


ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER Nº 06 /2013/CÂMARAS PERMANENTES CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU
PROCESSO Nº 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: Procuradoria-Geral Federal

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF nº 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

VIGÊNCIA EXPIRADA: CONVALIDAÇÃO E ANÁLISE DA TRILHA DE CONTINUIDADE PELO PARECERISTA.

I - Prorrogação da vigência dos convênios. Forma de alteração do instrumento;

II - Prorrogação da vigência após expiração. Solução de Continuidade. Inexistência de vício sanável. Impossibilidade de Prorrogação. ON AGU nº 03.

III - No caso de vigência expirada, deve-se recomendar a assinatura de um novo convênio ou valer-se a Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal:

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o aclaramento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, aumentando a segurança jurídica.

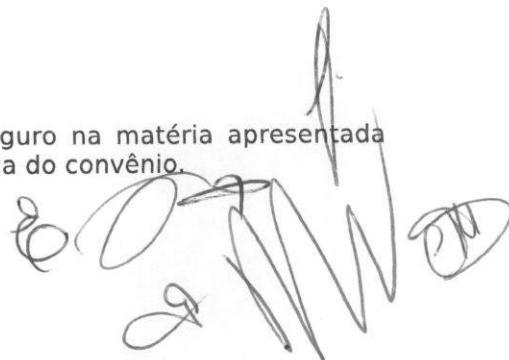
3. Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 07 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4. O presente Parecer abordará o conceito dos institutos jurídicos referentes ao convênio e a possibilidade de convalidação dos atos realizados após a expiração da vigência, bem como tratará da análise da trilha de continuidade pelo Parecerista.

5. É o Relatório, passa-se à análise jurídica.

ANÁLISE JURÍDICA:

6. Inicialmente, com a finalidade de um posicionamento seguro na matéria apresentada como ponto relevante de discussão, importante esclarecer a figura jurídica do convênio.



7. Na Constituição Federal de 1988, base do ordenamento Jurídico Brasileiro atual, há a menção do instrumento convênio com a ideia de cooperação nos Art. 71, VI e Art. 199, parágrafo 1º e, principalmente, reforçado com a Emenda Constitucional nº 19/1998, na nova redação do Art. 241.

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

8. O normativo atual que se aplica aos convênios traz a conceituação expressa do instituto, dentro de uma interpretação de mútuo interesse entre as partes:

Decreto nº 6.170/2007:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. (Redação dada pelo Decreto nº 6.428, de 2008.)

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação; (grifo nosso)

9. Ainda sobre o Decreto nº 6.170/2007, verifica-se, no seu art. 18, a previsão de elaboração de ato conjunto dos Ministros de Estado da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Controle e da Transparência para execução do referido decreto, o que foi realizado através da Portaria Interministerial nº 127/2008, substituído pela Portaria Interministerial nº 507/2011.

10. Para a formalização do instrumento, a Portaria Interministerial nº 507/2011 inclui, dentro de outros itens, a necessidade de cláusula no instrumento que estabeleça a vigência, que deve ser fixada de acordo com o prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas (Art. 43, V).

11. Além disso, o inciso VI daquele artigo 43 traz a necessidade de cláusula que preveja, de forma expressa, a obrigação de o concedente prorrogar "de ofício" a vigência do instrumento antes do seu término, quando der causa a atraso na liberação dos recursos, limitada a prorrogação ao exato período do atraso verificado.

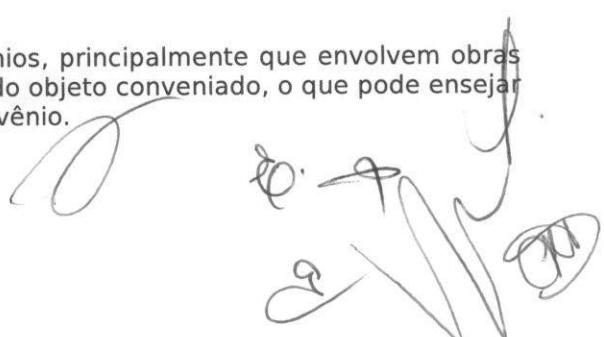
12. O art. 12 da Portaria Interministerial, assim como o Art. 57, I da Lei nº 8.666/93, admite a vigência do termo de convênio superior ao exercício financeiro:

DA PLURIANUALIDADE

Art. 12. Nos instrumentos regulados por esta Portaria, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, mediante registro contábil.

Parágrafo único. O registro a que se refere o caput acarretará a responsabilidade de o concedente incluir em suas propostas orçamentárias dos exercícios seguintes a dotação necessária à execução do convênio.

13. É comum verificarmos, na execução dos convênios, principalmente que envolvem obras de engenharia, o caso de atraso no cronograma de execução do objeto conveniado, o que pode ensejar uma necessidade de prorrogação na vigência do termo de convênio.



14. Fora o disposto no Art. 43, VI da Portaria Interministerial nº 507/2011, observa-se que não há qualquer menção sobre a possibilidade de prorrogação da vigência dos convênios. Porém, trata da possibilidade de alteração do convênio no capítulo V do Título IV, desde que não acarrete em alteração do objeto, reconhecendo, inclusive, em um dos seus artigos que a prorrogação de vigência se trata de uma alteração do convênio:

CAPÍTULO V
DA ALTERAÇÃO

Art. 50. O convênio poderá ser alterado mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado.

Art. 51. A prorrogação "de ofício" da vigência do convênio ou contrato de repasse, acordo, ajuste ou instrumento congênere, estabelecida no inciso VI do art. 43 desta Portaria, prescinde de prévia análise da área jurídica do concedente ou ao contratante.

15. Por tudo acima exposto, verifica-se que a vigência do convênio deve ser estipulada no devido instrumento, devendo se ater às metas e cronograma de execução fixadas no plano de trabalho. Sua eventual prorrogação (que não envolve o caso de atraso na liberação dos recursos pela concedente – "de ofício") deve ser entendida como forma de alteração do convênio, devendo ser solicitada pelo conveniente em tempo hábil.

16. O cerne da consulta em análise resta no momento em que a vigência do convênio expira sem que haja a conclusão do objeto. Nos termos do Art. 72 da Portaria Interministerial nº 507/2011, a prestação de contas deve ser realizada no prazo de 60 dias após o término da vigência.

Art. 72. O órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação, observando-se o seguinte:

I - o prazo para apresentação das prestações de contas será de até 60 (sessenta) dias após o encerramento da vigência ou a conclusão da execução do objeto, o que ocorrer primeiro;

17. De fato, a regra geral para a expiração da vigência do convênio é o esgotamento do prazo previsto no instrumento ou a conclusão do objeto, o que ocorrer primeiro. Porém, como proceder no caso de o objeto não ter sido executado na sua forma integral dentro do prazo de vigência?

18. Cogita-se sobre a possibilidade de convalidação dos atos praticados durante a vigência expirada entre eles a prorrogação do instrumento para que o interesse público seja atingido e o objeto do convênio seja executado de forma plena.

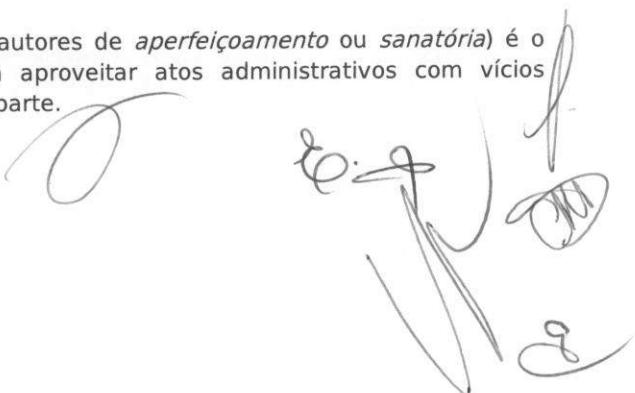
19. Teceremos, então, alguns comentários sobre a figura jurídica da convalidação, prevista no Art. 55 da Lei nº 9.784/1999:

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.

20. Nos termos do entendimento da doutrina, a convalidação só é possível quando o ato administrativo for sanável e estiver comprovada a ausência de lesão ao interesse público, de desrespeito à moralidade administrativa e de prejuízo a terceiros. O que predomina nesse caso seria a sobreposição da segurança jurídica sobre o vínculo sanável praticado no ato administrativo.

21. A convalidação dos atos administrativos consiste na possibilidade da Administração aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, como bem explica José dos Santos Carvalho Filho:

A *convalidação* (também denominada por alguns autores de *aperfeiçoamento* ou *sanatória*) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte.
(...)



...o ato que convalida tem efeitos *ex tunc*, uma vez que retroage, em seus efeitos, ao momento em que foi praticado o ato originário.

(...)

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vínculo de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos. Também é possível convalidar atos com vínculo do objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vínculo. Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quando único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato.

22. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Tribunais de Contas do Brasil, 2ª ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 57-58), ao dispor sobre a convalidação, expõe em sua obra que:

"consiste na prática de um ato administrativo que tem por finalidade validar ato já praticado, objetivando conformá-lo com a ordem jurídica. As principais características da convalidação podem ser assim destacadas: - exige o reconhecimento expresso da Administração Pública. Não há convalidação tácita ou por decurso de tempo; - só pode ser praticada por órgão ou agente competente. O órgão de controle não pode imiscuir-se nessa seara. Por esse motivo, a convalidação é um instrumento típico do autocontrole; - embora não seja uniforme na doutrina, deve existir ato anterior sobre o qual incidirá a convalidação. Isso porque, nas situações de fato, constituídas sem ato, pode haver reconhecimento de direitos, em homenagem, por exemplo, à boa-fé, mas não convalidação de fato em ato; - o vínculo do ato originário, de cuja convalidação se cuida, há de ser de legalidade. Não é adequado o uso da convalidação para rever conveniência e oportunidade; - a convalidação deve operar-se, segundo as regras vigentes ao tempo da convalidação, com atendimento integral dos requisitos legais; - são inconvalidáveis os atos que não podem ser reproduzidos validamente na atualidade; - o ato a ser convalidado não pode ser utilizado em favor de quem, por má-fé, deu causa ao vínculo de legalidade. Aplicação prática do princípio de que a ninguém é dado valer-se da própria torpeza; - a convalidação resguarda os direitos constituídos pelo ato inválido, aproveitando os efeitos produzidos; - admite-se a convalidação dos efeitos do ato anterior, quando, constituindo situações jurídicas, ficaram essas limitadas no tempo".

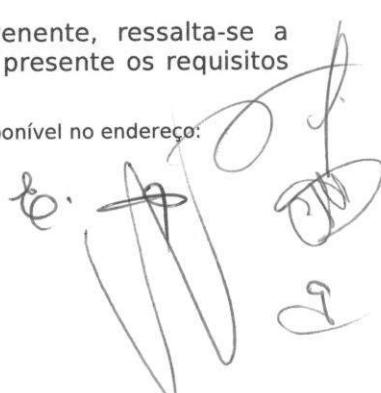
23. Desta forma, a expiração da vigência deve ser dividida em três situações para que se possa verificar no caso concreto a possibilidade de convalidação. Isso porque no caso de expiração de vigência sem qualquer solicitação do conveniente, não pode ensejar a convalidação dos atos praticados durante a vigência expirada. Além da segurança jurídica, a convalidação preza pela boa fé, de forma que o conveniente não pode se beneficiar da própria torpeza de não ter solicitado a prorrogação da vigência.

24. Outros dois casos são o caso de prorrogação de vigência "de ofício" no caso de atraso na liberação de recursos pelo concedente e no caso em que há a solicitação de prorrogação pelo conveniente aprovado pela parte concedente que, por algum motivo, não aconteceu.

25. Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União nos casos de o conveniente ter solicitado a prorrogação dentro do prazo ou o concedente ter deixado de realizar a prorrogação de ofício. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.

26. Ainda no caso de cumprimento integral do objeto pelo conveniente, ressalta-se a possibilidade de aprovação da prestação de contas com ressalvas¹, desde que presente os requisitos

¹ Possibilidade prevista no Manual de Análise e Instrução de TCE do Tribunal de Contas da União, disponível no endereço:



formais.

27. As contas poderão ser aprovadas com ressalvas, quando cumulativamente: evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário; evidenciado o cumprimento integral do objeto com etapa útil e demonstrado nexo de causalidade entre as despesas executadas e o objeto.

28. A aprovação das contas com ressalvas não dispensa a verificação sobre o atendimento dos preceitos legais e sua fundamentação motivada. As impropriedades apontadas no parecer com ressalvas deverão ser apresentadas na prestação de contas anual do ente ao Tribunal de Contas da União para julgamento da conduta faltosa dos gestores.

29. Convém ainda ressaltar alguns aspectos relativos ao entendimento jurídico quanto à convalidação de atos administrativos. Recorremos então à lição do eminent Professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO², que leciona o sentido e os pressupostos da convalidação do ato administrativo:

"CONVALIDAÇÃO"

SENTIDO - Considera-se convalidação a prática de "um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato a convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos". O art. 55 da lei contempla o instituto da convalidação.

PRESSUPOSTO - Constitui pressuposto da convalidação a circunstância de o víncio do ato ser sanável. Sanáveis são os vícios de menor gravidade que, por isso mesmo, não obrigam à anulação direta do ato e, ao contrário, permitem, em determinadas hipóteses, sua confirmação e o aproveitamento dos efeitos pretéritos.

Existem, todavia, vícios insanáveis, ou seja, aqueles que contaminam a validade do ato em tal dimensão que se afigura impossível corrigir o víncio e aproveitar o ato. "Esse tipo de ilegalidade não comporta convalidação, mas sim anulação em virtude de víncio de legalidade." (grifo nosso).

30. Neste contexto, colaciona-se ainda o Acórdão nº. 115/2011 do Plenário do Tribunal de Contas da União:

A convalidação só é possível quando o ato administrativo eivado de vícios for sanável e estiver comprovada a ausência de lesão ao interesse público, de desrespeito à moralidade administrativa e de prejuízo a terceiros.

O resultado da convalidação do ato administrativo viciado não pode ser a perpetuação da ilegalidade e nem a ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

31. Desta forma nota-se que só são passíveis de convalidação atos que não contenham vícios insanáveis. Portanto, resta o questionamento acerca de a prorrogação extemporânea de convênio com vigência expirada afrontar ou não a legislação e os regulamentos pertinentes a matéria.

32. A Instrução Normativa nº 01/97 que regulamentava os convênios até 31/05/2008 trata de forma expressa sobre o assunto:

Art. 8º É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

(...)

VI - atribuição de vigência ou de efeitos financeiros retroativos;

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/Curso%20de%20Tomada%20de%20Contas%20Especial.pdf>

²FILHO, José dos Santos Carvalho, *Processo Administrativo Federal*, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pg. 296/297.



33. Já a Portaria Interministerial nº 127/2008 e a nº 507/2011 nada trouxeram expressamente sobre o assunto, vedando, apenas a realização de pagamento em data posterior à vigência do instrumento:

Art. 39. O convênio ou contrato de repasse deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:
(...)

V - realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento;

VI - efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente ou contratante e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado; (Portaria Interministerial nº 127/2008);

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:

(...)

V - realizar despesa em data anterior à vigência do instrumento;

VI - efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento, salvo se expressamente autorizada pela autoridade competente do concedente e desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado; (Portaria Interministerial nº 507/2011)

34. Ressalta-se que na formalização de convênios, a Administração está obrigada a atender no que couber as disposições da Lei nº 8.666/93:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couberem, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; (g.n.)

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

35. Pelo exposto, nota-se que a convalidação do ato que atribuiu vigência retroativa ao convênio está em desacordo com a legislação, não sendo este ato vício sanável e não sendo possível sua convalidação.

36. Desta forma, mesmo visualizando o caso mencionado, trata-se de convênio extinto, vencido, que não mais existe, razão pela qual não pode ser prorrogado, cabendo apenas a prestação de contas dos recursos já repassados.

37. Em caso concreto analisado pelo TCU, verifica-se algumas recomendações no caso de prorrogação de vigência expirada de convênio solicitada por conveniente, fundamentando na Súmula nº 191 do TCU, nos termos do Acórdão nº 1131/2009-Plenário:

(...)

14. Por fim, ainda na mesma toada, frisa que a jurisprudência do TCU admite a dita prorrogação (a exemplo da Súmula nº 191 e do Voto constante do Acórdão nº 172/2004 – Plenário), ressaltando que, a despeito da inércia do MCIcidades em deixar transcorrer o prazo de vigência do convênio sem promover efetivamente o aditivo, mesmo assim haver-se-ia de prorrogar o convênio, posto que, não obstante se alegue existir discricionariedade na decisão de se firmar ou não o pretendido Termo Aditivo, não seria razoável ou comprehensível que a prorrogação não acontecesse, na medida em que se encontravam presentes todos os requisitos para a assinatura do Termo Aditivo



de Prazo, havendo, enfatize-se, recurso alocado em conta específica, projeto executivo em andamento, inclusive com licitação recente para a obra e prestação de contas atualizada.

(...)

26. Assim, a súmula citada pela recorrente, bem como excerto da decisão constante do processo TC 013.327/2002-4, não servem de paradigma ao presente caso, eis que nestes trata-se de convênio em curso, válido, existente, cuja análise de conveniência e oportunidade, porque favoráveis, apontam para a possibilidade de prorrogação do convênio vigente.

(...)

3. De fato, é imperioso admitir que a não conclusão do objeto pactuado, depois de decorridos vários anos de execução e despendida vultosa quantia de recursos públicos, não se coaduna com o interesse público. Por outro lado, também não se coaduna com o interesse público a adoção de medidas que subvertam a ordem jurídica, fazendo tábula rasa de princípios basilares da administração pública, como a legalidade. Portanto, o alcance do interesse público dependeria simultaneamente da conclusão do objeto pactuado e do respeito aos princípios que regem a administração pública.

4. Nessa linha de raciocínio, seria possível cogitar, em tese, algumas soluções:

5. A primeira seria simplesmente admitir que o convênio (formalmente expirado em 30/4/2008) continua vigente, como requer o recorrente, por terem sido preenchidos os requisitos necessários à sua prorrogação, contudo, o convênio advém de um acordo de vontade entre os convenentes, não tendo, a meu ver, o TCU competência para substituir a vontade de uma dessas partes.

6. Uma segunda solução seria a prorrogação de ofício prevista no art. 7º, inciso IV, da IN STN 1/1997, por meio da qual a União se compromete a '*prorrogar 'de ofício' a vigência do convênio, quando houver atraso na liberação dos recursos, limitada a prorrogação ao exato período do atraso verificado*', ocorre que esse tipo de prorrogação está restrita a hipótese de atraso na liberação dos recursos por parte do concedente, hipótese essa que inclusive já deu ensejo a uma prorrogação no convênio em questão. Ademais, não parece cabível adotar uma interpretação extensiva de modo a contemplar atrasos decorrentes de outras causas, pois tal raciocínio violaria o princípio da legalidade estrita, bem como a vontade do convenente.

7. Outra solução seria admitir que diante do caso concreto não havia discricionariedade por parte do convenente, ou seja, a única forma de atingir o interesse público seria prorrogar o contrato. Acerca dessa hipótese, é pertinente transcrever lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 13 ed., rev., atual. e amp., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 389) acerca da vinculação e discricionariedade dos atos administrativos, *in verbis*:

'Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se enquadra dentro do campo em que realmente havia discricionariedade, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricionariedade.'

Com efeito, considerada cada situação com sua fisionomia e coloração específicas, poder-se-á, algumas vezes, verificar que a satisfação de finalidade normativa reclamaría, para além de qualquer dúvida possível, unicamente o ato a e não o ato b; o deferimento de cada pretensão e não seu indeferimento, ou vice-versa. Vale dizer: haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato - e não outro - atenderia à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipóteses deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido a finalidade legal. Por isso, não lhe aproveitará invocar a norma atributiva de discricionariedade, pois, consoante se disse a discricionariedade na regra de Direito é condição necessária mas não suficiente para configurá-la quando da prática do ato. A discricionariedade do ato só existe in concreto, ou seja, perante o quadro da realidade fática com suas feições polifacéticas, pois foi em função disto que a lei se compôs de maneira a obrigar-a.

Assim, é óbvio que o Poder Judiciário, a instâncias da parte, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, pois nestes casos não há realmente discricionariedade, mas vinculação, ou a discricionariedade não se estende até onde se pretendeu que exista, já que - repita-se - discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente existe perante o caso concreto.' (grifo não existente no original)

8. Marçal Justen Filho, embora tratando de matéria diversa (contratos administrativos), envereda

por raciocínio similar, ao comentar o art. 57 da Lei de Licitações e Contratos [*in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, pág. 676], conforme excerto transscrito a seguir:

'Inexiste margem de discricionariedade para a Administração negar a prorrogação, nos casos enfocados. Trata-se de atividade vinculada, cujos pressupostos estão arrolados no texto legal. Não se remete à liberdade de a Administração escolher entre conceder ou não a prorrogação. A lei exige, isto sim, a rigorosa comprovação da presença dos requisitos legais. Uma vez presentes, surge o direito do particular a obter a prorrogação'.

9. Portanto, seguindo essa esteira de raciocínio, se os elementos constantes nos presentes autos nos conduzissem à convicção de que não restava outra alternativa para o concedente atingir o interesse público senão a de prorrogar o convênio, estar-se-ia diante de uma hipótese de ato vinculado, sendo cabível a esta Corte de Contas determinar a prorrogação do convênio, sob pena de se apurar a responsabilidade pela obra inacabada. E de fato tal possibilidade se mostra verossímil, pois, pelo que consta dos autos, o pedido de prorrogação de prazo se deu com antecedência bastante razoável; a prorrogação não estava condicionada ao incremento de mais recursos provenientes da União; não há manifestação clara no parecer da Conjur de fls. 76/79, deste anexo, de que a insuficiência de documentos por ela mencionada seria atribuível ao conveniente, aliás, tal parecer sugere, a meu ver, que o processo não estava apto para prorrogação por falhas atribuíveis ao próprio Ministério das Cidades, em especial à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos e à Secretaria de Transporte e da Mobilidade Urbana (esta incumbida de manifestação técnica inexistente no processo de prorrogação).

(...)

VOTO

(...)

Essa exame foi feito de forma adequada nos pareceres da Serur transcritos no Relatório que precede este Voto. Somente caberia ao TCU determinar a prorrogação do Convênio 052/2001 caso ficasse comprovado de maneira inequívoca que a prorrogação deixou de ser formalizada única e exclusivamente em decorrência de atrasos e omissões do Ministério das Cidades. Tal constatação, contudo, não pode ser extraída destes autos, conforme concluiu o analista da Serur: "nos autos, não se visualiza, de forma indubitável, que a ausência de toda a documentação seja atribuída única e exclusivamente ao MCidades, mais especificadamente, à CGLOG".

(...)

18. A conclusão das obras, contudo, depende de juízo de conveniência e oportunidade das partes envolvidas em relação à escolha do melhor momento e dos atos administrativos necessários à continuidade ao empreendimento.

19. Ou seja, embora não restem dúvidas que as partes envolvidas devem tomar todas as medidas cabíveis para que a obra seja concluída, subsiste discricionariedade para a administração decidir que medidas administrativas devem ser adotadas.

20. Dessa forma, as alternativas para a conclusão das referidas obras deverão ser examinadas pelas partes envolvidas, não cabendo ao TCU efetuar determinações que invadam a esfera de discricionariedade dessas partes. O Diretor da Serur chega a traçar algumas hipóteses que permitiriam até mesmo a prorrogação pleiteada pelo recorrente, como por exemplo, "admitir que o convênio (formalmente expirado em 30/4/2008) continua vigente, como requer o recorrente, por terem sido preenchidos os requisitos necessários à sua prorrogação [...]" . Esta e outras possibilidades, tal como a celebração de novo convênio para dar continuidade ao Convênio 052/2001, deverão ser avaliadas pelas partes, à luz dos princípios que regem a administração pública, expressos no art. 37 da Constituição, entre os quais podem ser destacados o da legalidade e o da eficiência.

(...)

Acórdão

(...)

9.3. recomendar ao Ministério das Cidades, ao Governo do Estado do Piauí e à Companhia Metropolitana de Trens Urbanos de Teresina/PI a adoção de medidas necessárias à conclusão das obras de Expansão do Sistema de Trens Urbanos de Teresina/PI; (grifo nosso)

38. Analisando-se o acórdão acima mencionado, verifica-se que a Corte de Contas entendeu, de forma contrária ao entendimento aqui adotado, que, no caso de o objeto do convênio se tratar de obra em andamento, compete ao gestor, dentro do seu critério de oportunidade e conveniência, avaliar, à luz dos princípios que regem a Administração Pública, expressos no art. 37 da Constituição

Federal, as opções para continuidade da obra, inclusive admitindo a possibilidade de continuidade da vigência do convênio por terem sido preenchidos os requisitos necessários à sua prorrogação.

39. A despeito de tal posicionamento, entende-se que a Administração Pública deverá, para fins de atendimento ao interesse público e como solução jurídica mais viável no caso concreto, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o convenente para continuidade do objeto ou, ainda, valer-se da prerrogativa trazida no inciso VII do art. 43 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 507/2011, mas nunca admitir a prorrogação extemporânea da avença.

40. Ressalta-se que o instrumento de convênio, nos termos do decreto nº 6.170/2007 (reproduzido em todos os instrumentos, por ser característica intrínseca ao sentido de cooperação mútua que existe no conceito de convênio), não pode obrigar os partícipes a permanecer com suas obrigações do instrumento se não houver mais interesse.

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Decreto nº 6.170/2007);

Art. 7º O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas estabelecendo:
(...)

X - a faculdade aos partícipes para denunciá-lo ou rescindi-lo, a qualquer tempo, imputando-se-lhes as responsabilidades das obrigações decorrentes do prazo em que tenham vigido e creditando-se-lhes, igualmente os benefícios adquiridos no mesmo período; (IN STN nº 01/97);

Art. 61. O convênio ou contrato de repasse poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Portaria Interministerial nº 127/2008);

Art. 80. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. (Portaria Interministerial nº 507/2011).

41. Desta forma, a qualquer tempo, entendendo o concedente ou o convenente que não há mais interesse em continuar com a execução do convênio celebrado, não há como obrigá-lo a permanecer na avença, exceto no que já foi iniciado e participado voluntariamente.

42. Deve-se atentar, ainda, ao que dispõe a Orientação Normativa nº 03 da Advocacia-Geral da União, de observância obrigatória pela Administração Pública Federal:

Na análise dos processos relativos à prorrogação de prazo, cumpre aos órgãos jurídicos verificar se não há extrapolação do atual prazo de vigência, bem como eventual ocorrência de solução de continuidade nos aditivos precedentes, hipóteses que configuram a extinção do ajuste, impedindo a sua prorrogação.

43. Com efeito, uma vez constatada a solução de continuidade da vigência do Termo de Convênio, há impossibilidade de sua prorrogação, motivo pelo qual não pode ser convalidada, conforme o mandamento da Orientação Normativa acima transcrita.

44. De tal sorte, compete ao Parecerista recomendar à Administração que aplique a ON nº 03 da AGU, posto que, no exercício da atividade de consultoria e assessoramento jurídico das Autarquias e Fundações, cujo fundamento de validade encontra-se no art. 10 da Lei nº 10.480/2002 c/c o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, a função da Procuradoria é respaldar o Administrador acerca dos atos a serem praticados, sempre à luz da legislação vigente, para que não ocorra responsabilização da autoridade futuramente pelos órgãos de fiscalização.

45. Há que se ressaltar, entretanto, que o posicionamento da Procuradoria não possui o condão de vincular o Administrador Público, que poderá motivadamente adotar entendimento diverso

nos termos do art. 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/1999, e prosseguir com o convênio, mesmo com recomendação jurídica contrária.

46. Por essa razão e em consonância com o enunciado nº 21 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, deve ser realizada, de forma subsidiária, a análise dos aspectos jurídico-formais envolvendo as minutas dos termos aditivos ao termo de convênio:

Boa Prática Consultiva – BPC nº 21

a) Enunciado

Na análise dos processos administrativos submetidos ao Órgão Consultivo, o Advogado Público deve apreciar a viabilidade jurídica do ato proposto pelo gestor público, indicando a alternativa jurídica adequada, caso exista, quando não houver amparo jurídico para o ato proposto.

b) Fonte

Considerando que a prerrogativa de decisão cabe à autoridade administrativa, consoante artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.784/99, há possibilidade de o gestor não acatar o entendimento jurídico do Órgão Consultivo e prosseguir em determinado processo ou certame, mesmo com a recomendação contrária do referido Órgão.

Nesses casos, é conveniente e atende o interesse público a análise do assunto, na integralidade, para que se evite que seja produzido um ato administrativo sem a prévia manifestação jurídica que o oriente, ou que seja celebrado um contrato ou convênio sem qualquer análise jurídica de seu conteúdo, implicando maiores riscos para a Administração Pública.

Essa análise subsidiária pode ser feita de maneira concomitante à manifestação jurídica contrária à continuidade do processo.

Ademais, é pertinente que a manifestação jurídica consigne a observação de que os autos deverão retornar ao Órgão Consultivo para análise jurídica do novo procedimento encetado, no caso de ser seguida, pelo gestor, a orientação jurídica alternativa.

47. Nesse sentido, compete ao parecerista, na sua manifestação perante a expiração de vigência de um convênio que de alguma forma continuou a produzir efeitos, realizar a análise subsidiária da minuta apresentada, sempre ressaltando a ON nº 03 da AGU, que tem caráter vinculativo em toda a Administração Pública, sem prejuízo de eventual recomendação de que a Administração implemente métodos preventivos de controle da vigência dos convênios.

CONCLUSÃO:

48. ISTO POSTO, com base nas razões retro, deixa-se como orientações aos Órgãos Jurídicos da Procuradoria-Geral Federal a serem seguidas:

a) A vigência dos convênios deve ser fixada no seu instrumento e sua eventual prorrogação, que não seja "de ofício" decorrente do atraso na liberação dos recursos pelo concedente, é uma forma de alteração que deve ser solicitada pelo conveniente em tempo hábil;

b) A prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do concedente, não pode ser objeto de convalidação, haja vista não se tratar de vício sanável. Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União, bem como verificar a possibilidade aprovação da prestação de contas com ressalvas, se o objeto tiver sido concluído. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.

c) Avulta notar ainda que, tendo em vista o interesse público, a Administração Pública deverá, como solução jurídica mais viável no caso em análise, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o conveniente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se a Administração Pública Federal da



prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.

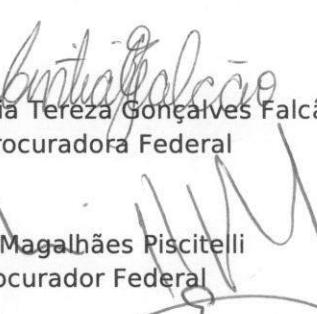
d) Com base na ON AGU nº 03, o parecerista deve apontar a impossibilidade de prorrogação do instrumento que teve extração de vigência e solução de continuidade nos aditivos anteriores.

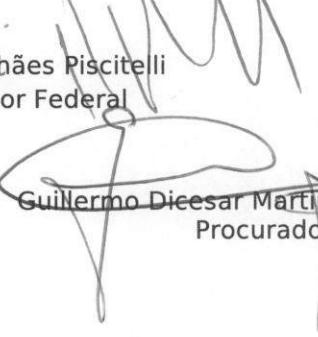
À consideração superior.

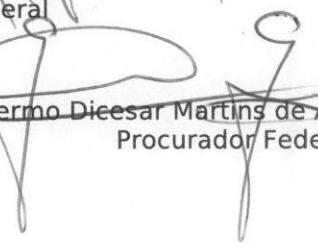
Brasília, 11 de abril de 2013.

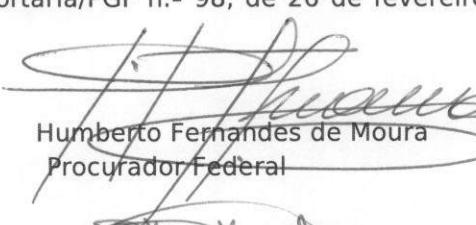

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).


Cíntia Tereza Gonçalves Falcão
Procuradora Federal


Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

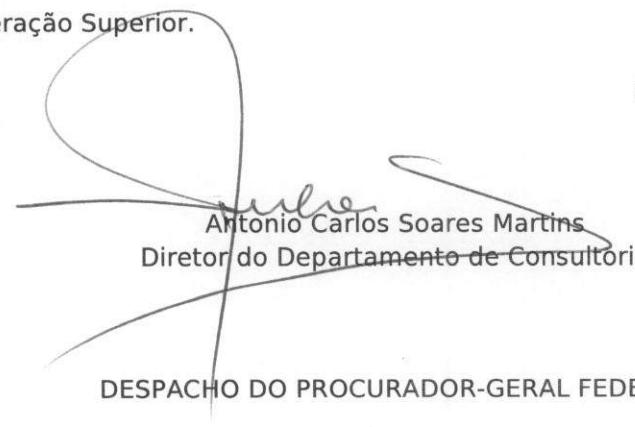

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal


Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal


Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 21 de Março de 2013.


Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria


DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 06 /2013/CÂMARAPERMANENTECONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 24 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 34 /2013:

I) A vigência dos convênios deve ser fixada no seu instrumento e sua eventual prorrogação, que não seja "de ofício" decorrente do atraso na liberação dos recursos pelo concedente, é uma forma de alteração que deve ser solicitada pelo conveniente em tempo hábil.

II) A prorrogação da vigência após sua expiração, mesmo que por culpa do concedente, não pode ser objeto de convalidação, haja vista não se tratar de vício sanável. Deverá o concedente analisar eventual reconhecimento de dívida pela União, bem como verificar a possibilidade aprovação da prestação de contas com ressalvas, se o objeto tiver sido concluído. Além disso, cabe apuração nos casos acima da responsabilidade de quem deu causa à expiração da vigência.

III) Com base na ON AGU nº 03, o parecerista deve apontar a impossibilidade de prorrogação do instrumento que teve extração de vigência e solução de continuidade nos aditivos anteriores.

IV) Avulta notar ainda que, tendo em vista o interesse público, a Administração Pública deverá, como solução jurídica mais viável no caso em análise, verificar a possibilidade de assinatura de um novo convênio com o conveniente para continuidade do objeto, ou ainda, valer-se a Administração Pública Federal da prerrogativa trazida no inciso VII do Art. 43 da Portaria nº 507/2011.