

Superintendência Nacional Transferência de Recursos Públicos  
SBS Quadra 4 Lotes 3/4 - 3º andar – Ed. Matriz I  
70.092-900 - Brasília – DF

Ofício nº. 044/2018/SUTRE

Brasília, 29 de novembro de 2018

À Senhora

Deborah Virgínia Macedo Arôxa  
Diretora do Departamento de Transferências Voluntárias  
Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão  
Esplanada dos Ministérios Bloco C Sobreloja 148  
CEP: 70.046-900 – Brasília/DF

Assunto: Aplicação da Lei nº 13.303/2016 nos Contratos de Repasse regidos pela Portaria Interministerial nº 424/2016

Senhores,

1. Considerando que a Lei nº 13.303/2016 estabelece algumas regras conflitantes com o processo de transferências de recursos da União, em especial com o disposto na PI nº 424/2016, que rege a operacionalização de contratos de repasse, relacionamos dúvidas sobre a prevalência da hierarquia legal nesses casos e quanto à aplicabilidade dessa Lei no referido processo, bem como na forma de operacionalização de pontos específicos, para apreciação e pronunciamento, pela Comissão Gestora do SICONV.
  - 1.1. Tal consulta baseia-se em orientação do Jurídico da CAIXA, e entendemos ser importante detalhar e contextualizar das dúvidas, uma vez que podem contribuir na construção das soluções que são exigidas para a situação posta, motivo pelo qual todas as perguntas foram destacadas em blocos de assunto.
2. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 1: O art. 28 da Lei nº 13.303/16 estabelece:

*“Capítulo I – Das Licitações*

*Seção I*

*Da Exigência de Licitação e dos Casos de Dispensa e de Inexigibilidade*



*Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.” (grifo nosso)*

- 2.1. Entendemos que, no caso do tomador/contratado/compromissário ser Município, Estado ou DF, não é o caso de aplicar a Lei, pois a mesma se aplica somente a empresas públicas e sociedade de economia mista.
- 2.2. Porém, pode ser que uma empresa pública participe do processo na condição de interveniente executora, unidade executora, ou mesmo como destinatária dos recursos.
- 2.3. A Lei nº 8.666/93 estabelece a aplicação da mesma a obras, serviços e etc. da Administração Pública, vinculando a aplicabilidade da Lei exclusivamente à natureza jurídica do contratante, quaisquer que sejam suas contratações.
- 2.4. Porém, a Lei nº 13.303/16 vincula a aplicabilidade não só à natureza jurídica da contratante, mas lista os casos, o que poderia gerar interpretação de que as obras contratadas pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista só poderiam utilizar-se da Lei nº 13.303/16 no caso de serem incorporadas ao patrimônio próprio da empresa – caso a empresa participasse como executora apenas, entendemos que deveria aplicar-se apenas a Lei nº 8.666/93.
- 2.5. Uma vez que a PI nº 424/16 é posterior à publicação da Lei nº 13.303/16 e cita apenas a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 para a realização de processo licitatório, conforme Art. 7º inciso VII – se houvesse a intenção de permitir, em casos específicos, a utilização da Lei nº 13.303/16, entendemos que a mesma deveria vir citada na PI nº 424/16.
- 2.6. Com base no exposto, questionamos: os bens a serem adquiridos e as obras a serem executadas com recursos do OGU transferidos por meio de CR, TC ou instrumentos congêneres, podem ser incorporados ao patrimônio de empresa pública ou sociedade de

economia mista, que participe dos mesmos como Contratada ou Compromissária, ou ainda como Interviente Executor /Unidade Executora?

- 2.6.1. Se sim, aplica-se a todos os casos, ou há termos restritivos?
- 2.6.2. Como caracterizar que o patrimônio (objeto) do instrumento de transferências pode ou não ser incorporado ao patrimônio da empresa pública ou sociedade de economia mista?
- 2.6.3. No caso de participar como interveniente/unidade executora, caso o objeto não seja claramente definido como incorporado ao seu patrimônio, ela deve obedecer aos termos da Lei nº 13.303/16?
- 2.6.4. Nos casos em que os bens a serem adquiridos e as obras a serem executadas com recursos do OGU não possam ser incorporados ao patrimônio da empresa pública ou sociedade de economia mista, podem ser aplicadas as regras de licitação estabelecidas na Lei nº 13.303/16?
- 2.6.5. O Jurídico nos reporta que a origem do recurso, por si só, não pode determinar o regime de contratação a ser adotado. Solicitamos o opinamento da Comissão Gestora do SICONV.
- 2.6.6. Caso o objeto possa ser ou seja incorporado ao seu patrimônio (estabelecidos os critérios questionados acima), o recurso que originalmente era da União poderá integrar esse patrimônio, e a empresa obedecer os termos dessa Lei, (lembrando que o destinatário do recurso seria o Município/Estado/DF)?
- 2.6.7. No caso de a empresa pública ou sociedade de economia mista ser o destinatário final dos recursos (não passando por Município/Estado/DF), sendo o bem incorporado ou não em seu patrimônio (às vezes o bem incorpora-se ao patrimônio público), ela deve obedecer aos termos da Lei nº 13.303/16?
- 2.7. A resposta dos itens acima impacta diretamente nas questões seguintes:
3. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 2: O art. 34 da Lei nº 13.303/16 estabelece que:

*“O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.”*

- 3.1. Considerando a necessidade de tramitação dos contratos de repasse via SICONV, com a obrigatoriedade de disponibilização de todos os dados, incluindo orçamentários; bem como o estabelecimento das etapas de análise dos processos pela PI nº 424/2016, que por sua vez desconsidera a possibilidade de apresentação de projetos com orçamento sigiloso, questionamos sobre a real aplicabilidade desse item aos instrumentos de transferência de recursos públicos, notadamente Contratos de Repasse.
- 3.2. Ressaltamos que alguns contratos de Transferências Obrigatórias (PAC) permitem a utilização de RDC contratação integrada orçamento sigiloso, mas que o procedimento de aprovação do projeto e verificação do resultado do processo licitatório é distinto do praticado nos contratos de repasse.
  - 3.2.1. O PAC tem seu acompanhamento via SIAPF (sistema interno CAIXA) e uma série de procedimentos previstos, tais como suspensiva parcial, regulamentados pelos ministérios gestores que permitem que soluções como a construída para o RDC sejam operacionalizadas, operação essa para a qual o SICONV ainda não está adequado.
- 3.3. Pela lei o RDC, e também pela Lei nº 13.303/16, o orçamento sigiloso fica disponível a qualquer tempo, a órgãos de controle externo e interno, não sendo o caso da CAIXA acessar os dados sigilosos antes da sua divulgação pública.
- 3.4. Nesses casos, sendo permitida a aplicação da Lei nº 13.303/16 para operacionalização de Contratos de Repasse, questionamos:
  - 3.4.1. A análise dos valores só se dará após a conclusão do processo licitatório?
  - 3.4.2. Haverá pedido de reprogramação (vide dúvida abaixo) quando da verificação do resultado do processo licitatório, no caso de não atendimento aos valores do SINAPI?

4. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 3: O art. 42, §1º, inciso IV da Lei nº 13.306/16 dispõe que:

*“Na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.”*

- 4.1. São dois conceitos distintos utilizados no processo. A PI nº 424/16, Art. 1º, Incisos XXX define: *“reprogramação: procedimento que visa o aceite, pelo concedente ou mandatária, de pequenos ajustes ou adequações no instrumento pactuado, vedada a descaracterização total ou parcial do objeto do contrato”*; A IN MPDG nº 002/18, que regulamenta a PI nº 424/16 traz o conceito de reformulação no seu Anexo I do CPS – *“2.2.19. REFORMULAÇÃO DO PROJETO: alterações do escopo do projeto de engenharia aceite, tais como, alteração do local de intervenção, alteração significativa do leiaute ou projeto arquitetônico ou complementares, mudança da alternativa escolhida no estudo de concepção ou alteração da metodologia construtiva.”* Portanto, a alteração descrita na Lei trata de reformulação, e não de reprogramação. A PI nº 424/16 em seu art. 6º, §3º veda reformulação dos projetos básicos das obras e serviços de engenharia aprovados pela mandatária. E o nível I não permite sequer a reprogramação. Portanto, neste caso, caracteriza-se o conflito entre o disposto na Lei nº 13.303/16 e o regramento constante na PI nº 424/16.
- 4.2. A vedação definida na Portaria trata de procedimentos para os tomadores, e também regulamenta a própria prestação de serviços da CAIXA aos gestores – que foi precificada sem considerar a reformulação, uma vez que essa gera custos consideráveis no processo.
- 4.2.1. Caso a empresa pública ou sociedade de economia mista opte pela contratação semi-integrada, a CAIXA poderá aceitar reformulações dos projetos?
- 4.2.2. Como se darão as cobranças dessas reprogramações no âmbito do CPS, considerando que os custos de reformulação não constam na precificação dos valores aprovados no credenciamento? Serão custeados pelos Tomadores como eventos extraordinários?

5. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 4: O Art. 43, inciso I prevê:

*“Art. 43 Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes:*

*I - empreitada por preço unitário, nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários;”*

5.1. Considerando que a PI nº 424/16 prevê a obrigatoriedade de utilização de empreitada global para o Nível I, os parâmetros de elegibilidade dos dois instrumentos para a adoção de empreitada por preço unitário são diferentes.

5.2. Com isso, questionamos: Deve-se adotar o previsto na Lei quando houver envolvimento de empresa pública ou sociedade de economia mista?

5.2.1. Em quais casos – só quando forem destinatários dos recursos, ou quando participarem como interveniente também?

6. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 5: O Art. 43, §2º prevê:

*“Art. 43 Os contratos destinados à execução de obras e serviços de engenharia admitirão os seguintes regimes: (...)*

*§2º É vedada a execução, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia.”*

6.1. Considerando que a PI nº 424/16 prevê a análise e aceite de Projeto Básico e, ainda, em determinados casos, prevê a possibilidade de início de objeto com base em Termo de Referência para a elaboração de Projeto Básico, destinando 5% do Valor do Repasse para esse fim, questionamos:

6.1.1. Como concatenar a dualidade de orientações nesses casos?

6.1.2. A regra da Lei prevalece e para os casos de contratos que envolvam empresas públicas ou sociedades de economia mista a CAIXA deve exigir projeto executivo?

6.1.3. Em quais casos – só quando forem destinatários dos recursos, ou quando participarem como interveniente também?

7. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 6: O Art. 45 define:

*“Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.”*

7.1. Questionamos sobre a aplicabilidade de cláusula semelhante em contratos de Transferência de Recursos da União, onde os valores de repasse são fixos. A diferença de valores seria integralmente custeada com contrapartida? A comprovação da contrapartida deve se dar na contratação – e nesses casos, a operação deve ser contratada considerando o valor máximo possível a ser dispendido no contrato? Entendemos que, se aplicável, há a necessidade de se estabelecer critérios para essa remuneração variável e seu acompanhamento via SICONV e demais sistemas de operacionalização dos contratos de repasse.

8. QUESTIONAMENTO Nº 7: O Art. 51 estabelece em seu § 2

*“§ 2o Os atos e procedimentos decorrentes das fases enumeradas no caput praticados por empresas públicas, por sociedades de economia mista e por licitantes serão efetivados preferencialmente por meio eletrônico, nos termos definidos pelo instrumento convocatório, devendo os avisos contendo os resumos dos editais das licitações e contratos abrangidos por esta Lei ser previamente publicados no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município e na internet.”*

8.1. Considerando a obrigação de realizar a publicidade do procedimento licitatório exclusivamente via DOU, determinada pela IN nº 002/18, é possível acatar a publicação dos instrumentos em outros meios de comunicação oficiais, que não o DOU?

9. BLOCO DE QUESTIONAMENTOS Nº 8: Art. 81 permite alteração contratual, nos seguintes casos:

*“I - quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;”*

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

*III - quando conveniente a substituição da garantia de execução;*

*IV - 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;*

*V - 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;*

*VI - 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.”*

- 9.1. O mesmo artigo contempla regramento sobre percentuais possíveis de acréscimo de valor contratual, bem como possível acordo entre as partes no caso de supressões ou alterações de quantitativos e valores.
- 9.2. Retornando à proibição de reformulações de projetos imposto a todos os níveis pela PI nº 424/16, bem como à proibição de reprogramação para contratos do Nível I, já citado no bloco de questionamentos nº 3, reiteramos o mesmo questionamento baseado agora nesse artigo, uma vez que, por força de hierarquia legal, a regra da Lei prevalece sobre a Portaria.



- 9.3. Novamente, essa vedação definida na Portaria trata de procedimentos para os tomadores, e também regulamenta a própria prestação de serviços da CAIXA aos gestores – que foi precificada sem considerar a reformulação, uma vez que essa gera custos consideráveis no processo.
- 9.5. Com base no disposto, questionamos: aplica-se então a restrição da Portaria frente à Lei, e limita-se a aplicabilidade dos itens que permitem, pela Lei, as alterações, tal como contratação integrada e semi-integrada?
- 9.5.1. Caso negativo, é necessário esgotar o assunto: caso a empresa pública ou sociedade de economia mista opte pela contratação semi-integrada, a CAIXA poderá aceitar reformulações/reprogramações dos projetos?
10. Cabe ainda ressaltar que a obrigatoriedade da aplicação da Lei nº 13.303/16 iniciou-se no fim de junho de 2018, sendo necessário que a Comissão Gestora do SICONV aprecie o assunto com a maior brevidade possível.

Atenciosamente,



NINA FARNESE

Gerente de Clientes e Negócios S.E.

Gerência Nacional Produtos de Transferência de Recursos Públicos



ADRIANA NASCIMENTO MOREIRA SALGUEIRO

Superintendente Nacional

Superintendência Nacional de Transferência de Recursos Públicos