais com alimentação, hospedagem e transporte que arcar?

RESPOSTA: O servidor em viagem a serviço ao exterior que permanecer na localidade de destino por tempo superior ao autorizado em razão de atraso/cancelamento de voo, e não tiver as despesas com alimentação, hospedagem e transporte custeadas pela transportadora aérea e pela seguradora contratadas pela Administração, faz jus à indenização dessas despesas por força do art. 58 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e em conformidade com o Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006, sem prejuízo de a Administração buscar o ressarcimento do que for pago a teor do art. 934 do Código Civil. Cabe salientar que o posicionamento em questão, firmado em relação às viagens internacionais, é aplicável, *mutatis mutandis*, às viagens nacionais.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00074/2022/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00190.104029/2022-93) e DESPACHO nº 00202/2023/GAB/DECOR/CGU/AGU (NUP: 21000.107438/2022-10).

PERGUNTA P14: A indenização de transporte, assegurada ao servidor que realizar despesas com a utilização de meio próprio de locomoção para a execução de serviços externos, por força das atribuições próprias do cargo, na forma das normas regulamentares aplicáveis à espécie, pode ser concedida cumulativamente com passagens, auxílio-transporte ou qualquer outra vantagem paga sob o mesmo título ou idêntico fundamento?

RESPOSTA: Não. A concessão da indenização de transporte é viável juridicamente, desde que não se dê cumulativamente com passagens, auxílio-transporte ou qualquer outra vantagem paga sob o mesmo título ou idêntico fundamento, conforme art. 3º do Decreto nº 3.184, de 27 de setembro de 1999, e art. 4º, inciso II, da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 53, de 1º de agosto

de 2022. Mostra-se possível, porém, que a referida indenização de transporte seja paga de forma simultânea com diárias, nos termos do art. 9º da Instrução Normativa SGP/SEDGG/ME nº 53, de 1º de agosto de 2022, e do PARECER/MP/CONJUR/GAN/Nº 1225 - 3.13/2008.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00203/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 10133.100267/2023-49).

PERGUNTA P15: É possível a concessão de autorização única excepcional para as viagens nacionais e internacionais que determinado servidor possa vir a futuramente realizar em determinado exercício?

RESPOSTA: A autorização para a realização da despesa com diárias e passagens, bem como do eventual afastamento do servidor, é um ato que demanda a formalização de um processo administrativo com a apresentação, pelo interessado, de todas as informações relativas à pretensão, das justificativas e da comprovação dos requisitos de cada tipo de viagem a serviço, de modo que a autoridade competente para a análise e aprovação tenha condições de avaliá-los e, por fim, aprovar ou não a viagem do servidor. Atualmente, esse procedimento administrativo é processado por meio do Sistema de Concessão de Diárias e Passagens (SCDP). À vista dos requisitos legais, das justificativas apresentadas e do enquadramento proposto no caso concreto, bem como de uma verificação da conveniência e oportunidade do ato, a autoridade competente pode ou não autorizar cada viagem do servidor, não havendo, a princípio, um direito do servidor ou um dever da Administração de que a viagem seja autorizada em qualquer caso. Assim, observa-se que cada proposta de viagem ou afastamento deve ser previamente encaminhada à autoridade para a sua aprovação e a realização material da respectiva despesa de diárias e passagens, não sendo possível, diante da inexistência de um pedido concreto de viagem ou afastamento, que se expeça uma autorização única, genérica, ampla e irrestrita para todas as situações que porventura venham a ocorrer futuramente em um período de validade da autorização.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00214/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 01400.006922/2023-85).

PERGUNTA P16: É possível o pagamento retroativo de diárias a servidor público federal?

RESPOSTA: O art. 5º do Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006, prevê que as diárias serão pagas de forma antecipada, de uma só vez, ressalvadas as situações excepcionais descritas pela norma (situações de urgência, devidamente caracterizadas, e quando o afastamento compreender período superior a quinze dias, caso em que poderão ser pagas parceladamente). Além das ressalvas trazidas expressamente pelo dispositivo em questão, caso a ausência de pagamento antecipado das diárias decorra de falhas na execução das rotinas administrativas, não imputáveis ao servidor interessado, afigura-se possível que a indenização seja paga, excepcionalmente, após a realização da viagem, a fim de se evitar o enriquecimento ilícito da Administração.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00237/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 23000.009534/2023-00).

PERGUNTA P17: O servidor que se afasta do país, sem ônus, para participar de congressos ou outras reuniões internacionais, na condição de representante e no interesse de órgão público federal a cujo quadro de pessoal pertence, pode receber valores de organismo internacional, como retribuição pela contribuição técnica prestada no evento?

RESPOSTA: Não. O servidor que se afasta do país, sem ônus, para participar de congressos ou outras reuniões internacionais, na condição de representante e no interesse de órgão público federal a cujo quadro de pessoal pertence, não pode receber valores de organismo internacional, como retribuição pela contribuição técnica prestada no evento. Como aludido afastamento se dá em razão da correlação das atividades que o servidor desenvolve com o objeto da viagem, evidencia-se a presença de interesse

institucional do órgão e a aparente inadequação do pagamento de retribuição ao servidor por parte do organismo internacional envolvido. Entende-se pertinente, apenas, a possibilidade de ressarcimento das despesas com transporte, alimentação e hospedagem, pela instituição promotora do evento.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00148/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08200.003067/2023-56).

OBSERVAÇÃO:

Entendimento firmado pela Diretoria de Pessoal Civil e Patrimônio da Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública, no exercício da competência residual em matéria de pessoal civil que lhe incumbe, com recomendação de remessa ao órgão central do Sipec para análise conclusiva, tendo em vista a transversalidade da temática, com potencial para atingir todo o pessoal da Administração Pública federal.

TELETRABALHO/PROGRAMA DE GESTÃO E DESEMPENHO

PERGUNTA P18: A adesão à modalidade de teletrabalho do Programa de Gestão e Desempenho (PGD) da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, com o agente residindo no exterior, pode ser admitida em situações que não atendam aos critérios expressamente previstos no art. 12, inciso VIII, do Decreto nº 11.072, de 17 de maio de 2022?

RESPOSTA: Sim. As normas constantes dos §§ 7º a 9º do art. 12 do Decreto nº 11.072, de 2022, dispõem que a autoridade máxima do órgão ou entidade pública federal, responsável por autorizar a própria instituição do PGD, poderá substituir as hipóteses arroladas em seu inciso VIII por outros critérios, em percentual que não ultrapasse 10% (dez por cento) do quantitativo de vagas direcionadas ao programa, caso em que o prazo de teletrabalho no exterior será de até 3 (três) anos, permitida a renovação por período igual ou inferior.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00010/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 10580.100488/2022-68) e PARECER nº 00084/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 23000.007358/2023-63).

PERGUNTA P19: O Programa de Gestão e Desempenho (PGD) pode ser instituído no âmbito dos órgãos de assessoria direta e imediata dos dirigentes máximos de órgão ou entidade?

RESPOSTA: Sim. Embora o art. 4º, caput, do Decreto nº 11.072, de 17 de maio de 2022, disponha que a instituição do PGD se dará no âmbito de cada autarquia, fundação pública ou unidade da administração direta de nível não inferior ao de Secretaria ou equivalente, por meio de portaria da autoridade máxima, vedada a delegação, e defina, em seu § 1º, que, na esfera dos Gabinetes dos Ministro de Estado, a competência de que trata o caput será exercida pelo Chefe de Gabinete, a ausência de disposição expressa relacionada à competência para instituição do PGD na esfera dos demais órgãos de assistência direta e imediata dos Ministros de Estado ensejava dúvidas por parte dos gestores aplicadores da norma. Isso porque referidos órgãos de assistência direta e imediata, regra geral, posicionam-se fora da estrutura hierárquica das Secretarias, e seus respectivos titulares ocupam cargos ou funções comissionadas de nível inferior àqueles titularizados pelos Secretários. Com o advento da Instrução Normativa Conjunta SEGES-SGPRT/MGI nº 24, de 28 de julho de 2023, publicada em 31 de julho de 2023, as dificuldades interpretativas até então existentes, relacionadas à possibilidade de instituição do PGD na esfera desses órgãos e à competência para o ato de instituição, foram eliminadas, tendo em vista a previsão expressa, em seu art. 6º, § 2º, de que, nos órgãos de assessoria direta e imediata dos dirigentes máximos de órgão ou entidade, o ato de instituição do PGD poderá ser de competência das chefias das respectivas unidades. Cabe ressaltar que, nos termos do PARECER nº 048/2023/GABIN/CONJUR-MGI/CGU/AGU, da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, para fins de PGD e considerando as finalidades do instituto, de desburocratizar a implementação dessa ferramenta de gestão pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, são autoridades equivalentes aos chefes de gabinetes todas as autoridades máximas titulares das unidades de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00036/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 53115.033783/2021-10), Instrução Normativa Conjunta SEGES-SGPRT/MGI nº 24, de 28 de julho de 2023, Nota Técnica Conjunta para Atos Normativos SEI nº 20/2023/MGI e PARECER nº 048/2023/GABIN/CONJUR-MGI/CGU/AGU (NUP: 19973.109570/2023-90).

PLANO DE CARREIRA

PERGUNTA P20: Em casos de reestruturação administrativa, a transformação de cargos públicos, quando envolvidos cargos que apresentem compatibilidade funcional e remuneratória, bem como equivalência dos requisitos exigidos para o provimento, viola a exigência constitucional de concurso público?

RESPOSTA: Não. Segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), inexiste violação à exigência constitucional de concurso público quando, em casos de reestruturação administrativa, os cargos envolvidos apresentem compatibilidade funcional e remuneratória, bem como equivalência dos requisitos exigidos para o provimento.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00377/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 00400.000891/2023-96) e jurisprudência do STF (por exemplo, ADI nº 345, Rel. Min Roberto Barroso, DJe 05.11.2020, ADI nº 2.713-1, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 7.03.03, ADI nº 2.335-7, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 11.06.2003)

REDISTRIBUIÇÃO POR RECIPROCIDADE

PERGUNTA P21: Existe prazo mínimo de atuação, no órgão de origem, pelo servidor público federal cujo cargo se pretende redistribuir?

RESPOSTA: Sim. O cargo ocupado somente poderá ser redistribuído se o servidor tiver cumprido o período de três anos do estágio probatório, ou seja, possuir tempo mínimo de 36 (trinta e seis) meses no cargo a ser redistribuído. O presente entendimento é extraído do Art. 7º, inciso II, da Portaria SEGRT/MGI nº 619, de 9 de março de 2023, e do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.938/DF, aplicável no âmbito do Poder Executivo Federal, visto que a redistribuição é instrumento da política de pessoal da Administração e o concurso público o instrumento para que sejam originariamente providos os cargos públicos efetivos, nos termos da Constituição.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER PARAMETRIZADO nº 00200/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 00688.002648/2023-33).

PERGUNTA P22: No processo administrativo de redistribuição, reputa-se demonstrado o interesse da Administração se os dirigentes máximos das instituições envolvidas manifestarem apenas sua anuência ou que são favoráveis à redistribuição?

RESPOSTA: Não. No processo administrativo de redistribuição, os dirigentes máximos das instituições envolvidas devem apresentar justificativa sobre as razões que fundamentam o interesse da Administração na redistribuição, considerando a natureza excepcional do instituto. O presente entendimento é extraído do art. 37, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, c/c art. 6º, inciso I, da Portaria SEGRT/MGI nº 619, de 9 de março de 2023, e com a posição firmada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no Acordão nº 1308/2014-Plenário, corroborado no Acórdão nº 1176/2022-Plenário.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00175/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 23000.007354/2023-85).

AFASTAMENTO PARA MISSÃO OU ESTUDO NO EXTERIOR

PERGUNTA P23: O servidor pode se afastar do País para estudo ou missão oficial sem prévia autorização do dirigente competente?

RESPOSTA: Não. O servidor não pode se afastar do País para estudo ou missão oficial sem prévia autorização do dirigente competente, conforme exigência constante do art. 95, caput, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Na forma do art. 3º, caput, do Decreto nº 1.387, de 7 de fevereiro de 1995, a autorização deverá ser publicada no Diário Oficial da União, até a data do início da viagem ou de sua prorrogação, com indicação do nome do servidor, cargo, órgão ou entidade de origem, finalidade resumida da missão, país de destino, período e tipo do afastamento. Em hipóteses excepcionais, porém, de viagem de caráter emergencial, em que não tenha sido possível proceder à publicação de prévia autorização de afastamento no Diário Oficial da União, é possível a convalidação do ato que contenha unicamente o referido defeito sanável, relacionado à formalização exterior do ato, desde que justificada, em decisão fundamentada, a necessidade da convalidação e demonstrada, ainda, a inexistência de lesão ao interesse público e de prejuízo a terceiros, em atendimento ao disposto no art. 55 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

PARECER nº 00320/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 59000.004435/2023-71).

PERGUNTA P24: O afastamento do País de servidores civis de órgãos e entidades da Administração Pública Federal no caso de serviço ou aperfeiçoamento relacionado com a atividade fim do órgão ou entidade, sem que tenha havido o reconhecimento de sua necessidade pelo Ministro de Estado ou autoridade delegatária competente, pode ser autorizado com ônus ou com ônus limitado?

RESPOSTA: Não. A partir de interpretação sistemática do art. 1º, inciso IV, e §§ 1º e 3º, do Decreto nº 1.387, de 7 de fevereiro de

1995, c/c art. 1º do Decreto nº 91.800, de 18 de outubro de 1985, depreende-se que o afastamento do País de servidores civis de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, no caso de serviço ou aperfeiçoamento relacionado com a atividade fim do órgão ou entidade, apenas poderá ser autorizado com ônus ou com ônus limitado na hipótese de necessidade reconhecida pelo Ministro de Estado ou autoridade delegatária competente. Se não houver aludido reconhecimento, a viagem somente poderá ser autorizada sem ônus.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00148/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08200.003067/2023-56).

OBSERVAÇÃO:

Entendimento firmado pela Diretoria de Pessoal Civil e Patrimônio da Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública, no exercício da competência residual em matéria de pessoal civil que lhe incumbe, com recomendação de remessa ao órgão central do Sipec para análise conclusiva, tendo em vista a transversalidade da temática, com potencial para atingir todo o pessoal da Administração Pública federal.

LICENÇA PATERNIDADE

PERGUNTA P25: A prorrogação da licença-paternidade, com duração de 15 (quinze) dias, além dos 5 (cinco) dias concedidos pelo art. 208 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pode ser requerida pelo servidor público interessado a qualquer momento?

RESPOSTA: Não. Segundo o disposto no art. 2º-A do Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016, que institui o "Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990", a prorrogação da licença-paternidade será concedida ao servidor público que requeira o benefício no prazo de 2 (dois) dias úteis após o nascimento ou a adoção. É possível, contudo, que a Administração Pública, de maneira excepcional, diante das peculiaridades do caso concreto, defira o pedido de prorrogação em situações em que a intempestividade do requerimento decorra de motivo de força maior, devidamente justificado nos autos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00270/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 13041.117340/2022-58).

ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE, PERICULOSIDADE E PENOSIDADE

PERGUNTA P26: É possível a concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade sem que exista laudo técnico que comprove a exposição permanente ou habitual do servidor a agentes nocivos à sua saúde?

RESPOSTA: Não. Segundo disposto no art. 6º do Decreto nº 97.458, de 11 de janeiro de 1989, e no art. 13 da Instrução Normativa SGP/ME nº 15, de 16 de março de 2022, a concessão de adicionais de insalubridade e periculosidade depende da comprovação, por laudo técnico, da exposição permanente ou habitual do servidor a agentes nocivos à sua saúde.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00088/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08016.003712/2023-18).

PERGUNTA P27: São devidos adicionais de insalubridade e de periculosidade ao servidor que ocupe função de chefia ou direção, com atribuição de comando administrativo?

RESPOSTA: Por força do art. 11, inciso IV, da Instrução Normativa SGP/ME nº 15, de 16 de março de 2022, não geram direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade as atividades em que o servidor ocupe função de chefia ou direção, com atribuição de comando administrativo, exceto quando respaldado por laudo técnico individual que comprove a exposição a circunstâncias ou condições insalubres ou perigosas em caráter habitual ou permanente.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00088/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08016.003712/2023-18).

REGISTRO EM CONSELHOS PROFISSIONAIS

PERGUNTA P28: Os trabalhos técnicos que demandem registro de responsabilidade técnica produzidos por servidores públicos estão obrigados ao registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), conforme se trate de engenheiro, arquiteto ou urbanista?

RESPOSTA: Sim. Todos os trabalhos técnicos que demandem registro de responsabilidade técnica produzidos por servidores públicos estão obrigados ao registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), conforme se trate de engenheiro, arquiteto ou urbanista.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00081/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 21160.000317/2022-05), que remete aos artigos 1º e 3º da Lei nº 6.496, de 7 de dezembro de 1977, ao PARECER nº 30/2018/DECOR/CGU/AGU, ao Ofício Circular nº 24/2019-MP, do órgão central do Sipec, e à NOTA nº 00042/2020/DECOR/CGU/AGU.

PERGUNTA P29: Atividades que envolvem o exercício do poder de polícia estão sujeitas à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou ao Registro de Responsabilidade Técnica (RRT)?

RESPOSTA: Atividades que envolvem o exercício do poder de polícia, típicas atividades estatais, em princípio não estão sujeitas à ART ou ao RRT, mas isso deve ser analisado caso a caso, observada a legislação respectiva, as normas que regulam as carreiras e a própria legislação que regulamenta a profissão, na linha da manifestação do Tribunal de Contas da União (TCU) na Decisão nº 310/2002-Plenário (TC-004.293/2001-7).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER nº 00081/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 21160.000317/2022-05), que remete à NOTA nº 00042/2020/DECOR/CGU/AGU e à manifestação do TCU na Decisão nº 310/2002-Plenário (TC-004.293/2001-7).

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

PERGUNTA P30: É possível que os contratados por tempo determinado, nos termos do disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, participem de Programa de Gestão e Desempenho (PGD) na modalidade de teletrabalho?

RESPOSTA: Sim, é possível a adoção da modalidade de teletrabalho pelos contratados por prazo determinado no âmbito de sua participação em Programa de Gestão e Desempenho (PGD), desde que celebrado aditivo contratual, por mútuo acordo entre contratado e contratante, preveja expressamente a adoção da referida modalidade, nos termos do disposto no art. 9º, §1º, do Decreto nº 11.072, de 17 de maio de 2022. Além disso, deverão ser observadas as demais regras estabelecidas no Decreto nº 11.072, de 2022, e na Instrução Normativa Conjunta SEGES-SGPRT / MGI nº 24, de 28 de julho de 2023, a respeito do assunto, dentre as quais, destaque-se aquelas que se referem à manifestação de interesse do contratado mediante a assinatura do plano de trabalho e do termo de ciência e responsabilidade, à inexistência de vedação à participação, à compatibilidade com as atividades a serem desenvolvidas pelo agente público e à ausência de prejuízo para a administração.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00176/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 53115.010311/2023-51).

AFASTAMENTO PARA PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU NO EXTERIOR

PERGUNTA P31: É possível conceder prorrogação de afastamento para participação em programa de pós-graduação stricto sensu no exterior com efeitos retroativos?

RESPOSTA: Não. Isso porque, em regra, os atos administrativos devem produzir efeitos a partir da sua publicação, não devendo ter efeitos retroativos. Não obstante, de maneira excepcional, tratando-se de defeito sanável, constatada a boa-fé, demonstrado o interesse da Administração na prorrogação do afastamento e desde que preenchidos os demais requisitos previstos na legislação para a sua validade, revela-se possível a convalidação da prorrogação do afastamento no período compreendido entre o final da sua autorização e a publicação da autorização de prorrogação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

ART. 55 DA LEI nº 9.784, de 1999. PARECER n. 00075/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (parametrizado - NUP: 00688.001478/2023-70)

NOMEAÇÃO/DESIGNAÇÃO

PERGUNTA P32: É possível a cessão de empregado público para o exercício de função de confiança?

RESPOSTA: Não. Nos termos do que dispõem a Constituição Federal (art. 37, inciso V) e a Lei nº 14.204, de 16 de setembro de 2021 (art. 13, inciso II), as funções de confiança devem ser exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, categoria de agentes públicos que se distingue dos empregados públicos, em relação aos quais mostra-se possível a ocupação de cargos comissionados.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00066/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 01400.001622/2023-18) e Nota Técnica SEI nº 4710/2023/MGI.

PERGUNTA P33: Quais são os efeitos dos atos praticados por empregado público cedido e designado para o exercício de função comissionada executiva, durante o exercício dessa função? Os atos devem ser tidos como irregulares? Há a necessidade de convalidação?

RESPOSTA: A cessão de empregado público para o exercício de função comissionada executiva, privativa de servidor público efetivo, e a sua subsequente designação, de modo irregular por ato da Administração, implicam o desempenho de atribuições que se caracterizam como exercício de "função de fato". Nessas hipóteses, o empregado público exerce as competências de uma função comissionada, em nome do Estado, mesmo sem reunir os atributos que lhe são necessários, em situação de aparente legalidade.

À vista disso, entende-se que os atos praticados pelo empregado público, desde que não apresentem vício diverso da irregularidade presente na sua designação, devem ser considerados válidos e preservados, em consonância com os princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos, da confiança, da boa-fé de terceiros, da segurança jurídica e da aparência do Direito.

Ademais, na mesma linha do entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Pareceres SEI nº 4343/2019/ME e 5028/2020/ME), conclui-se que não se trata da hipótese de convalidação. Isso porque, de acordo com a teoria do "funcionário de fato", os atos por ele praticados presumem-se válidos, se de outro vício não estiverem acometidos. Assim, presumindo-se a sua validade, não se faz necessária, a sua convalidação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00066/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 01400.001622/2023-18).

PERGUNTA P34: É possível o pagamento de remuneração pelos serviços prestados ao empregado público designado, de modo irregular, por ato da Administração, para o exercício de função comissionada executiva, privativa de servidor público efetivo?

RESPOSTA: Sim. Apesar da ilegítima designação para o exercício de função comissionada executiva, o empregado público faz jus à percepção da remuneração referente às atividades por ele realizadas, sob pena de haver o enriquecimento sem causa da Administração, o que é vedado pela ordem jurídica pátria.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00066/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 01400.001622/2023-18).

PERGUNTA P35: Quais são os efeitos dos atos praticados por ex-corregedor que continuou a exercer as atribuições do cargo após o fim do seu mandato? Os atos devem ser tidos como irregulares? Há a necessidade de convalidação?

RESPOSTA: Pode-se afirmar que os atos de ex-corregedor praticados após o fim de seu mandato, por não se incluírem mais nas suas atribuições legais, contêm irregularidade relacionada ao elemento "competência". Assim, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999, desde que não haja lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, entende-se que esses atos podem ser convalidados pela autoridade competente, tornando-se regulares os seus efeitos passados e futuros, a fim de se preservar a estabilidade das relações jurídicas criadas naquele interregno temporal.

Ressalte-se que, ainda que possível afastar a necessidade da convalidação pela invocação da teoria do "funcionário de fato, entende-se que a convalidação dos atos, mediante ratificação expressa por parte da autoridade competente, melhor atende ao princípio da segurança jurídica na hipótese, uma vez que os atos praticados pelo agente podem abranger uma série de atos de natureza correicional ou disciplinar.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00361/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 71000.000262/2021-55).

OBSERVAÇÃO:

A posição acima destacada foi proferida no exercício da competência residual em matéria de pessoal civil, excluída a matéria disciplinar, que cabe a esta DIPEP/SCGP/CGU, tendo-se recomendado, diante da especificidade das atividades e processos correicionais e disciplinares e das competências da Corregedoria-Geral da União (CRG), a submissão da demanda que gerou o referido entendimento à apreciação final do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (Siscor). Desse modo, o entendimento explicitado mostra-se aplicável enquanto inexistente posicionamento em contrário da Corregedoria-Geral da União a respeito do assunto.

PERGUNTA P36: É possível o pagamento de remuneração pelos serviços prestados por ex-corregedor que continuou a exercer as atribuições do cargo após o fim do seu mandato?

RESPOSTA: Sim, uma vez reconhecido o exercício das funções de corregedor, ainda que após a extinção do seu mandato, deve ser paga ao servidor a remuneração correspondente ao serviço que prestou de boa-fé e em nome da Administração, sob pena de ofensa ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa e ao art. 4º da Lei nº 8.112, de 1990, que proíbe, em regra, a prestação de serviços gratuitos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00361/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 71000.000262/2021-55).

OBSERVAÇÃO:

A posição acima destacada foi proferida no exercício da competência residual em matéria de pessoal civil, excluída a matéria disciplinar, que cabe a esta DIPEP/SCGP/CGU, tendo-se recomendado, diante da especificidade das atividades e processos correicionais e disciplinares e das competências da Corregedoria-Geral da União (CRG), a submissão da demanda que gerou o referido entendimento à apreciação final do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (Siscor).

Desse modo, o entendimento explicitado mostra-se aplicável enquanto inexistente posicionamento em contrário da Corregedoria-Geral da União a respeito do assunto.

LICENÇAS E AFASTAMENTOS EM GERAL

PERGUNTA P37: É possível que servidores públicos federais afastados ou licenciados de seus cargos efetivos participem das atividades de avaliação coordenadas pelo Ministério da Educação e recebam o Auxílio de Avaliação Educacional - AAE, sejam tais atividades eventuais ou não, com fundamento nas disposições da Lei nº 11.507, de 20 de julho de 2007, do Decreto nº 6.092, de 24 de abril de 2007, e da Resolução CD/FNDE nº 24, de 24 de maio de 2011?

RESPOSTA: Não. As normas que disciplinam o regime do Auxílio de Avaliação Educacional (AAE) preveem que o servidor participa, em caráter eventual, de processo de avaliação educacional de instituições, cursos, projetos ou desempenho de estudantes em decorrência do exercício da docência ou pesquisa no ensino básico ou superior, público ou privado para fazer jus ao AAE. Em outras palavras, o servidor que presta essa atividade o faz concomitantemente e em razão do exercício das suas atividades normais, não sendo razoável estender essa possibilidade às situações em que não há esse exercício ordinário.

As hipóteses de licença e afastamento trazem em si a noção da impossibilidade de o servidor público continuar a exercer as suas atribuições normalmente, a prestar o serviço objeto do seu vínculo estatutário. Nesse caso, o servidor, uma vez autorizada essa situação excepcional, licitamente deixará de oferecer a sua força de trabalho ao Estado e permanecerá gozando da manutenção do seu vínculo estatutário (podendo ser suspenso ou não) e gozando ou não da sua respectiva remuneração normal.

Portanto, considerando-se as normas que regulam o recebimento do Auxílio de Avaliação Educacional (AAE), em cotejo com o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, bem como por razões lógicas e ontológicas, em regra, haveria impossibilidade de participação de servidores públicos afastados ou licenciados de seus cargos efetivos, com ou sem

remuneração, nas atividades de avaliação coordenadas pelo MEC, não sendo possível, por consequência, o respectivo recebimento do Auxílio de Avaliação Educacional (AAE), sejam essas atividades eventuais ou não.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00061/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 23000.005538/2023-19).

PERGUNTA P38: É possível a concessão de afastamento ao servidor público federal para participação em curso de formação de concurso público para provimento de vagas para o cargo de polícia penal da carreira da Polícia Penal do Distrito Federal à luz do disposto no art. 20, §4°, da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990?

RESPOSTA: Sim. Mostra-se viável o afastamento do servidor para participação no curso de formação profissional de concurso público para provimento de vagas para o cargo de polícia penal da carreira da Polícia Penal do Distrito Federal, uma vez que, à luz dos arts. 21, inc. XIV, e art. 32, §4°, da Constituição Federal, a Polícia Penal do Distrito Federal estaria compreendida na expressão *"Administração Pública Federal"* para os fins de interpretação do art. 20, §4°, da Lei n° 8.112, de 1990.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00153/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU; NOTA n. 00015/2023/CGLEP/CONJUR-MGI/CGU/AGU e NOTA TÉCNICA SEI n° 14839/2023/MGI.

PERGUNTA P39: É possível a concessão de afastamento ao servidor público federal para participação em curso de formação profissional de concurso público para provimento de vagas para o cargo de agente da Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF) à luz do disposto no art. 20, §4°, da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990?

RESPOSTA: Sim. Entende-se viável o afastamento de servidor público federal para participação no curso de formação profissional do concurso público para provimento de vagas para o cargo de agente da Polícia Civil do Distrito Federal, uma vez que a Polícia Civil do Distrito Federal estaria compreendida na expressão *"Administração Pública Federal"* para os fins de interpretação do art. 20, §4º, da Lei nº 8.112, de 1990.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00252/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08016.010416/2023-73); PARECER n. 00255/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08016.010370/2023-92); PARECER n. 00302/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 19958.101840/2023-11) e Nota Informativa SEI nº 18681/2023/MGI.

PENSÃO

PERGUNTA P40: Escritura pública declaratória de união estável mantida com servidor (a) público (a) federal falecido (a), mas com data de emissão posterior ao óbito, em que o tabelião faz prova da declaração prestada pelo interessado e testemunhas, mas não do fato declarado, revela-se idônea para comprovação da união estável para fins de concessão de pensão por morte?

RESPOSTA: Não. Para fins de estabelecimento de pensão por força de morte de servidor (a), a condição de companheiro(a), quando não fixada em documento público válido emitido antes do falecimento, deve ser comprovada por provas contemporâneas, excluída a meramente testemunhal, em consonância com o que prevê a Portaria SGP/SEDGG/ME nº 4.645, de 24 de maio de 2022, que disciplina os procedimentos e orienta os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec) acerca da concessão e manutenção dos benefícios de pensão por morte tratadas no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

Diante da disciplina regulamentar, atestado cartorário *post mortem* que certifique declarações testemunhais, mas não o fato declarado, estão inseridos na objeção contida no artigo 9º, §2º, da Portaria SGP/SEDGG/ME nº 4.645, de 2022 (prova meramente testemunhal). Ademais, entende-se por provas contemporâneas

da união estável no momento do falecimento aquelas provas documentais produzidas em período não superior aos 24 (vinte e quatro) meses anteriores à data do óbito.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00065/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 72031.013410/2022-88).

PERGUNTA P41: Quais são os parâmetros mínimos a serem observados na avaliação de documentos apresentados com fundamento no inciso XVII do art. 9º da Portaria SGP/SEDGG/ME nº 4.645, de 2022 (quaisquer outros que possam levar à comprovação do fato ou da situação) para fins de comprovação de união estável para concessão de pensão por morte?

RESPOSTA: O art. 9º, inciso XVII, da Portaria SGP/SEDGG/ME nº 4.645, de 2022, revela cláusula normativa aberta no que tange à avaliação de provas de união estável para fins de estabelecimento de pensão por morte. Assim, sob o prisma jurídico, é necessário que a Unidade de Gestão de Pessoas competente para a prática do ato observe, em primeiro lugar, se a prova apresentada é lícita, entendendo-se como tal, para fins cíveis, o disposto no art. 369 do Código de Processo Civil, segundo o qual se afirma que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido e possa influir eficazmente na convicção de quem detenha competência para decidir. Ademais, devem ser respeitados o princípio da contemporaneidade da prova, conforme estabelecido no art. 9º, §2º da Portaria SGP/SEDGG/ME nº 4.645, de 2022, e o princípio da verdade real ou material, expresso no art. 2º da Lei n. 9.784, de 1999, segundo o qual a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos.

Desse modo, no tocante às provas, a Administração detém liberdade plena de produzir as que considere necessárias e avaliar as que lhe sejam apresentadas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal) e observado o princípio da contemporaneidade.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00065/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 72031.013410/2022-88).

PERGUNTA P42: Qual (is) providência (s) administrativa (s) deve (m) ser adotada (s) no âmbito do processo administrativo de ressarcimento ao erário de valores indevidamente recebidos por ex-pensionista em virtude de seu falecimento?

RESPOSTA: Tendo em vista que a Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo em âmbito federal, não contempla normas sobre o assunto, aplica-se supletivamente a lei processual civil. Assim, nos termos da leitura conjugada dos arts. 313, §2º, 789 e 796 do Código de Processo Civil, o espólio ou, enquanto não aberto o inventário, os herdeiros do (a) ex-pensionista deverão ser intimados a sucedê-lo (a) no processo de ressarcimento ao erário instaurado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00070/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 08660.026990/2020-04).

PERGUNTA P43: Diante do ajuizamento de ação judicial para reconhecimento da condição de dependente, em que figure como parte o ente público responsável pela concessão da pensão por morte, pode a Administração proceder de ofício à habilitação excepcional?

RESPOSTA: Sim. Resguardada a análise das peculiaridades de cada caso concreto, ajuizada a ação para reconhecimento da condição de dependente em que seja parte o ente público responsável pela concessão da pensão por morte, o §3º do art. 219 da Lei nº 8.112, de 1990, autoriza a instituição de procedimento administrativo de ofício destinado à habilitação excepcional pela Administração, somente para efeitos de rateio, mediante a realização de desconto dos valores referentes a essa habilitação das demais cotas a fim de se evitar a configuração do pagamento em duplicidade da pensão em caso de procedência da ação, o que resultaria em danos ao erário público.

Note-se que o fato de ser prolatada, ao longo da ação, decisão judicial provisória de indeferimento de tutela de urgência ou até mesmo sentença de improcedência da ação, que ainda não tenha transitado em julgado, não constitui obstáculo à aludida habilitação excepcional. O que a norma legal veda é o pagamento da respectiva cota provisoriamente, que deverá ficar bloqueada até o trânsito em julgado da ação, ressalvada a hipótese de sobrevir decisão judicial que disponha em sentido contrário.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00344/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 21032.003224/2018-11).

PERGUNTA P44: Constatada a impossibilidade de cumulação de benefícios de pensão por morte, em virtude de acumulação ilegal de cargos /empregos públicos, é admissível o exercício do direito de opção pelo requerente?

RESPOSTA: Sim. Ainda que transcorrido longo lapso de tempo do acúmulo ilegal de cargos/empregos públicos que resultaram nos pedidos de pensão por morte requeridos, como tal situação viola flagrantemente o texto constitucional, é poder-dever da Administração Pública sanar tal vício e deferir o pagamento de somente uma das pensões requeridas, sendo permitido a(o) interessada(o) exercer a opção por aquele benefício que julgar mais vantajoso, renunciando expressamente ao outro benefício.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, reconhecem que a "instauração de procedimento sumário para regularização de acumulação ilegal de cargos/empregos públicos pode ocorrer a qualquer tempo, não se sujeitando ao disposto no art. 54 da Lei n.º 9.784, de 1999, até porque de anulação não se trata, mas de apuração e aplicação de sanção disciplinar, conforme o § 6.º daquele art. 133", bem como a impossibilidade de acúmulo de pensões, sendo possível a oferta de direito de opção pelo (a) pensionista.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00079/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 53115.005244/2021-91).

PERGUNTA P45: Constatada a impossibilidade de cumulação dos benefícios de pensão por morte, em virtude de acumulação ilegal de cargos /empregos públicos, caso o (a) requerente opte por renunciar ao benefício já deferido em prol do novo pedido, qual o termo a quo para eventuais efeitos financeiros da nova pensão?

RESPOSTA: Diante do reconhecimento da impossibilidade de pagamento simultâneo de ambas as pensões, em virtude de acumulação ilegal de cargos/empregos públicos, tendo sido condicionado o deferimento de benefício de pensão por morte pela União à renúncia expressa à percepção de pensão já paga, somente seriam devidos quaisquer valores relativos à nova pensão a contar da data de eventual renúncia aos valores que o (a) requerente esteja recebendo em decorrência da pensão já deferida.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00079/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU (NUP: 53115.005244/2021-91).

CONCURSO PÚBLICO

PERGUNTA P46: É possível o aproveitamento de candidatos aprovados em concurso público inscritos como cotas de PCD ou raciais em vagas destinadas a concorrência ampla quando não há mais candidatos na lista de espera ampla?

RESPOSTA: Sim. Diante da ausência, no concurso público vigente, de candidatos classificados em vagas de ampla concorrência, bem como diante do fato de que o cadastro de reserva conta apenas com candidatos cotistas (negro e pessoa com deficiência), entende-se possível a nomeação desses candidatos cotistas em vagas de ampla concorrência, obedecendo-se a classificação no concurso e a proporcionalidade entre os dois grupos cotistas.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00042/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU - NUP: 00404.002288/2019-22 e PARECER n. 00012/2022/CNAJ/CGU/AGU (Seq. 201) da Coordenação de Atos Normativos Internos e Assuntos Judiciais da Consultoria-Geral da União.

PERGUNTA P47: É possível a ampliação do número de vagas originalmente oferecidas em edital de concurso público?

RESPOSTA: Sim. Desde que o concurso ainda esteja dentro do prazo de validade, tal ampliação pode ser requerida perante o Ministério de Gestão e Inovação no adicional de 25% (vinte e cinco por cento), com base no Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019, inicialmente aprovado de candidatos do presente concurso com urgência, em nota acompanhada de todos os elementos contidos nas normas e necessários ao exame do pleito e da indicação precisa dos cargos que se pretende prover, sem a possibilidade de autorização genérica, a ser definida pela autoridade que nomeará os candidatos.

PERGUNTA P48: É possível o aproveitamento de candidatos aprovados em concurso realizado por outro órgão?

RESPOSTA: Sim. Segundo o entendimento do TCU (Decisão Normativa/TCU n.º 212/1998 - Plenário), é válido o aproveitamento de candidatos aprovados em concurso realizado por outro órgão quando:

a) dentro do mesmo Poder;

b) para provimento de cargo idêntico àquele para o qual foi realizado, com a mesma denominação, descrição, atribuições, competências, direitos e deveres;

c) exigência de idênticos requisitos de habilitação acadêmica e profissional;

d) observadas a ordem de classificação, a finalidade ou destinação prevista no edital;

e) possibilidade de aproveitamento prevista expressamente no edital;

f) concordância de vontades; e

g) somente poderá alcançar cargos que tenham seu exercício previsto para as mesmas localidades em que terão exercício os servidores do órgão promotor do certame.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 400/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU - NUP: 23121.000226/2023-34

PERGUNTA P49: Quais os requisitos para o encaminhamento de Consultas ao órgão central do SIPEC?

RESPOSTA: De acordo com os termos do Decreto nº 67.326/1970 e com a PORTARIA SGP/SEDGG/ME Nº 11.265, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2022, não haverá análise, por parte do órgão central do Sipec, caso a consulta seja-lhe dirigida por órgão seccional. Nesse cenário, o órgão central do Sipec apenas emitirá seu posicionamento após manifestação conclusiva do órgão setorial do Sipec. Cabe ao órgão setorial, inclusive, a decisão sobre a necessidade de consultar o órgão central do Sipec ou não, podendo restituir a consulta ao órgão seccional de origem com apresentação de seu entendimento ou com pedido de complementação ou esclarecimentos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

NOTA n. 00077/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU

AFASTAMENTO PARA SERVIR EM ORGANISMO INTERNACIONAL

PERGUNTA P50: Quais os requisitos para afastamento de servidor para servir em Organismos Internacionais?

RESPOSTA: Os requisitos para o afastamento de servidor para servir em Organismos Internacionais são os seguintes:

Autorização do Presidente da República ou do Ministro de Estado que eventualmente possua tal delegação de competência

(atualmente Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento);

Prévia oitiva do órgão central do SIPEC, devendo o requerimento ser encaminhado com no mínimo, dois meses de antecedência da data de afastamento contida na solicitação do organismo internacional;

Fixação de tempo determinado para o afastamento (art. 3º, § 2º, da IN SGP/SEDGG/ME nº 100, de 2021);

Perda da remuneração paga pela União;

Retorno ao exercício do cargo efetivo em até 120 (cento e vinte) dias do término do serviço ao Organismo Internacional;

Impossibilidade de concessão do afastamento com efeito retroativo;

Encerramento imediato de eventual cessão, requisição, alteração de exercício para composição da força de trabalho, do exercício descentralizado, da licença para tratar de interesses particulares ou de afastamento com fundamento em outro instituto previsto na legislação.

Vedação de contratação de servidores, a qualquer título, de servidores públicos em afastamento para servir em organismo internacional, no âmbito dos projetos de cooperação técnica internacional;

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00091/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU

NUP: Parametrizado: 00688.001988/2023-70

PERGUNTA P51: Quais os documentos devem instruir os pedidos de afastamento para servir em organismo internacional?

RESPOSTA: Os pedidos de afastamento deverão ser instruídos com os seguintes documentos:

I - requerimento do servidor público;

II - formulário devidamente preenchido

III- ofício do Ministro de Estado ou autoridade equivalente com a respectiva anuência, dirigido ao Ministro de Estado que possua competência para apreciar o requerimento;

IV - carta-convite no idioma original expedida pelo organismo internacional, devidamente traduzida para língua portuguesa por tradutor juramentado, ou pelo órgão ou entidade de origem do servidor, que ateste a fé pública à tradução;

V - denominação do cargo a ser exercido e prazo definido pelo organismo internacional;

VI - documento autorizativo da unidade de lotação e exercício do servidor; ou do órgão supervisor do cargo ou da carreira, no caso das carreiras descentralizadas;

VII - certidão de antecedentes disciplinares expedida pelo órgão ou entidade de origem e de exercício do servidor;

VIII - manifestação da autoridade competente para instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar em andamento a respeito do impacto de eventual afastamento do servidor sobre a instrução ou a continuidade do processo e a efetividade de penalidade disciplinar em tese aplicável, se for o caso; e

IX - análise do órgão ou da entidade de origem do servidor em que ateste o enquadramento do organismo solicitante na definição jurídica de organismo internacional.

PERGUNTA P52: O prazo mínimo de 2 (dois) meses para encaminhamento do requerimento ao órgão central do SIPEC é de observância obrigatória de forma a poder gerar o indeferimento do pleito?

RESPOSTA: Em regra, o prazo mínimo de 2 (dois) meses seria de observância obrigatória, tendo a proposta de instrução normativa que resultou na edição da IN SGP/SEDGG/ME nº 100, de 2021, evidenciado a importância de se observar o

citado prazo para evitar atrasos e prejuízos à vida funcional do servidor, especialmente quando das prorrogações, e destaca que essa antecedência mínima atende à vedação da publicação da portaria de afastamento com efeitos retroativos. No entanto, a intempestividade em si não impede a concessão da autorização, pois é admissível, excepcionalmente, a análise dos requerimentos desconsiderando a observância do prazo, porém a autorização para afastamento só poderá surtir efeitos a partir da sua publicação.

PERGUNTA P53: Quais os efeitos previdenciários gerados pelo afastamento do servidor para servir em organismo internacional?

RESPOSTA: Por força do art. 183, §§ 2°, 3° e 4°, da Lei n° 8.112, de 1990, o servidor afastado para servir em organismo internacional do qual o Brasil seja membro efetivo ou com o qual coopere, ainda que contribua para regime de previdência social no exterior, terá suspenso o seu vínculo com o regime do Plano de Seguridade Social do Servidor Público enquanto durar o afastamento, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime de previdência. Contudo, é assegurado ao aludido servidor a manutenção da vinculação ao regime do Plano de Seguridade Social do Servidor Público, mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição, no mesmo percentual devido pelos servidores em atividade, incidente sobre a remuneração total do cargo a que faz jus no exercício de suas atribuições, computando-se, para esse efeito, inclusive, as vantagens pessoais.

PERGUNTA P54: É possível a contratação de servidores ativos da Administração Pública Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, direta ou indireta, bem como de empregados de suas subsidiárias e controladas para projetos de cooperação técnica internacional?

RESPOSTA: Não, pois existe vedação expressa no art.7° do do Decreto n° 5.151, de 22 de julho de 2004, haja vista a impossibilidade de acúmulo de atribuições junto a organismos internacionais e o exercício de cargo público

PERGUNTA P55: É possível a interrupção do afastamento para servir em organismo internacional?

RESPOSTA: Sim, o afastamento para servir em organismo internacional pode ser encerrado pelo término do prazo fixado no ato administrativo que o deferiu, por interesse do próprio servidor público mediante apresentação de requerimento de renúncia e retorno ao exercício do cargo efetivo e também no interesse da Administração Pública. (fundamento legal - PARECER n. 00112/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU NUP: 19960.100187/2020-72). Ademais, como a concessão do afastamento para servir em organismo internacional é ato discricionário da Administração Pública, o mesmo raciocínio se aplica quanto a possibilidade de interrupção por interesse da Administração. Portanto, o servidor público não tem direito subjetivo ao afastamento para servir em organismo internacional, pois cabe à Administração, após avaliação norteada pelos critérios de conveniência e oportunidade, em consonância com o interesse público, decidir pela autorização ou não do afastamento.

ACUMULAÇÃO DE CARGOS/PROVENTOS

PERGUNTA P56: São aplicáveis à acumulação de contratos temporários as mesmas regras de acumulação de cargos públicos previstas no art. 37, inciso XVI da Constituição Federal?

RESPOSTA: Sim. Entende-se que a interpretação mais razoável e condizente com a Constituição é a de que a acumulação de contratos temporários se submete às regras constitucionais dispostas no art. 37, incs. XVI e XVII, da Constituição, observadas as ponderações exaradas no Parecer AGU AM-04, de 09 de abril de 2019, sobre a configuração do requisito de compatibilidade de horários, e as premissas para análise do conceito de cargo "técnico ou científico" na linha das seguintes balizas estabelecidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CARGO EM COMISSÃO/FUNÇÃO COMISSIONADA

PERGUNTA P57: Qual a providência administrativa a se adotar quando eventualmente se verificar o exercício irregular de funções comissionadas?

RESPOSTA: Em observância à teoria do "funcionário de fato", os atos praticados pelo empregado público designado para o encargo de substituto de cargo em comissão presumem-se válidos e não se faz necessária a sua convalidação; e o empregado público faz jus à remuneração relativa ao período em que exerceu a substituição do cargo de Coordenador, porquanto entendimento contrário levaria ao enriquecimento indevido da Administração Pública.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

23000.017070/2022-16 - PARECER n. 00221/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU - Parecer SEI nº 5028/2020/ME, e Parecer nº 4343/2019/ME, também de autoria da PGFN e Coordenação-Geral Jurídica de Pessoal Civil ePatrimônio no âmbito do Parecer nº 00066/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU

PERGUNTA P58: É possível a expedição de passagens e pagamento de diárias para colaboradores eventuais, sem vínculo com a Administração Pública, ou com vínculo com outro Ente Federativo para participação de eventos oficiais?

RESPOSTA: Sim. Em alguns casos é possível a expedição de passagens e pagamento de diárias quando se tratar de colaborador eventual, figura jurídica prevista no Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, no Decreto nº 66.715, de 15.6.70 e no Acórdão nº 2306/2012 - Plenário/TCU como sendo a pessoa física sem vínculo com a Administração Pública que lhe presta algum tipo de serviço em caráter eventual e sem remuneração, sendo tão-somente indenizada, quando cabível, pelos gastos com transporte e estada que assumir em decorrência do serviço desempenhado.

FUNDAMENTO JURÍDICO:

PARECER n. 00020/2023/CONJUR-MTur/CGU/AGU - NUP: 72031.000999/2023-35 - PARECER n. 00067/2020/DECOR/CGU/AGU e DESPACHO n. 00226/2021/DECOR/CGU/AGU(NUP 00593.000113/2019-09).

PERGUNTA P59: É possível o enquadramento de servidor público ou empregado público com vínculo com outro ente federativo ou entidade da administração indireta como colaborador eventual?

RESPOSTA: Não, pois a existência de vínculo jurídico estatutário/contratual com o Estado, importa estar vinculado às atividades e jornada de trabalho específicas do cargo /emprego público efetivo que detém. Assim, não há como executar atividades para a Administração Pública Federal, em caráter eventual e/ou temporário, sem que isso importe em prejuízo do vínculo estabelecido com o Estado.

REINTEGRAÇÃO / ANISTIA

PERGUNTA P60: É possível a participação em Programa de Gestão e Desempenho - PGD, regulamentado pelo Decreto nº 11.072, de 17 de maio de 2022, de empregado público anistiado sob a égide da Lei nº 8.878, de11 de maio de 1994?

RESPOSTA: Sim, a partir do aditamento dos contratos de trabalho individuais de trabalho celebrados com empregados públicos anistiados que retornaram ao serviço sob a égide da Lei nº 8.878, de11 de maio de 1994, nos termos descritos na com fundamento no art. 2º do Decreto nº 11.072, de 17 de maio de 2022, in verbis:

"Art. 2º Este Decreto aplica-se à administração pública federal direta, autárquica e fundacional, integrante do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - Sipec e do Sistema de Organização e Inovação Institucional do Governo Federal - Siorg.

§ 1º Este Decreto aplica-se aos seguintes agentes públicos:

I - servidores públicos ocupantes de cargo efetivo;

II - servidores públicos ocupantes de cargo em comissão;

III - empregados públicos em exercício na administração pública federal direta, autárquica e fundacional;

IV - contratados por tempo determinado, nos termos do disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993; e

V - estagiários, observado o disposto na Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008.§ 2º Este Decreto não se aplica aos militares das Forças Armadas." (grifo nosso)

FUNDAMENTO JURÍDICO:

PARECER n. 00263/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU e NUP: 53115.010531/2023-84

JORNADA DE TRABALHO

PERGUNTA P61: Quais são os requisitos para a reversão da jornada de trabalho reduzida para a integral e quem é a autoridade competente para tanto?

RESPOSTA: A jornada de trabalho reduzida poderá ser revertida em integral, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou de ofício, por decisão motivada da Administração Pública, conforme §3º do art. 5º da Medida Provisória nº 2.174-28, de 2001 c/c art. 21 da Instrução Normativa SEGES n. 2, de 2018. O Ministro de Estado é a autoridade competente para a assinatura do ato, consoante §2º do art. 5º da Medida Provisória nº 2.174-28, de 2001, não sendo vedada a delegação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00074/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 23 de março de 2023 (00688.001471/2023-58)

PERGUNTA P62: Servidor estudante, detentor de cargo efetivo e ao mesmo tempo ocupante de cargo ou função (comissionado, função gratificada, gratificação de representação ou gratificação temporária), tem direito ao horário especial previsto no art. 98 da Lei nº 8112/90, sem prejuízo da sua remuneração? Caso solicite o horário especial para estudar, terá direito apenas à remuneração do cargo efetivo?

RESPOSTA: Ao servidor efetivo, investido em cargo em comissão, ou função gratificada, que exige integral dedicação ao serviço, não há amparo legal para concessão de horário especial em sendo estudante, em razão da natureza das atividades desempenhadas no cargo em comissão, sendo incompatível o exercício da função com o estudo em horário especial.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00074/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 23 de março de 2023 (00688.001471/2023-58)

PERGUNTA P63: O servidor estudante, ocupante somente de cargo comissionado sem vínculo com a Administração Pública Federal, tem direito ao horário especial previsto no art. 98 da Lei n. 8.112/90?

RESPOSTA: o estudante sem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal, investido em cargo comissionado, também não faz jus a horário especial, que é prerrogativa do ocupante de cargo efetivo.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00402/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 14 de agosto de 2023 (08016.005019/2023-80).

AJUDA DE CUSTO

PERGUNTA P64: Quais os requisitos para o pagamento de ajuda de custo?

RESPOSTA: A ajuda de custo constitui vantagem de caráter indenizatório e deverá ser paga ao servidor público civil da União quando estiverem presentes, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) o deslocamento do servidor, no interesse da Administração Pública, para nova sede funcional; (ii) a mudança de domicílio em caráter permanente; e (iii) a realização de despesas de instalação na localidade, em relação às quais a ajuda de custo se apresenta como uma compensação. Cumpre salientar, ainda, a necessidade de comprovação da mudança em caráter permanente ou estável, com apresentação de comprovante de residência atualizado, sob pena de devolução de valores ao erário.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00035/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 02 de março de 2023 (00688.000750/2023-02); PARECER n. 00030/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 1º de março de 2023 (01400.001264/2023-35)

PERGUNTA P65: Qual o órgão competente para a verificação do atendimento às exigências legais para a concessão de ajuda de custo?

RESPOSTA: De acordo com o órgão central do SIPEC, é de competência da área de recursos humanos dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal verificar, caso a caso, aquele que atende às regras vigentes para a concessão da ajuda de custo, inclusive no que se refere à documentação necessária à comprovação de instalação do servidor em caráter permanente na nova sede (Nota Técnica nº 57/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP).

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00035/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 02 de março de 2023 (00688.000750/2023-02)

PERGUNTA P66: É devido o pagamento de ajuda de custo em virtude de exoneração de servidor público de cargo em comissão na hipótese de deslocamento para localidade diversa da de origem?

RESPOSTA: Sim. É devido o pagamento de ajuda de custo sempre que a exoneração do servidor implicar nova alteração de seu domicílio, independentemente desse deslocamento ocorrer para a sede de origem ou para outra localidade distinta. Sempre que houver mudança de domicílio no interesse da Administração o servidor fará jus ao benefício, ou seja, para que a exoneração acarrete o pagamento do auxílio, ela deverá implicar nova alteração do domicílio, que já havia sido modificado anteriormente, quando da 'ida' do servidor.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00035/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 02 de março de 2023 (00688.000750/2023-02)

PERGUNTA P67: Como deve ser calculado o valor da ajuda de custo?

RESPOSTA: O art. 2º do Decreto nº 4.004, de 2001, define que o valor da ajuda de custo será calculado "com base na remuneração de origem, percebida pelo servidor no mês em que ocorrer o deslocamento para a nova sede" e "corresponderá a uma remuneração, caso o servidor possua um dependente, a duas remunerações, caso o servidor possua dois dependentes e a três remunerações, caso o servidor possua três ou mais dependentes". Possibilita, ademais, que o servidor nomeado para o exercício de cargo em comissão opte pela ajuda de custo em valor equivalente à remuneração integral do respectivo cargo comissionado.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00035/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 02 de março de 2023 (00688.000750/2023-02)

REMOÇÃO/PERMUTA

PERGUNTA P68: É possível a remoção de ofício de empregado público requisitado por órgão da Administração Pública direta?

RESPOSTA: Não. Ao empregado público, aplica-se o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O fato de o servidor estar requisitado por órgão da Administração Pública direta não modifica o regime jurídico ao qual está vinculado, conforme se depreende do Decreto nº 10.835/21, que dispõe cessões, às requisições e às alterações de exercício para composição da força de trabalho no âmbito da administração pública federal, direta e indireta. Desse modo, não há que se falar em remoção de ofício, instituto previsto na Lei nº 8.112/90, e sim em transferência do local de trabalho, que poderá ocorrer nos termos previstos no contrato individual de trabalho e nas normas estabelecidas pela legislação trabalhista.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00063/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 20 de março de 2023 (08016.022841/2020-62)

ESTÁGIO

PERGUNTA P69: É possível a concessão de recesso a estagiário antes de completado o período de 6 (meses) de estágio?

RESPOSTA: Não. Enquanto vigente o art. 15, § 4º, da Instrução Normativa SGP/ME nº 213, de 2019, não é possível realizar a concessão do recesso à estagiária requerente antes de completado integralmente o período de 6 (seis) meses de estágio.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00009/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 16 de fevereiro de 2023 (01245.010001/2022-76)

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO

PERGUNTA P70: Requerimento administrativo prévio é condição para o recebimento de auxílio-alimentação?

RESPOSTA: Não. Quanto ao auxílio alimentação, o seu pagamento não tem como requisito o requerimento administrativo, bastando o efetivo exercício para que o servidor público faça jus ao seu recebimento, tendo a IN nº 80/2021, de agosto de 2021, somente positivado uma obrigação legal de implantação que já decorria diretamente da Lei nº 8.460/92, com a redação dada pela Lei nº 9.527/97, regulamentada pelo Decreto nº 3.887/01.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00039/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 8 de março de 2023 (00190.108446/2022-13)

PERGUNTA P71: Servidores com jornada de trabalho reduzida fazem jus à percepção de auxílio-alimentação?

RESPOSTA: Sim. O auxílio-alimentação foi concedido a todos os servidores civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, independentemente da jornada de trabalho, desde que efetivamente em exercício nas atividades do cargo. Destina-se a subsidiar as despesas com a refeição do servidor, sendo-lhe pago diretamente.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

PARECER n. 00039/2023/CGPEP/SCGP/CGU/AGU, de 8 de março de 2023 (00190.108446/2022-13)



AGU
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ASSESSORAMENTO PERSONALIZADO

SAS. Ed. Sede AGU I, QD. 03, Lotes 5 e 6, 14° andar, sala 300 | Brasília-DF - CEP:70070-030