



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER REFERENCIAL n. 00039/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.204694/2018-11

INTERESSADOS: SECRETARIA ESPECIAL DE SAÚDE INDÍGENA SESAI

ASSUNTOS: PARECER REFERENCIAL. ANÁLISE DA MINUTA DOS CONVÊNIOS DA SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PARECER REFERENCIAL ON 55/2014 DA AGU. CONVÊNIOS COM ENTIDADES BENEFICENTES DE SAÚDE PARA ATENÇÃO COMPLEMENTAR À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS.

1. A Divisão de Análises Normativas- DIAN/FNS/SE/MS encaminhou os autos do Processo Administrativo em epígrafe a esta Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres- CGLICI, visando a elaboração de manifestação jurídica referencial, nos termos da Orientação Normativa nº 55/2014 da Advocacia-geral da União, com vistas a aprovar minuta-padrão de convênio com entidades Entidades Beneficentes de Saúde para Atenção Complementar à Saúde dos Povos Indígenas.

2. A minuta encontra-se no documento SEI 6834071. Ressalta-se que as entidades que celebrarão os 34 convênios no âmbito da Saúde Indígena foram selecionadas através da Chamada Pública nº 11/2018.

Eis o sucinto relatório.

DA FIGURA DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

3. O procedimento ordinário para a celebração de convênios envolve a análise prévia desta consultoria de todas as minutas e procedimentos que visem a celebração de convênios, tendo como fundamento conferir higidez jurídica no que envolve a matéria, conforme dispõe o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

4. No entanto, o elevado número de consultas repetitivas versando sobre assuntos semelhantes tem, inevitavelmente, o efeito reflexo de tumultuar a atuação do órgão de assessoramento jurídico da Administração, embaraçando o desempenho de sua atribuição institucional. Em razão de situações como a narrada, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55, possibilitando a figurada Manifestação Jurídica Referencial:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014 O ADVOGADO GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/200912, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

RETIFICAÇÃO: Na Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014, publicada no Diário Oficial da União nº 98, de 26 de maio de 2014, Seção 1, pág. 29, onde se lê: "Orientação Normativa nº 47, de 23 de maio de 2014...", leia-se: "Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014..."

5. Da leitura da Orientação Normativa em apreço, depreende-se a expressa autorização, no âmbito da AGU, para elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como sendo aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

6. Dessa forma, com a manifestação jurídica referencial, os processos administrativos que veicularem consultas idênticas à enfrentada na manifestação referencial estarão dispensados de análise individualizada pelo órgão jurídico, bastando, para tanto, que as instâncias técnicas da Administração

atestem, expressamente, que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação referencial adotada pela Advocacia-Geral da União.

7. A grosso modo, a manifestação jurídica referencial consiste em parecer jurídico genérico, vocacionado a balizar todos os casos concretos, cujos contornos se amoldem ao formato do caso abstratamente analisado pela CGLICI/CONJUR/MS.

8. Trata-se, portanto, de ato enunciativo perfeitamente afinado com o princípio da eficiência (art.37, caput, da Constituição Federal), que, seguramente, viabilizará o adequado enfrentamento de questões que, embora dotadas de baixa densidade jurídica, terminavam por tumultuar a agenda desta Consultoria Jurídica, dificultando a dedicação de tempo às verdadeiras questões jurídicas.

9. Tal medida já havia sido expressamente recomendada pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, consoante se infere da leitura do excerto abaixo transcrito:

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutos padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstrato”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

10. Mais recentemente, tal iniciativa foi analisada e aprovada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme notícia divulgada no Informativo TCU nº 218/2014:

Informativo TCU nº 218/20143. É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes. Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em face de determinação expedida pelo TCU à Comissão Municipal de Licitação de Manaus e à Secretaria Municipal de Educação de Manaus, alega obscuridade na parte dispositiva da decisão e dúvida razoável quanto à interpretação a ser dada à determinação expedida. Em preliminar, após reconhecer a legitimidade da AGU para atuar nos autos, anotou o relator que o dispositivo questionado “envolve a necessidade de observância do entendimento jurisprudencial do TCU acerca da emissão de pareceres jurídicos para aprovação de editais licitatórios, aspecto que teria gerado dúvidas no âmbito da advocacia pública federal”. Segundo o relator, o cerne da questão “diz respeito à adequabilidade e à legalidade do conteúdo veiculado na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, que autoriza a emissão de ‘manifestação jurídica referencial’, a qual, diante do comando (...) poderia não ser admitida”. Nesse campo, lembrou o relator que a orientação do TCU “tem sido no sentido da impossibilidade de os referidos pareceres serem incompletos, com conteúdos genéricos, sem evidenciação da análise integral dos aspectos legais pertinentes”, posição evidenciada na Proposta de Deliberação que fundamentou a decisão recorrida. Nada obstante, e “a despeito de não pairar obscuridade sobre o acórdão ora embargado”, sugeriu o relator fosse a AGU esclarecida de que esse entendimento do Tribunal não impede que o mesmo parecer jurídico seja utilizado em procedimentos licitatórios diversos, desde que trate da mesma matéria e aborde todas as questões jurídicas pertinentes. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator, negando provimento aos embargos e informando à AGU que “o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma”. Acórdão 2674/2014 Plenário, TC 004.757/20149, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, 8/10/2014.

11. Do acima exposto, pode-se concluir que:

- o A manifestação jurídica referencial uniformiza a atuação do órgão jurídico relativamente às consultas repetitivas;
- o A adoção de manifestação jurídica referencial torna desnecessária a análise individualizada de processos que versem sobre matéria que já tenha sido objeto de análise em abstrato, sendo certo que as orientações jurídicas veiculadas através do parecer referencial aplicar-se-ão a todo e qualquer processo com idêntica matéria.
- o A elaboração de manifestação jurídica referencial depende da confluência de dois requisitos objetivos, a saber: i) a ocorrência de embaraço à atividade consultiva em razão da tramitação de elevado número de processos administrativos versando sobre matéria

- repetitiva e ii) a singeleza da atividade desempenhada pelo órgão jurídico, que se restringe a verificar o atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos; e
- o a dispensa do envio de processos ao órgão jurídico para exame individualizado fica condicionada ao pronunciamento expresso, pela área técnica interessada, no sentido de que o caso concreto se amolda aos termos da manifestação jurídica referencial já elaborada sobre a questão.

É o que se passará, agora, a fazer.

DO CABIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL NO CASO DOS AUTOS

12. Como já mencionado, a elaboração de **manifestação jurídica referencial** depende da comprovação, sob pena de invalidade, de dois requisitos: **i)** do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que, de acordo com a ON nº 55, deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e, **ii)** da singeleza da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que deve-se restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da simples conferência de documentos.

13. Relativamente ao primeiro requisito, **é notório que se formará um volume de processos** administrativos voltados à análise de minutas dos convênios a serem firmados no âmbito da saúde indígena, até porque os atuais convênios vencerão quase que simultaneamente, sendo necessária a celebração de novos, no âmbito de cada DSEI.

14. Com a obrigatoriedade de se analisar todos os processos administrativos, há, como já referido, impacto negativo na atuação da Coordenação-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres -CGLICI, responsável pela consultoria e assessoramento jurídico do Ministério da Saúde.

15. Quanto ao segundo requisito imposto pela ON AGU nº 55, observa-se que o exame jurídico da CGLICI será limitado à mera conferência de documentos, não havendo que se falar de peculiaridades que determinem a análise jurídica individualizada dos referidos processos.

16. De todo modo, para que a análise individualizada dos processos reste dispensada, faz-se necessário que a área técnica interessada ateste, de forma expressa, que o caso concreto veiculado por cada processo administrativo se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial.

DA FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

17. Registra-se que esta manifestação tomará por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos, visto que, em face do que dispõe o art. 131 da Constituição Federal e o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incumbe a este órgão de execução da AGU prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, assim como os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários. A Boa Prática Consultiva - **BPC nº 07**, editada pela AGU, corrobora tal entendimento:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

18. Importa frisar, pois, que não compete a esta CGLICI apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, tampouco dos atos técnicos e das especificações e fundamentações de ordem técnica explicitadas para justificar a celebração do ajuste.

19. Cabe esclarecer que, via de regra, **não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos.** Incumbe, isso sim, a cada um desses observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

20. Desse modo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, os atos normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto.

21. Ademais, quanto aos atos decisórios praticados com base em delegação de competência, convém destacar o contido na Lei nº da Lei nº 9.784/99:

Art. 14. [...]

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

22. Portanto, estes deverão mencionar explicitamente a qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

23. Vale ressaltar, ainda, que aos órgãos da AGU compete - fiel, técnica e exclusivamente - assessorar os entes e órgãos assessorados na tomada de suas decisões, apontando-lhes os embaraços jurídicos eventualmente existentes, e, as opções palatáveis, segundo o ordenamento pátrio, para a consecução das políticas públicas a cargo do organismo assessorado.

24. Portanto, a atribuição legal do órgão de assessoramento jurídico esgota-se em orientar a autoridade sob o exclusivo prisma da legalidade, exarando peça opinativa que **lhe dá plena ciência das recomendações e observações lançadas pela Advocacia-Geral da União.**

25. Dessa maneira, a análise em comento tem a função de apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

26. As questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, serão apontadas, ao longo deste parecer, como óbices a serem corrigidos ou superados. O prosseguimento do feito, sem a correção de tais apontamentos, será de responsabilidade exclusiva do gestor, por sua conta e risco.

27. **Sendo assim, repisa-se que qualquer posicionamento contrário por parte da Administração é de sua total responsabilidade e deve ser justificado nos autos. A justificativa de posicionamento contrário ao da Assessoria Jurídica do Ministério deve, lógica e necessariamente, refutar todos os impedimentos legais levantados pela CGLICI.**

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MINUTAS PADRONIZADAS

28. O Tribunal de Contas da União tem entendimento de que é possível a aprovação jurídica prévia de minutas padrão para serem utilizadas em procedimentos que se repetem periodicamente, senão vejamos:

[Pedido de reexame interposto pela Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras contra o Acórdão nº 1.577/2006-TCU-Plenário.]

[SUMÁRIO]

1. As minutas de editais de licitação ou contratos devem ser previamente submetidas à aprovação da assessoria jurídica da Administração, em atenção ao disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993;

2. Admite-se, em caráter excepcional, em nome do princípio da eficiência, a utilização de minuta-padrão de contrato a ser celebrado pela Administração, previamente aprovada pela assessoria jurídica, **quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.**

[VOTO]

2. Depreende-se da peça recursal que a Petrobras insurge-se contra as determinações emanadas dos subitens 9.2.1 e 9.2.3 do Acórdão nº 1.577/2006-TCU-Plenário:

"(...)

9.2. determinar à Petrobras/Refinaria Gabriel Passos - REGAP que:

[...]

9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998);"

[...]

5. A respeito da segunda determinação (subitem 9.2.3), a Petrobras ampara-se no entendimento perfilhado nos Acórdãos nºs 1.504/2005 e 392/2006 - ambos prolatados no Plenário deste Tribunal -, segundo o qual **é aceitável a aprovação prévia de minutas-padrão de licitações ou contratos referentes a objetos comuns, desde que as variações admitidas restrinjam-se "ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços", e que não haja alteração de quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica.**

6. Com vistas a melhor compreender tal linha de pensamento, passo a transcrever excertos dos votos exarados pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, que fundamentaram os citados precedentes:

"(...)

Dessa forma, **ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a**

manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto.

A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. Assim, **a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas**, em que, como assevera o recorrente (fl. 8/9 do anexo 1), limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, **sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade".**

7. Em sentido contrário, este Tribunal manifestou-se nos Acórdãos nºs 686/2003, 706/2003, 1.302/2004 e 114/2005, do Plenário; e no Acórdão nº 1.027/2009-2ª Câmara.

[...]

9. A meu ver, a melhor exegese [...] vincula o gestor público, como regra, a submeter as minutas de cada edital ou contrato a ser celebrado à assessoria jurídica da entidade. Por outro lado, devo reconhecer a plausibilidade da tese defendida nos Acórdãos nºs 1.504/2005 e 392/2006, ambos do Plenário. Nesses julgados, buscou-se privilegiar o princípio da eficiência, sobretudo ante a necessidade de as empresas estatais - naqueles casos especificamente o Banco do Brasil e a Petrobras - tornarem mais ágeis as suas licitações e, conseqüentemente, contratações, haja vista que competem, no mercado, em condições de igualdade com a atividade empresária do setor privado.

10. Restou bem definido, nos precedentes em tela, que a sistemática consistente na aprovação prévia de minutas-padrão por parte de assessoria jurídica somente é admitida em caráter de exceção, em se tratando de licitações ou contratações de **objetos idênticos, corriqueiramente conduzidas pela entidade**. As alterações permitidas são aquelas estritamente necessárias à adequação formal do objeto (v.g. quantidades, nomes dos contratantes, local de entrega do produto ou de prestação do serviço), em cada caso concreto, às cláusulas predefinidas e aprovadas pela correspondente área jurídica. Em tais hipóteses, há de se convir que o gestor público assume responsabilidade maior quando comparada com aquela advinda da regra elucidada em linhas anteriores, notadamente porque dele demandar-se-á avaliação inequívoca acerca da adequação das cláusulas exigidas no edital de licitação e no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas nas minutas-padrão. Qualquer dúvida sobre a aplicabilidade da minuta padronizada deve ensejar a submissão da matéria à assessoria jurídica da entidade, sob pena de a condução do procedimento resultar em violação ao parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações.

29. Não se olvide que a aprovação prévia das minutas padrão de termos aditivos pela assessoria jurídica mantém a responsabilidade do gestor público pela verificação da conformidade entre cada procedimento convencional e as minutas que aqui serão analisadas.

30. Também a instrução de cada processo deve ser padronizada, não se limitando o órgão administrativo à simples verificação de quantitativos, valores e outras variáveis meramente matemáticas do caso concreto, mas também deve instruir adequadamente cada processo administrativo com os documentos e demais requisitos pertinentes.

31. Sendo assim, havendo dúvidas quanto ao enquadramento no caso concreto, devem ser os autos encaminhados para este consultivo para análise, caso o gestor realize o enquadramento do caso concreto nesta minuta padronizada, será de sua inteira responsabilidade o enquadramento realizado.

HISTÓRICO. CONTEXTUALIZAÇÃO A RESPEITO DOS CONVÊNIOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DA SAÚDE INDÍGENA

32. Em 19 de outubro de 2010 foi criada a Secretaria Especial de Saúde Indígena no âmbito do Ministério da Saúde, a partir da transferência de algumas competências antes conferidas à Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). Assim, com a criação da secretaria, o Ministério da Saúde passou a ter competência para gerenciar diretamente a atenção à saúde dos indígenas.

33. Anteriormente à criação da SESAI, a FUNASA já realizava Convênios com entidades sem fins lucrativos no intuito de dá cumprimento ao objetivo institucional de atenção à saúde dos povos indígenas. Esse modelo foi questionado perante à Justiça do Trabalho por meio da Ação Civil Pública (Processo 0075100-59.2007.5.10.0018 movida pelo Ministério Público do Trabalho - Procuradoria da 10ª Região), tendo como objetivo principal obter provimento judicial voltado a condenar a União em obrigação de não fazer, consubstanciada em não contratar trabalhadores subordinados, por intermédio de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privada, fundações, organizações sociais, organizações sociais de interesse público, organizações não governamentais, cooperativas, dentre outras) para labor relacionado com as atividades fim ou meio, especialmente no que concerne ao serviço de atendimento básico de saúde dos povos indígenas.

34. Nos autos da ação civil pública supramencionada celebrou-se Termo de Conciliação Judicial(10 de julho de 2008) entre a União, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), Ministério da Saúde (MS) e Advocacia-Geral da União (AGU), a FUNASA e o Ministério

Público do Trabalho (MPT) já transitado em julgado, tendo a União assumido o compromisso de, até 31/12/2015, promover o desligamento de todos os contratados irregulares alocados no sistema de atenção à saúde indígena.

35. Não obstante o TCJ firmado ter previsto a finalização desses convênios até 2015, a União requereu, nos autos da ação civil pública, a concessão de tutela provisória para autorizar a prorrogação desses convênios que tem por objeto a assistência aos povos indígenas, em todo o território nacional, a fim de evitar a solução de continuidade na prestação dos serviços destinados ao atendimento da saúde indígena, **o que foi concedido pelo juízo, como se vê nos trechos da decisão abaixo colacionados:**

Se observa que desde a sentença proferida nos idos de dezembro/2007 e até a presente ainda não se conseguiu alcançar o fim colimado, também considerada a transação judicial celebrada pelas partes e seus sucessivos aditivos, **não por simples negligência da Demandada, mas pelas dificuldades inerentes à situação envolvida, marcada de singular complexidade**, na medida em que afeta interesses próprios da comunidade indígena e que não podem ser avaliados tão somente na perspectiva restritiva dese fazer ou não concurso público para a contratação de servidores dedicados ao atendimento da saúde desses povos. Diversos elementos colacionados aos autos, entre outros naturalmente óbvios, demonstram as barreiras e obstáculos que dificultam, ou mesmo inviabilizam, a contratação de servidores públicos por concurso para atender a população indígena na área de saúde, sobretudo quando considerados localização de aldeias em zonas inóspitas, acessibilidade, línguas e dialetos, costumes e cultura. Tal realidade deixa entrever, no particular, o descolamento da norma inscrita no inciso II do art. 37 da Constituição da República à realidade material que circunda os índios, maxime quando se tem em conta que nos termos do art. 231 da mesma Carta "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições."

Todavia, há um título executivo judicial a ser cumprido e que impõe tal medida, não podendo esse Magistrado menosprezar a coisa julgada e se furtar ao dever de fazer valer os comandos dela emanados. Assim é que não pode legitimar - em franca oposição e desrespeito à coisa julgada - a continuidade da celebração de convênios expressamente inibidos e cuja ilegalidade é combatida no âmbito da presente ACP..

Mas, da mesma forma, não pode ignorar os entraves burocráticos para a plena satisfação do título executivo, dependente que também é de ações concertadas na esfera do Congresso Nacional com a criação, entre outras providências, de cargos e recursos orçamentários e ao tempo próprio do Parlamento e sobre o qual não tem a Executada disponibilidade.

Igualmente, não pode olvidar que a saúde é um direito de todos e devendo Estado, extensível logicamente aos indígenas também por força do art. 54 da Lei nº6001/1973, sendo de relevância pública as suas ações e serviços (CF, arts. 196 e 197), e, como atividade essencial que é, não pode ser suspensa, interrompida ou descontinuada, sob pena de expor a absoluta vulnerabilidade as pessoas dela dependentes.

Por conseguinte, **buscando equilibrar todos os interesses envolvidos e valendo-me do poder geral de cautela, autorizo a Executada, em caráter excepcional e até decisão ulterior deste Juízo, a manter, observadas as regras legais para contratação pelo Poder Público, os serviços de atendimento à saúde indígena na forma como vem ocorrendo.**

36. Deste modo, mostra-se viável a celebração dos convênios pretendidos até que haja nova deliberação pelo Juízo da Ação Civil Pública em comento.

DOS CONVÊNIOS

37. Segundo a Portaria Interministerial n.º 424/2016, art. 1º, § 1º, XI:

XI - convênio: instrumento que disciplina a transferência de recursos financeiros de órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, para órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual, Distrital ou Municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de projeto ou atividade de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

38. Em outras palavras: convênio é um ajuste firmado pela União de repassar determinada quantidade de recursos a uma instituição de qualquer esfera de governo Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, ou a uma entidade privada sem fins lucrativos. São aspectos fundamentais dos convênios: o interesse comum entre os partícipes; a mútua cooperação dos partícipes; e a descentralização física. É da essência dos convênios o interesse comum dos partícipes na realização do objeto acordado. É essa coincidência de interesses que legitima a transferência de recursos previstos no Orçamento da União para execução descentralizada de uma ação do Governo Federal.

39. Atualmente, a legislação aplicável às transferências de recursos da União mediante a realização de convênios é composta, principalmente, do Decreto nº 6.170/2007, que "dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências", da Portaria Interministerial nº 424/2016, que estabelece normas para sua

execução, e, ainda, aplica-se, no que couber, a Lei n.º 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

40. Deste modo, a análise da minuta do convênio a ser firmado, terá como base a legislação de regência acima referenciada.

41. As cláusulas essenciais a minuta dos convênios, estão definidas no art. 27 da Portaria 424/2016:

Art. 27. São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos, em consonância com o plano de trabalho, que integrará o termo celebrado independentemente de transcrição;

II - as obrigações de cada um dos partícipes;

III - a contrapartida, observados os ditames previstos no art. 18, desta Portaria;

IV - as obrigações do interveniente, quando houver, sendo vedada a execução de atividades previstas no plano de trabalho;

V - a vigência, fixada de acordo com o prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas;

VI - a obrigação do 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;

VII - a prerrogativa do órgão ou entidade transferidor dos recursos financeiros assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade;

VIII - a classificação orçamentária da despesa, mencionando-se o número e data da nota de empenho e declaração de que, em termos aditivos ou apostilas, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro;

IX - o cronograma de desembolso conforme o plano de trabalho, incluindo os recursos da contrapartida pactuada, quando houver;

X - a obrigatoriedade de o conveniente incluir regularmente no SICONV as informações e os documentos exigidos por esta Portaria, mantendo-o atualizado;

XI - a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Portaria;

XII - no caso de órgão ou entidade pública, a informação de que os recursos para atender às despesas em exercícios futuros, no caso de investimento, estão consignados no plano plurianual ou em prévia lei que os autorize;

XIII - a obrigação do conveniente de manter e movimentar os recursos na conta bancária específica do instrumento em instituição financeira oficial, federal ou estadual, e, no caso de contratos de repasse, exclusivamente em instituição financeira federal;

XIV - a indicação da obrigatoriedade de contabilização e guarda dos bens remanescentes pelo conveniente e a manifestação de compromisso de utilização dos bens para assegurar a continuidade de programa governamental, devendo estar claras as regras e diretrizes de utilização;

XV - a forma pela qual a execução física do objeto será acompanhada pelo concedente ou mandatária, inclusive com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de órgãos ou entidades previstos no § 3º do art. 55 desta Portaria, devendo ser suficiente para garantir o pleno acompanhamento e a verificação da execução física do objeto pactuado;

XVI - o livre acesso dos servidores do órgão ou entidade pública concedente, da mandatária e os do controle interno do Poder Executivo Federal, bem como do Tribunal de Contas da União aos processos, documentos, informações referentes aos instrumentos de transferências regulamentados por esta Portaria, bem como aos locais de execução do objeto, inclusive, nos casos em que a instituição financeira oficial não controlada pela União faça a gestão da conta bancária específica do termo;

XVII - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo;

XVIII - a previsão de extinção obrigatória do instrumento em caso de o projeto básico ou termo de referência não terem sido aprovados ou apresentados no prazo estabelecido, quando for o caso;

XIX - a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos instrumentos;

XX - a obrigação de o conveniente inserir cláusula nos contratos celebrados para execução do instrumento que permitam o livre acesso dos servidores do órgão ou entidade pública concedente, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis das empresas contratadas, na forma dos arts. 45 e 49 a 51 desta Portaria;

XXI - a sujeição do instrumento e sua execução às normas do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, bem como do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e a esta Portaria;

XXII - a previsão de, na ocorrência de cancelamento de restos a pagar, que o quantitativo possa ser reduzido até a etapa que não prejudique a funcionalidade do objeto pactuado;

XXIII - a forma de liberação dos recursos ou desbloqueio, quando se tratar de contrato de repasse;

XXIV - a obrigação de prestar contas dos recursos recebidos no SICONV;

XXV - o bloqueio de recursos na conta corrente vinculada, quando se tratar de contrato de repasse;

XXVI - a responsabilidade solidária dos entes consorciados, nos instrumentos que envolvam consórcio público;

XXVII - o prazo para devolução dos saldos remanescentes e a apresentação da prestação de contas;

XXVIII - as obrigações da unidade executora, quando houver;

XXIX - a autorização do concedente para que o concedente ou mandatária solicitem junto à instituição financeira albergante da conta corrente específica, a transferência dos recursos financeiros por ele repassados, bem como os seus rendimentos, para a conta única da União, caso os recursos não sejam utilizados no objeto da transferência pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias;

XXX - a forma e a metodologia de comprovação do cumprimento do objeto;

XXXI - a obrigação do concedente de dispor de condições e de estrutura para o acompanhamento e verificação da execução do objeto e o cumprimento dos prazos relativos à prestação de contas;

XXXII - vedação ao estabelecimento, por parte do convenente, de instrumentos com entidades impedidas de receber recursos federais;

XXXIII - a autorização do convenente para que o concedente solicite, à instituição financeira albergante da conta corrente bancária da transferência, o resgate dos saldos remanescentes, nos casos em que não houver a devolução dos recursos no prazo previsto no art. 60 desta Portaria;

XXXIV - a obrigatoriedade do concedente e do convenente de divulgar em sítio eletrônico institucional as informações referentes a valores devolvidos, bem como a causa da devolução, nos casos de não execução total do objeto pactuado, extinção ou rescisão do instrumento;

XXXV - a obrigação do concedente em notificar o convenente previamente a inscrição como inadimplente no SICONV, quando detectadas impropriedades ou irregularidades no acompanhamento da execução do objeto do instrumento, devendo ser incluída no aviso a respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar, e o Poder Legislativo do órgão responsável pelo instrumento.

XXXVI - a ciência sobre a não sujeição ao sigilo bancário, quanto a União e respectivos órgãos de controle, por se tratar de recurso público; e

XXXVII - descrição dos parâmetros objetivos que servirão de referência para a avaliação do cumprimento do objeto, nos instrumentos enquadrados nos níveis I e IV.

42. Outrossim, importante ressaltar a necessidade de observância das condições para celebração do convênio previstas no art. 22 (observar o §11, II) da Portaria 424/2016 que devem novamente ser verificadas antes da assinatura pela Convenente, ainda que tenham sido utilizadas como condição de habilitação no Edital de Chamamento.

43. Cumpre ainda observar a necessidade de apresentação do Plano de Trabalho e Termo de Referência pela entidade convenente, conforme art. 23, II da Portaria Interministerial 424/2016, observado o que dispõe os arts. 19 e seguintes da aludida portaria, abaixo transcritos:

Art. 19. O plano de trabalho, que será avaliado pelo concedente, conterá, no mínimo:

I - justificativa para a celebração do instrumento;

II - descrição completa do objeto a ser executado;

III - descrição das metas a serem atingidas;

IV - definição das etapas ou fases da execução;

V - compatibilidade de custos com o objeto a ser executado;

VI - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso; e

VII - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.

Art. 20. O plano de trabalho será analisado quanto à sua viabilidade e adequação aos objetivos do programa e, no caso das entidades privadas sem fins lucrativos, será avaliada sua qualificação técnica e capacidade operacional para gestão do instrumento, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ou entidade repassador de recursos.

§ 1º Será comunicada ao proponente qualquer irregularidade ou imprecisão constatadas no plano de trabalho, que deverá ser sanada no prazo estabelecido pelo concedente.

§ 2º A ausência da manifestação do proponente no prazo estipulado implicará na desistência no prosseguimento do processo.

§ 3º Os ajustes realizados durante a execução do objeto integrarão o plano de trabalho, desde que submetidos e aprovados previamente pela autoridade competente.

ANÁLISE DA MINUTA

44. A análise da minuta levará em consideração o Modelo elaborada pela Comissão Permanente de Convênios e Instrumentos Congêneres da Advocacia-Geral da União, constante no sítio eletrônico <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244400>. No entanto, tendo em vista que os modelos não estão atualizados conforme a Portaria 424/2016, consideraremos também as mudanças

trazidas por aquele normativo, bem como as peculiaridades relacionadas aos convênios da saúde indígena.

45. Da análise da minuta, sugere-se as seguintes alterações:

- o CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO : Acrescentar a vinculação do convênio ao Chamamento Público 11/ 2018: O presente convênio decorrente do Chamamento Público 11/2018 (...)
- o CLAUSULA TERCEIRA - DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA : Exclusão da Subclausula Quinta, uma vez que a possibilidade de prorrogar o prazo já está previsto na Subcláusula Primeira tanto para o Termo de Referência quanto para o Plano de Ação
- o CLAUSULA QUARTA - DAS OBRIGAÇÕES GERAIS II- DO CONVENENTE: Completar com a seguintes obrigações:

operar, manter e conservar adequadamente o patrimônio público gerado pelos investimentos decorrentes do Convênio, após sua execução, de modo a assegurar a sustentabilidade do projeto e atender as finalidades sociais às quais se destina;

- o CLÁUSULA OITAVA: exclusão da subcláusula sétima por conter previsão idêntica a subcláusula segunda
- o CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA ; Subcláusula quarta : Adicionar entre os incisos

o cumprimento pelo CONVENENTE da obrigação contida no item art. 35, parágrafo único, da Portaria Interministerial nº 424 de 2016;

46. Observou-se ainda, dentre as cláusulas essenciais (art.27 Portaria 424/2016), a ausência das cláusulas relativas a:

XIV - a indicação da obrigatoriedade de contabilização e guarda dos bens remanescentes pelo conveniente e a manifestação de compromisso de utilização dos bens para assegurar a continuidade de programa governamental, devendo estar claras as regras e diretrizes de utilização;

XXX- a forma e a metodologia de comprovação do cumprimento do objeto;

47. Como são essenciais, deve ser complementado o instrumento para então ser celebrado.

CONCLUSÃO

48. Ante o exposto, uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial, e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico-financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos.

49. Sendo referencial o presente parecer, os processos administrativos que guardarem relação inequívoca e direta com a abordagem aqui realizada poderão, doravante, dispensar análise individualizada, desde que o setor competente ateste, de forma expressa, que a situação concreta se amolda aos termos desta manifestação.

50. Além da necessidade da área técnica atestar, de forma expressa, que cada caso concreto se amolda aos termos do presente parecer referencial, deve também extrair cópias da presente manifestação e acostá-la a cada um dos autos em que se pretender a celebração dos convênios em comento, para fins de controle.

51. Não sendo o caso, a persistência de dúvida de cunho jurídico deverá resultar na remessa do processo administrativo a esta CGLICI/CONJUR/MS para exame individualizado, mediante formulação dos questionamentos jurídicos específicos.

52. Diante do teor do Memorando Circular nº 048/2017-CGU/AGU, recomenda-se o encaminhamento da presente manifestação jurídica referencial para ciência da Consultoria Geral da União, solicitando a abertura de tarefa ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF/CGU/AGU), para ciência.

Brasília, 20 de dezembro de 2018.

assinado digitalmente
ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS
ADVOGADA DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000204694201811 e da chave de acesso b9b3f7a4

Documento assinado eletronicamente por ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 209596224 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ADRIELE MATOS DE SANTANA SANTOS. Data e Hora: 20-12-2018 17:14. Número de Série: 13817815. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00862/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.204694/2018-11

INTERESSADOS: SECRETARIA ESPECIAL DE SAÚDE INDÍGENA SESAI

ASSUNTOS: CONVÊNIOS E OUTROS AJUSTES

1. Ponho-me de acordo com o Parecer Referencial nº 39/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, da Advogada da União Adriele Matos de Santana Santos, sem, contudo, promover a reanálise das minutas submetidas a este consultivo, mesmo porque a atribuição desta Coordenação-Geral restringe-se à aprovação da tese jurídica versada na manifestação em apreço, com vistas à uniformidade de atuação da Consultoria Jurídica.

2. Sendo assim, o exame fático e detido dos autos está sob a integral responsabilidade do(a) advogado(a) signatário(a) da manifestação, cabendo, nesta seara, apenas a análise dos enquadramentos jurídicos indicados, sob pena de inadmissível retrabalho em toda a escala hierárquica de aprovações.

À consideração superior.

Brasília, 24 de dezembro de 2018.

ALINE VELOSO DOS PASSOS

Advogada da União

Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

CGLIC/CONJUR-MS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000204694201811 e da chave de acesso b9b3f7a4

Documento assinado eletronicamente por ALINE VELOSO DOS PASSOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 210818880 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALINE VELOSO DOS PASSOS. Data e Hora: 24-12-2018 12:05. Número de Série: 13866293. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 04750/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 25000.204694/2018-11

INTERESSADOS: SECRETARIA ESPECIAL DE SAÚDE INDÍGENA SESAI

ASSUNTOS: CONVÊNIOS E OUTROS AJUSTES. PARECER REFERENCIAL.

1. Aprovo o Parecer Referencial nº 00039/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 20/12/2018, da lavra da Advogada da União Adriele Matos de Santana Santos, bem como o DESPACHO DE APROVAÇÃO n. 00862/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 24/12/2018, subscrito pela Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, Advogada da União Aline Veloso dos Passos, adotando seus fundamentos e conclusão.

2. De acordo com o previsto na Orientação Normativa n. 55/2014, da Advocacia-Geral da União, cumpro-me observar que por se tratar de **manifestação jurídica referencial** está dispensada a análise individualizada, por parte desta Consultoria Jurídica, nos autos dos processos em que ocorra a celebração de convênio entre a União, por intermédio do Ministério da Saúde, com Entidades Beneficentes de Saúde para Atenção Complementar à Saúde dos Povos Indígenas selecionadas através da Chamada Pública nº 11/2018.

3. Nestes termos, ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que providencie:

- o **a)** abertura de tarefa, via SAPIENS, ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF) e ao Departamento de Coordenação e Orientação dos Órgãos Jurídicos (DECOR), da Consultoria-Geral da União, para ciência da presente manifestação jurídica referencial;
- o **b)** junte as manifestações no sistema SEI e encaminhe os autos à Divisão de Análises Normativas do Fundo Nacional de Saúde (DIAN/FNS/SE/MS), para ciência do presente Parecer Referencial e consequente aplicação imediata;
- o **c)** adotadas as providências acima, promova o arquivamento dos autos no sistema SAPIENS.

Brasília, 28 de dezembro de 2018.

JOÃO BOSCO TEIXEIRA

Advogado da União

Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 25000204694201811 e da chave de acesso b9b3f7a4

Documento assinado eletronicamente por JOAO BOSCO TEIXEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 210825987 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOAO BOSCO TEIXEIRA. Data e Hora: 28-12-2018 19:41. Número de Série: 102718. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidência da República v4.