



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER Nº 10 /2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.001636/2014-18

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE ESCOPO. PARECER E CONCLUSÃO ANTERIORES DA CPLC (PARECER Nº 13/2013 E CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 58/2013). ANÁLISE DE MODULAÇÃO, DÚVIDAS E ESCLARECIMENTOS.

I. Por força do art. 4º da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, os Pareceres das Câmaras Permanentes somente vinculam os Órgãos de Execução a partir da sua aprovação pelo Procurador-Geral Federal, já possuindo os efeitos modulados próprios à natureza do ato.

II. Por vários motivos, dentre eles a pré-existência da ON/AGU nº 03/2009, a modulação pretendida careceria de qualquer efeito prático.

III. O Parecer e a Conclusão não vedaram o cumprimento extemporâneo (pós-vigência) de obrigação contratual (pagamento) pendente da Administração, desde, obviamente, que o serviço tenha sido executado dentro do período de vigência (com cobertura contratual).

IV. O entendimento do TCU acerca da questão, como já registrado na manifestação anterior, não é uniforme, motivo por que o Parecer e a Conclusão não se baseiam na posição do Tribunal. Assim, eventuais decisões posteriores da Corte que não sejam em sede resposta a consulta (art. 1º, §2º, da Lei nº 8.443/92), não têm, por si só, o condão de superar os entendimentos firmados pela CPLC.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria nº 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos, através da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

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. Após 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 esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

4. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da possibilidade de modulação de efeitos bem como de questionamentos e dúvidas acerca do Parecer nº 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, que subsidiou a Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013, os quais tratam da expiração do contrato por escopo por decurso do prazo de vigência sem tempestiva prorrogação e das soluções jurídicas possíveis para terminar o objeto contratado.

5. É o relatório.

I – AS DÚVIDAS



6. Inicialmente, foi trazida à Câmara uma dúvida acerca da aplicabilidade temporal do entendimento: questionou-se se o entendimento atingiria os contratos já em vigor, de modo a impedir a prorrogação daqueles ajustes já celebrados e expirados anteriormente à emissão do Parecer e da Conclusão. Depois disso, foram trazidos outros questionamentos mais gerais, os quais serão abordados em tópico autônomo.

7. Quanto à limitação temporal da aplicação do entendimento, argumentou-se que, em razão de princípios como segurança jurídica e interesse público na conclusão dos objetos contratados, deveria haver uma modulação dos efeitos do Parecer, de modo que se aplicasse apenas aos contratos vencidos após a sua emissão. Desse modo, sustentava-se a aplicação da tese afastada pela Câmara mesmo depois da aprovação do Parecer, desde que os contratos tivessem expirado antes desse marco temporal.

8. Para defender a modulação, argumentava-se existir tanto na doutrina como nas decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) tese que permitiria a continuidade do contrato. Assim, a fim de preservar os efeitos dos contratos e garantir a sua conclusão, defendia-se aplicar a referida modulação, questionando se isso seria possível.

9. Os demais questionamentos serão apresentados em tópico específico.

II – ON/AGU Nº 03/2009 – ENTENDIMENTO ALINHADO AO RECÉM-EDITADO – AUSÊNCIA DE INOVAÇÃO E INEXISTÊNCIA DE EFEITO PRÁTICO EM EVENTUAL MODULAÇÃO

10. De início, vale registrar que os entendimentos consolidados na Câmara Permanente, em que pese seu caráter vinculante, não têm o poder de alterar as normas vigentes nem, por conseguinte, o de impactar diretamente os contratos administrativos. Não se trata de atos normativos, mas de orientações baseadas em interpretação de normas que já integram o ordenamento jurídico (pré-existentes).

11. Assim, devem ser separadas, em grau e natureza, as vinculações dos Pareceres e Conclusões da CPLC das decisões em sede de controle de constitucionalidade, quando é mais comum se falar em modulação de efeitos. No que há de comum em ambas e no que interessa ao caso, pode-se afirmar que a referida



modulação, num e noutro caso, teriam por motivo a abrupta mudança de orientação ou de interpretação jurisprudencial¹.

12. Em sede de controle de constitucionalidade, tal espécie de modulação não está positivada, mas tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)². No entanto, em sede administrativa, pode-se admitir que tal postulado foi expressamente previstos no art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal – LPAF)³, que veda aplicação retroativa de nova interpretação.

13. Não é sem razão que o art. 4º da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, que institui as Câmaras Permanentes, adotou a seguinte diretriz:

Art. 4º Os entendimentos firmados nas Câmaras Permanentes somente vincularão os Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal após aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal.

14. Assim, modificada ou não a orientação em vigor, a regra nas Câmaras é de que os entendimentos somente vinculam os Órgãos de Execução “após aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal”. Trata-se de regra por demais razoável, reforçando, como já se disse, as diferenças marcantes entre as manifestações da CPLC e as decisões da Suprema Corte em controle de constitucionalidade.

15. Para comprovar isso não é necessário mais vagar, mas vale a pena consignar que a as Conclusões da CPLC têm por finalidade orientar – e vincular – as manifestações dos Órgãos de Execução da PGF sem que isso implique alteração imediata de negócios jurídicos já celebrados. A ideia é identificar, discutir e uniformizar questões jurídicas idênticas e controversas no âmbito dos Órgãos de Execução (art. 2º da Portaria nº 98/ 2013), não inserir ou afastar novas normas do ordenamento jurídico.

¹ A modulação de efeitos nas decisões proferidas em controle de constitucionalidade tem motivos e efeitos variados, sendo a alteração jurisprudencial apenas uma das hipóteses, conforme sustenta Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

² Cf. BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., pp. 76-79, onde menciona pelo menos dois casos em que o STF utilizou-se de tal expediente.

³ 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: [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.



16. Ora, exerce a CPLC atividade eminentemente interpretativa e em sede administrativa, cujos limites e efeitos são mais estreitos do que a interpretação feita por cortes constitucionais⁴; demais disso, o destino das orientações das Câmaras não ultrapassa os órgãos responsáveis pela consultoria e assessoramento jurídicos das fundações e autarquias. Daí se falar em diferenças de grau e natureza entre as interpretações da CPLC e aquelas firmadas em sede de controle de constitucionalidade, onde a modulação encontra terreno mais fértil.

17. Não se vislumbra, assim, qualquer prejuízo na sistemática adotada pela Portaria mencionada acima: os Órgãos de Execução da PGF estarão vinculados ao entendimento a partir da aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal, ou seja, as teses fixadas pelas Câmaras já são, por assim dizer, moduladas, vinculando somente as manifestações jurídicas que sucederem à Conclusão DEPCONSU.

18. Assim, caso o Órgão de Execução tenha orientado o gestor em sentido diverso antes da aprovação do entendimento, não se vislumbram maiores problemas; contudo, a partir da aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal, deverá, nas consultas formais ou informais seguintes, acompanhar o entendimento consolidado.

19. Atente-se que, especificamente no caso em apreço (expiração de contrato por escopo), a situação narrada acima (dissonância entre a orientação anterior do Órgão de Execução e o entendimento da CPLC) tem uma grande probabilidade de jamais criar óbices à conclusão dos contratos pré-existentes, conforme explicado doravante.

20. Se a tese consagrada na Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013 não coincidir com a adotada pelo Órgão de Execução quando analisou a minuta de contrato celebrado anteriormente, possivelmente o problema aventado na manifestação (expiração do contrato de escopo) jamais ocorrerá, pela seguinte razão: uma vez que se admitiu a vigência indefinida do contrato administrativo por escopo, este jamais expirará por decurso de prazo, assim dificilmente surgirá para o Órgão de Execução a hipótese fática de aplicação da referida Conclusão DEPCONSU.

⁴ Vale registrar que, mesmo no mecanismo de interpretação utilizado para fins de controle de constitucionalidade (interpretação conforme) impõem-se limites (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 1370-1372; e *Idem*. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 290-293 e 349-350).

21. Verificada a situação acima, jamais a Administração necessitaria tramitar à Procuradoria um termo aditivo de prazo, pois este jamais expiraria, a menos que o escopo estivesse concluído, quando não haveria mais qualquer necessidade de alterações contratuais. Por estranho que possa parecer, seria essa a situação caso adotado entendimento diverso daquele consagrado na Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013. Constata-se, assim, que a adoção inicial da tese de vigência indeterminada do contrato de escopo é incompatível com o vencimento prematuro do contrato, obstando o surgimento de problemas referentes a eventual prorrogação intempestiva.

22. Não bastasse isso, a referida modulação não teria tanto efeito prático, pois afastada a Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013, restaria a aplicação da ON/AGU nº 03/2009, que veda a prorrogação de ajustes com prazo de vigência ultrapassado, mesmo os de escopo. A existência da ON também afasta qualquer alegação de virada jurisprudencial ou superação de precedente, pois a interpretação vigente no âmbito da AGU mais se aproximava do que destoava da que veio a ser fixada na Câmara.

23. Conforme aduzido nos itens 37 a 42 do Parecer nº 13/2013CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, a impossibilidade de prorrogação de contrato vencido, seja ele por escopo ou de serviço continuado, já era objeto da ON/AGU nº 03/2009. O que poderia existir entre a data da emissão da referida ON e o Parecer da CPLC era a dúvida sobre a aplicação da ON aos contratos de escopo ou se o entendimento era restritivo aos contratos de serviço continuado.

24. Com a devida vênia a entendimento contrário, a manifestação da CPLC não firmou qualquer tese vanguardista; apenas resgatou os fundamentos da ON/AGU nº 03/2009 para precisar-lhe o sentido e o alcance onde possivelmente houvesse dúvida; trata-se mais de uma posição de preenchimento de lacuna interpretativa do que de inovação na ordem jurídica. Vale a pena reproduzir textualmente o que foi dito no Parecer:

37. A ilegalidade da tese da vigência indefinida do contrato de escopo parece já ter sido reconhecida pela Orientação Normativa nº 03 da Advocacia-Geral da União (AGU), de 1º de abril de 2009, o que dificulta inovações em relação ao tema sem alteração da referida ON. A ON nº 03/2009 assim dispõe:

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.

38. A ON não faz qualquer distinção entre contratos de escopo ou de execução continuada, não restringindo sua aplicabilidade a tal ou qual espécie de



contrato. Para não deixar dúvida quanto a sua aplicação irrestrita, a todo contrato administrativo, cumpre recorrer aos fundamentos que balizaram a orientação, cuja fonte principal é a Nota DECOR nº 57/2004-MMV, aprovada pelo Advogado-Geral da União. Transcreve-se parte do trecho da Nota veiculado na fundamentação da ON:

14. Ninguém discrepa que o contrato exaure-se pela expiração do prazo não prorrogado em tempo hábil, sendo ilícito qualquer aditivo assinado após a extinção da vigência do contrato, por configurar recontração sem licitação com infringência aos arts. 2.º e 3.º da Lei n.º 8.666, de 1993, devendo, portanto, o administrador precaver-se em tomar as providências necessárias à prorrogação do contrato a tempo, eis que, a formalização de aditivo ao contrato visando sua prorrogação, antes da data prevista para sua extinção, é forma essencial ao ato, não sendo, pois, passível de convalidação quando praticado com o vício.

15. Assim, uma vez expirado o prazo de vigência do contrato, sem a tempestiva prorrogação, deve o administrador, obrigatoriamente, providenciar nova licitação. Caso haja comprovado prejuízo do interesse público com a imediata paralisação dos serviços, devidamente justificado, o administrador pode até valer-se da contratação emergencial com dispensa de licitação, por prazo suficiente à realização da nova licitação, o que não me parece ser o caso em comento, uma vez que a Administração poderia suportar perfeitamente a suspensão das atividades realizadas até a finalização de nova licitação.
(sublinhamos)

39. Não há, portanto, qualquer distinção de tratamento em relação aos contratos de escopo, o que se confirma na leitura do trecho da fundamentação da ON que reproduz as conclusões da referida Nota:

O opinativo conclui, portanto, que “relativamente aos processos que versem sobre aditamento de contratos, convênios ou instrumentos congêneres, com a finalidade de prorrogar o prazo de vigência, deverá ser levado em conta a data de expiração do prazo assinalado, rejeitando-se, de plano, os contratos com vigência expirada, devendo ser exigido, para a compleição do exame prévio, que o processo esteja devidamente instruído com cópia completa do edital, do contrato original e dos termos aditivos anteriormente celebrados”.

40. No âmbito da Procuradoria-Geral Federal, a tese da vigência do contrato de escopo enquanto não concluído o objeto não foi admitida para os convênios. É o que se constata no Parecer nº 06/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU /PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal e de onde se originou a Conclusão DEPCONSU/PGF/AGU nº 34/2013, parcialmente transcrita abaixo:

[...]

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 extrapolação 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.

(sublinhamos)

41. Em relação a prazos de execução e vigência, a dinâmica dos convênios é bastante semelhante à de um contrato de escopo: o prazo é estipulado em função do objeto, pois, em regra, mais importante do que este prazo em si é que o objeto para o qual os convenientes uniram esforços e aportaram recursos seja entregue, se possível no tempo estimado.

42. Desta feita, resta patente o não acolhimento pela AGU da tese de que o contrato de escopo tem vigência até que seja entregue o objeto, menosprezando-se a importância da cláusula contratual de vigência e da necessidade de celebração tempestiva dos aditivos de prazo. Pode-se afirmar,

então, que para a AGU o prazo de vigência do contrato administrativo é formalidade essencial, devendo ser cumprido e tempestivamente aditado se for o caso. Em outras palavras, independentemente do tipo de contrato administrativo (de escopo ou de execução continuada), considera-se extinto aquele que atingiu seu prazo de vigência sem tempestiva prorrogação.

25. Por tudo o que foi dito, constata-se que a referida modulação temporal contrariaria a norma que regulamenta a instituição das Câmaras Permanentes além de carecer de qualquer efeito prático.

III – OUTRAS DÚVIDAS ACERCA DA CONCLUSÃO

26. Foram trazidas à CPCL, ainda, outras questões acerca da aplicação do Parecer e da Conclusão em pauta. Elas serão abordadas separadamente abaixo.

27. A primeira dúvida levantou a seguinte questão: a teoria do contrato por escopo, tal qual formulada no Parecer e na Conclusão, estaria vedando a celebração de aditivos ou prorrogações depois de findo o prazo contratual. No entender da consulta trazida, seria possível conviverem duas situações: vedar o contrato por prazo indeterminado, bem como aditivos e prorrogações, como fez o Parecer e Conclusão, mas permitir a realização dos atos necessários à conclusão do objeto em tempo razoável. Não seriam feitos aditivos no período posterior ao fim da vigência (sem cobertura contratual) e seriam aplicadas as sanções cabíveis à contratada se o atraso fosse culpa sua.

28. Com a devida vênia, não se vislumbra situação diversa da existência ou inexistência de contrato administrativo. Parece não haver terceira opção juridicamente aceitável: ou as obrigações estão amparadas num contrato em vigor ou estão desguarnecidas; ou existe um contrato ou não, portanto não há vácuo entre uma situação e outra.

29. A partir do dia seguinte ao vencimento do contrato administrativo, ele não existe mais. A possível tolerância proposta na solução encontra-se em espaço alheio ao Direito, possivelmente na área gerencial, cabendo ao gestor decidir sobre qual(is) risco(s) pretende correr diante da situação irregular em que se encontra: a expiração do prazo contratual. O Parecer (itens 55 a 57) e a Conclusão (item IV), inclusive, acharam o espaço jurídico adequado para essa execução póstuma: o



reconhecimento do dever de indenizar previsto na ON/AGU nº 04/2009⁵, com as consequências que lhe são próprias.

30. Vale reiterar que a tese do contrato por escopo enfrentada no Parecer da CPLC é aquela comumente adotada pela doutrina, que defende que enquanto existir objeto a executar existirá contrato. Consequência jurídica natural dessa tese é que existindo contrato admitem-se quaisquer novos eventos contratuais modificativos ou extintivos da relação constituída anteriormente.

31. Basta verificar com atenção o que foi escrito e transcrito nos itens 08 a 10 da manifestação para constatar que o entendimento da doutrina acerca da vigência do contrato por escopo não é aquele mencionado no questionamento (dar execução a contrato vencido para possibilitar a conclusão do objeto), mas sim a ideia de que enquanto houver obrigação existirá contrato, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

32. Outro problema da interpretação sugerida é a criação da ideia de “prazo razoável” sem qualquer fórmula legal que permita apurar a quantidade do referido prazo nem sua razoabilidade. Além disso, a proposta de que se deva apurar a responsabilidade da contratada parece apostar na infalibilidade da Administração, afastando a possibilidade de existência de falha administrativa na condução do processo de prorrogação.

33. A Lei de Licitações dá solução lícita para as duas situações: retardo por culpa da Administração (art. 57, §1º, I, III e VI⁶) ou mesmo por culpa do contratado, quando se poderia invocar o art. 79, §5º⁷ para formalizar a prorrogação, sem prejuízo da apuração de responsabilidade pelo atraso na execução. O que não parece ser

⁵ Eis o teor da Conclusão nessa parte: “IV. A EXECUÇÃO DE CONTRATO EXTINTO, SEJA ELE DE ESCOPO OU DE EXECUÇÃO CONTINUADA, CONFIGURA CONTRATO VERBAL, APLICANDO-SE A ON/AGU Nº 04/2009, QUE DETERMINA O PAGAMENTO POR MEIO DE RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR NOS TERMOS DO ART. 59 DA LEI Nº 8.666/93”.

⁶ Art. 57. [...]:

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente atuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

[...]

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

[...]

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

⁷ § 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

admitido pela Lei é o descontrole ou a diminuição da importância dos prazos de execução e vigência contratuais.

34. Admitir a tolerância proposta significa dizer que a Lei pouco se importa com o prazo necessário para que uma obra fique pronta, desde que seja concluída; quer dizer, ainda, que é irrelevante o dia em que o contrato e os recursos orçamentários que lhe dão suporte deixarão de existir, pouco importando se os pagamentos (ônus financeiro) afetarão o presente exercício ou os vários seguintes.

35. A Lei de Licitações é pródiga em dispositivos que buscam zelar pelo controle físico (execução) e financeiro de um contrato, diretriz reforçada na Lei de Responsabilidade Fiscal, afigurando-se juridicamente questionável a solução apresentada. Cita-se, por todos, o *caput* do art. 57⁸ da Lei de Licitações, que estabelece a regra geral de duração dos contratos, vinculando sua vigência à dos respectivos créditos orçamentários, ressalvadas as exceções lá previstas. Não parece, portanto, que a Lei tenha sido tão leniente com a questão dos prazos contratuais e dos recursos financeiros necessários de modo a considerá-los infundáveis.

36. O segundo ponto de dúvida é sobre a possível vedação de pagamento após o fim da vigência. Alega-se que os itens 29 e 58 do Parecer teriam imposto essa vedação, o que poderia conflitar com alguns entendimentos do TCU que determinariam a coincidência entre os prazos de vigência e execução. Os argumentos citados no Parecer consolidaram-se no item V da Conclusão. Os trechos que causaram confusão podem ter sido aqueles abaixo destacados:

28. [...] a continuidade de execução e pagamento de contrato expirado viola ainda a terceira das salvaguardas, a prévia necessidade de licitação, pois a irregularidade implica recontração sem prévia licitação. Esse entendimento não exige maiores fundamentos, porque já resta consignado no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU), como será visto em tópico específico. Uma vez expirado o prazo de vigência, tem-se por extinto o contrato e qualquer ato ulterior a isso equivale a uma recontração, a qual deve ser precedida de licitação ou se enquadrar em alguma hipótese de dispensa ou inexigibilidade.

[...]

58. Um último ponto que decorre naturalmente de tudo o que foi dito, mas que importa deixar consignado, é a impossibilidade de realização de qualquer ato em relação ao contrato que foi extinto. Por essa linha de raciocínio, afigura-se expediente ilícito, depois de extinto o contrato administrativo por ter atingido seu prazo de vigência, proceder à eventual rescisão para a partir daí realizar-se uma contratação direta, sem licitação, com base no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93.

[...]



⁸ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] (g.n.)

V. É VEDADA A REALIZAÇÃO DE OUTROS ATOS CONTRATUAIS, TAIS COMO PRORROGAÇÃO OU RESCISÃO, DE CONTRATO ADMINISTRATIVO EXTINTO POR DECURSO DO PRAZO DE VIGÊNCIA.

37. Lidas isoladamente, as passagens podem, de fato, deixar certa margem de dúvida, mas quando cotejadas com os demais pontos da fundamentação permitem melhor compreensão.

38. De início, é preciso deixar consignado que o entendimento firmado **não veda eventual pagamento que tenha ficado pendente por ocasião do fim do contrato**, mas sim a continuação da execução do contrato vencido como se vigente estivesse, ou melhor, como se a expiração do prazo não tivesse qualquer efeito jurídico na relação contratual.

39. É preciso rememorar que o contrato administrativo enquadra-se como contrato bilateral ou sinalagmático, estabelecendo obrigações recíprocas e equivalentes⁹, tal qual se deduz do próprio texto constitucional, quando fala em “obrigações de pagamento” e manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI¹⁰).

40. Nessa relação recíproca de deveres, não é demais lembrar que, para a Administração, a obrigação que quase sempre lhe é imputável é a de pagar, tanto que a Constituição Federal fala expressamente em pagamento e a Lei nº 8.666/93 estabelece várias regras sobre essa obrigação da Administração-contratante.

41. Os contratos por escopo, como contratos de prestação de serviço, encartam basicamente dois tipos de obrigação: a empresa presta um serviço e em seguida a Administração lhe paga pelo que foi executado, dada a vedação de antecipação de pagamento imposta na Lei nº 8.666/93.

⁹ Segundo a doutrina civilista, “[...] no contrato bilateral [...], tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações (sendo uma causa de ser da outra), o que é chamado de sinalagma, motivo pelo qual tais contratos também são, em geral, conhecidos como sinalagmáticos ou de prestações correlatas” (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume IV*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157). Para se chegar à conclusão do corpo do texto, basta unir as lições civilistas com o que fala a doutrina tradicional de Direito Administrativo, por exemplo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 214-215 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 562-566.

¹⁰ 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.* (g.n.)

42. Essa obrigação contratual de pagamento por parte da Administração efetiva-se por rito legal próprio previsto para realização da despesa pública, passando por três necessárias fases (empenho, liquidação e pagamento), tudo na forma do art. 58 e seguintes¹¹ da Lei nº 4.320/64.

43. De fato, é possível que cumpridas integralmente as obrigações da empresa contratada, o contrato expire antes da conclusão do procedimento legalmente previsto para execução da despesa pública. O recurso orçamentário já estará obviamente empenhado, mas é possível que as fases de liquidação e pagamento não sejam concluídas a tempo e o contrato expire.

44. Entender que, concluído o objeto a tempo e modo, seja vedado à Administração adimplir sua obrigação (pagamento) implicaria defender o descumprimento de obrigação previamente pactuada, além de dar ensejo a enriquecimento ilícito do Poder Público, conduta flagrantemente ilegal.

45. Em nenhum momento, portanto, o entendimento teve por objetivo vedar o pagamento devido pela Administração em razão do serviço regularmente executado dentro da vigência da contratual. O caso não é nem mesmo de pagamento sem cobertura contratual porque a obrigação foi cumprida com base em contrato ainda vigente, por isso não cabe sequer mencionar a ON/AGU nº 04.

46. Em situações como essa, caso o órgão jurídico seja instado a se manifestar, caber-lhe-á, munido da documentação pertinente, fazer o necessário discernimento entre pagamento com e sem cobertura contratual, ou seja, compreender os efeitos de um pagamento que tem por base um contrato daqueles que não têm esse mesmo amparo (execução sem cobertura contratual). Para tanto, adotará a diretriz propugnada no item I da Conclusão DEPCONSU em apreço: “*I. CONSIDERA-SE EXTINTO O CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE ATINGE SEU PRAZO FINAL DE VIGÊNCIA, AINDA QUE SEJA CLASSIFICADO COMO CONTRATO 'DE ESCOPO'*”.

47. O comportamento que o Parecer e Conclusão reputaram ilegal foi a realização de atos modificativos (p. ex., aditivos de prazo e valor e alterações de

¹¹ Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. [...]

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. (g.n.)



projeto) ou extintivos¹² (p. ex., rescisão) de contrato que juridicamente não mais existe, pelo simples fato de que, uma vez extinto o contrato, não mais se lhe pode modificar nem o extinguir uma segunda vez. Assim, tanto é defeso prorrogá-lo como não se pode rescindi-lo, fazer acréscimos, decréscimos, substituir a garantia etc. Quanto à rescisão e à prorrogação, foram esses justamente os dois atos mais comumente realizados de acordo com pesquisa realizada, por isso foram citados de forma exemplificativa na Conclusão.

48. Por fim, nos questionamentos formulados, foram mencionados outros problemas que decorreriam da adoção da Conclusão, por exemplo: uma nova licitação ou mesmo a contratação emergencial padeceriam de falta de recursos orçamentários, porque não aproveitável o empenho do anterior contrato; os serviços seriam paralisados para a confecção de um novo projeto básico, o qual seria exigível até mesmo nas contratações emergenciais; a possibilidade jurídica de se utilizar o contrato emergencial poderia estimular a Administração a não adotar a solução imediatamente após a vigência e, depois de longo período de paralisação, querer adotá-la.

49. Todos os problemas suscitados parecem mais gerenciais e operacionais do que propriamente jurídicos, não cabendo à Câmara Permanente, salvo melhor juízo, arvorar-se nas possíveis soluções administrativas ou operacionais necessárias para o cumprimento dos entendimentos jurídicos firmados. A continuidade ou não de execução do contrato vencido; a perda dos recursos orçamentários, a inexistência de outros e a conclusão demorada ou expedita de um projeto básico são questões administrativas que estão na alçada do gestor público, cuja atividade, por força da Constituição Federal, sujeita-se ao que prescrito em lei (princípio da legalidade).

50. É importante consignar, contudo, que as dificuldades apontadas não surgem automaticamente do ordenamento jurídico; para que apareçam, dependem antes de um deslize administrativo, que é a falta de acompanhamento do prazo de execução e vigência contratuais.

IV – DECISÕES RECENTES DO TCU – ENTENDIMENTO FUNDADO EM OUTROS ALICERCES QUE NÃO A POSIÇÃO DO TRIBUNAL ACERCA DO TEMA

¹² Não se confunda, aqui, extinção do contrato com extinção da obrigação. De fato, o Código Civil (arts. 304 e seguintes) trata, na parte de extinção *das obrigações*, do pagamento como ato extintivo de uma obrigação, não de um contrato. Este último é o repositório daquela; num mesmo contrato podem nascer e serem extintas diversas obrigações, diferentemente do que sucede com um contrato.

51. Por conta da repercussão de recentes Acórdãos do TCU nas listas temáticas da PGF, faz-se oportuna a abordagem desse tema por ocasião desta manifestação.

52. De início, é preciso pontuar que o PARECER nº 13/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU e a CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013 não têm como base de sustentação decisões do TCU; antes, se escoram em interpretação de lei e doutrina sistematicamente compiladas para se chegar às conclusões ao final postas. Assim, decisões supervenientes e pontuais da Corte de Contas, num ou noutro sentido, não terão o condão de alterar as conclusões da CPLC, a não ser que se trate da resposta à consulta prevista na Lei Orgânica do TCU, que tem caráter normativo e de pré-julgamento de tese¹³, desafiando, por isso, análise mais detida.

53. Pois bem, muito se falou do recente Acórdão nº 1.674/2014-Plenário, julgado em 25/06/2014, o qual teria inaugurado nova fase no entendimento do Tribunal acerca do tema ou pelo menos reabriria uma tendência de aceitação da tese. De fato, da forma como noticiado, parecia que o TCU tinha, mais uma vez, embora pontualmente, acolhido a tese da mitigação do prazo de vigência nos contratos por escopo. No entanto, é preciso avaliar o julgado casuisticamente, com os fatos que lhe são peculiares.

54. Primeiro, há de se considerar o estado avançado de punição em que estava o caso: tratava-se de uma tomada de contas especial (TCE), que na Instrução Normativa nº 71/2012 do Tribunal é assim definida:

Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.
Parágrafo único. Consideram-se responsáveis pessoas físicas ou jurídicas às quais possa ser imputada a obrigação de ressarcir o Erário. (g.n.)

55. Já existia, no caso, uma constatação fática de dano, servindo o processo apenas para apurar os responsáveis. A TCE configura estágio avançado de irregularidade, cenário que uma atividade de consultoria e assessoramento jurídicos deve trabalhar para evitar, por meio de entendimentos sólidos. O fato de a tese estar sendo discutida em TCE já mostra o elevado risco de tomar o julgado como fonte segura de orientação e atuação do gestor.

¹³ Art. 1º. [...] § 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto. (g.n.)



56. No caso, tratava-se de uma obra cujo projeto básico era de 2001, mas que acabou sendo paralisada em 2002. Sem qualquer aditivo de prorrogação ou preocupação com a dilação formal do prazo, as obras foram retomadas em 2007, por isso uma das irregularidades apontadas foi a celebração de aditivo e a execução de contrato extinto.

57. No bojo desse Acórdão, de fato a tese foi discutida e houve registro de sua aceitação anterior pelo TCU, tal qual se fez no Parecer da CPLC, que não ignorou nem omitiu a existência de entendimentos do Tribunal albergando a tese. Apesar de, no Acórdão, a tese contrária ao Parecer ter sido acolhida, pontual e casuisticamente, a posição final acabou sendo a de multar por outra irregularidade: utilizar projeto básico defasado.

58. Vale registrar que esse é apenas um dos diversos problemas que surgem da utilização da tese, o que revela, mais uma vez, sua incompatibilidade com o sistema de contratações públicas. Por mais que isso não tenha ficado evidente, note-se que o motivo da punição (dar continuidade a execução com projeto básico defasado) é mera consequência da aceitação da tese de que o contrato ainda vigia.

59. Por maior importância que se queira dar ao referido Acórdão, é preciso registrar que, nas semanas seguintes a esse julgamento, propalado como uma virada de entendimento, o TCU julgou dois outros casos, aos quais não foi dada tanta atenção, mas que consignaram tese oposta à divulgada anteriormente.

60. Na sessão de 09/07/2014, o Tribunal detectou a seguinte irregularidade, constante do Acórdão nº 1.820/2014-Plenário:

1.8.1. dar ciência ao Ministério [...] das seguintes impropriedades evidenciadas em análise procedida por unidade técnica deste Tribunal na execução do Contrato 29/2011, celebrado para a realização de obras de reforma nos banheiros privativos, sociais e copas, nas dependências do edifício sede, para que adote providências no sentido de evitá-las em futuras contratações:

[...]

1.8.1.4. execução de despesas que, embora devidamente executadas, não estavam abrangidas formalmente no Contrato 29/2011;

1.8.1.5. alterações realizadas em itens de contrato com vigência expirada;
(g.n.)

61. Logo em seguida, incluiu nas conclusões do Acórdão nº 1.936/2014-Plenário, apreciado em 23/07/2014, a seguinte ciência:

9.4 dar ciência à Secretaria [...] que a retomada do Contrato 001/1999, cujo prazo de vigência encontra-se expirado, configura

recontratação sem licitação, o que infringe a Lei 8.666/1993, art. 2º e 3º, e a Constituição Federal/88, art. 37, inciso XXI; (g.n.)

62. Os registros acima deixam muito clara qual a situação do tema no TCU e permitem retirar as seguintes conclusões:

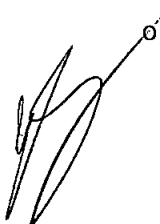
- a) Por mais simpática e pretensamente benfazeja ao interesse público que a tese possa parecer, afigura-se temerário fazer uma análise monocular do posicionamento do TCU sobre o tema, de modo a enxergar apenas os casos em que o Tribunal acolhe a tese para daí concluir que ela é remansosa na Corte e pode ser adotada sem problemas pelo gestor;
- b) Independentemente da adoção ou não da tese, é impossível se fiar apenas na posição do TCU acerca do tema, pois ela não oferece a segurança necessária a amparar uma decisão administrativa, a qual aparentará ser sólida, mas que na verdade estará baseada em argumento que pode se desvanecer e se soerguer em pouco tempo, sem que se saiba qual o seu estado no momento em que essa decisão for sindicada.

63. Nos itens 34 a 36 do Parecer ficou bem evidente o espaço que as decisões do TCU tiveram na formação do entendimento que foi consignado na Conclusão. Assim, vale dizer mais uma vez que a referida Conclusão escora-se em pilares outros que não a posição do TCU acerca do tema, fundando-se em alicerces mais sólidos e ainda não questionados. Isso não significa que uma decisão da Corte de Contas em sede de consulta ou o amadurecimento da questão naquele foro não possa implicar revisão do entendimento, que na quadra atual deve ser mantido.

V – CONCLUSÃO

64. Por todo o exposto, respondem-se aos questionamentos da forma que segue:

- a) O art. 4º da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013 já estabelece que os Órgãos de Execução da PGF somente se vinculam aos posicionamentos das Câmaras Permanentes a partir da aprovação da manifestação jurídica pelo Procurador-Geral Federal, não havendo que se falar em modulação dos efeitos para aplicação somente aos contratos celebrados depois da referida aprovação;
- b) A CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013 e o Parecer que lhe fundamenta não vedaram o pagamento, por parte da Administração, de obrigação executada dentro do prazo de vigência do contrato administrativo

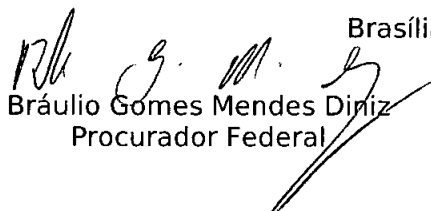


de escopo, pois tal pagamento não se considera sem cobertura contratual, configurando situação diversa daquela prevista na ON/AGU nº 04/2009;

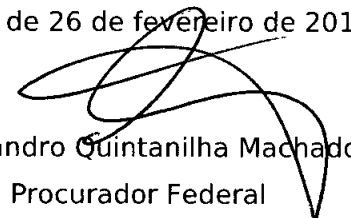
- c) A posição do TCU acerca do tema ainda não oferece a segurança necessária para segui-lo num ou noutro sentido, o que se comprova de recentes decisões em sentidos opostos, por isso a análise da tese pelo Tribunal em casos pontuais – que não seja em sede de consulta – não são suficientes para alterar o entendimento firmado na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU nº 58/2013.

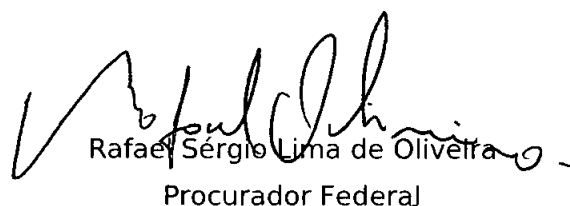
À consideração superior.

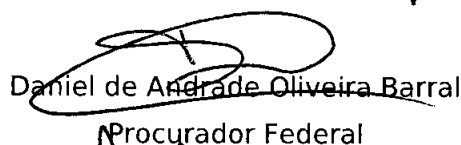
Brasília, 15 de outubro de 2014.

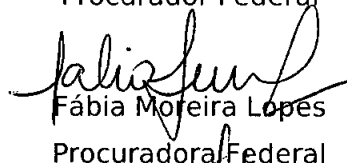

Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

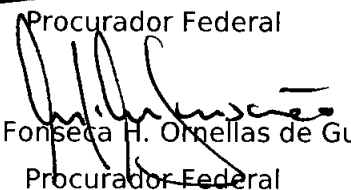
De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

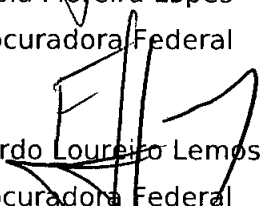

Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

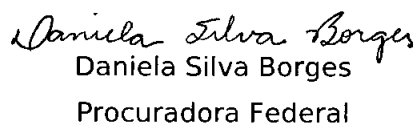

Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

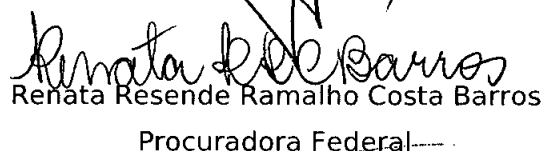

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal

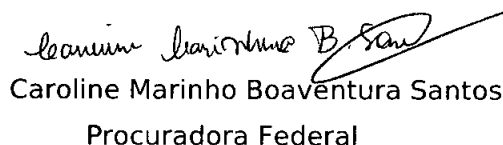

Fábila Moreira Lopes
Procuradora Federal


Diego da Fonseca H. Ornellas de Gusmão
Procurador Federal


Eduardo Loureiro Lemos
Procuradora Federal

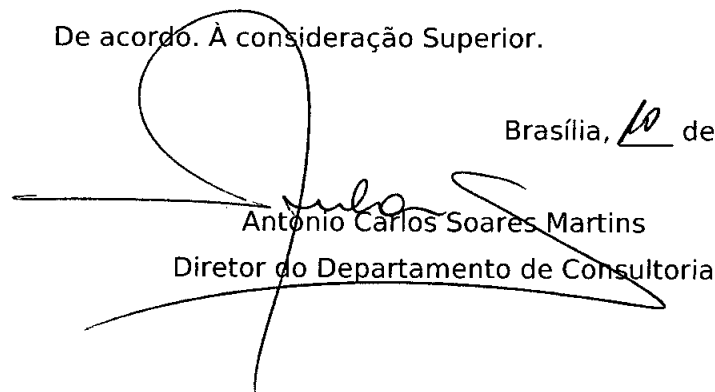

Daniela Silva Borges
Procuradora Federal


Renata Resende Ramalho Costa Barros
Procuradora Federal


Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 10 de outubro de 2014.



Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 10 /2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

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

Brasília, 10 de novembro de 2014.


MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal



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

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 83 /2014

(PARECERES CPLC. VINCULAÇÃO. CONTRATO ESCOPO. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO)

- I. OS ENTENDIMENTOS DA CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (CPLC), COMO ATOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE INTERPRETATIVA, NÃO TÊM O PODER DE ALTERAR ATOS JURÍDICOS JÁ CELEBRADOS, IMPACTANDO APENAS AS MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS FORMAIS (CONSULTORIA) E INFORMAIS (ASSESSORAMENTO) DOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL EMITIDAS A PARTIR DA APROVAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO DA CPLC PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL;
- II. O ENTENDIMENTO DA CPLC CONSIGNADO NA CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 58/2013 E NO PARECER QUE A SUBSIDIA NÃO VEDOU O PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO (DEPOIS DO FIM DA VIGÊNCIA) DE SERVIÇO REGULARMENTE EXECUTADO A TEMPO E MODO (DENTRO DO PRAZO DE VIGÊNCIA), NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, NESSES CASOS, EM PAGAMENTO SEM COBERTURA CONTRATUAL NEM INCIDINDO, POR CONSEQUENTE, A ON/AGU Nº 04/2009, APLICÁVEL AOS CASOS EM QUE A EXECUÇÃO DO OBJETO É MANTIDA MESMO DEPOIS DO FIM DA VIGÊNCIA CONTRATUAL;
- III. DECISÕES CASUÍSTICAS DO TCU POSTERIORES À CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 58/2013 E AO PARECER QUE A SUBSIDIA NÃO ENSEJAM AUTOMÁTICA SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO.