

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANANINDEUA – SESAU
PROCURADORIA/ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER JURÍDICO – PROGE/SESAU

Proc. Ref. Ao Memo nº 43/2023 – FMS/SESAU.

Interessado: Secretaria Municipal de Saúde de Ananindeua.

ASSUNTO: Consulta Jurídica acerca da viabilidade de se apostilar o Contrato n.º 003.15.02.2023-SESAU.

EMENTA: APOSTILAMENTO PARA FINS DE INCLUSÃO DE FUNCIONAL PROGRAMÁTICA. CONSULTA JURÍDICA. FAVORÁVEL. PROSSEGUIMENTO.

I – RELATÓRIO:

Sra. Secretária Municipal de Saúde,

Tratam os autos de consulta jurídica acerca da possibilidade/legalidade de se apostilar o Contrato n. 003.15.02.2023-SESAU, originário do processo ref. Ao Memo nº 43/2023 – FMS/SESAU, que contém o procedimento PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 9/2022-054 – SESAU.PMA, do qual originou o instrumento celebrado com a empresa ORBIS GESTÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE LTDA, inscrita no CNPJ Nº 23.129.279/0001-03, para fins readequação da dotação orçamentária para Inclusão de Funcional Programática.

Esta análise se dará com base na Lei Federal nº 8666/93, bem como no Decreto nº 7.892/13, e demais legislações pertinentes.

Restando revestido de legalidade tal alteração, a saber, a dotação orçamentária prevista na CLÁUSULA QUARTA do contrato em tela, esta Procuradoria se manifesta da forma que segue.

II – DO ORDENAMENTO LEGAL:

Preliminarmente, registra-se que o presente exame, limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria proposta, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos setores competentes desta Secretaria.

Trata de consulta jurídica acerca da possibilidade/legalidade em se apostilar o Contrato n. 003.15.02.2023-SESAU, para fins de readequação da dotação orçamentária.

Inicialmente, cumpre-se destacar que a Lei nº 14.133/21 contempla um expresse regime de transição que deverá ser observado corretamente pela Administração Pública. Este regime de transição está contemplado nos artigos 190 e 191 da Lei, vejamos:

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANANINDEUA – SESAU
PROCURADORIA/ASSESSORIA JURÍDICA

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Assim, os contratos derivados de licitação ou de processo de contratação direta fundamentados na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/02 serão regidos até sua extinção por estas leis. A Lei nº 14.133/21 confere à Lei nº 8.666/93 e à Lei nº 10.520/02 efeitos de ultratividade, que é instituto jurídico pelo qual uma norma pode produzir efeitos jurídicos mesmo depois de revogada. A regra contida no art. 190 da nova Lei de Licitações se assenta, também, no princípio do “*tempus regit actum*” – pelo qual uma relação jurídica será regida pelas regras jurídicas que vigoravam quando foi estabelecida.

Pois bem, tendo em vista que o Contrato em voga fora firmado sob a égide da Lei nº 8.666/93, portanto, qualquer alteração será regida pela referida norma, o que justifica o uso da fundamentação jurídica com base na revogada norma.

Neste viés, tem-se o art. 65 da Lei nº 8.666/93 que estabelece, expressamente, as possibilidades de alteração, com as devidas justificativas, dos contratos.

Com fundamento na finalidade dessas disposições legais, forma-se regra de que toda e qualquer alteração promovida nos instrumentos contratuais firmados pela Administração seja realizada por meio da expedição de termo aditivo, atendendo aos requisitos impostos pelos artigos 60 e 61 da Lei nº 8.666/93, seja alteração unilateral ou consensual, em regra, exige-se sua formalização por termo aditivo. Todavia, **tem-se a exceção prevista no § 8º do art. 65 da Lei 8.666/93, que autoriza o seguinte:**

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANANINDEUA – SESAU
PROCURADORIA/ASSESSORIA JURÍDICA

suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Desta forma, tem-se que o apostilamento difere do termo aditivo na medida em que este último se ocupa da formalização das alterações nas cláusulas contratuais inicialmente ajustadas. Ou seja, aplica-se em face da necessidade de aditar, ou seja, alterar aquilo que foi inicialmente pactuado.

A apostila constitui instrumento dirigido a instituir modificações mais simples no bojo do contrato, as quais, inclusive, decorrem das próprias cláusulas e condições firmadas entre as partes por meio dos dispositivos contratuais. Assim, o apostilamento é instrumento para registrar situações que não provoquem alteração das denominadas bases objetivas do contrato.

Renato Geraldo Mendes, ao estabelecer a distinção entre apostilamento e termo aditivo, aduz que:

Apostilar é registrar, fazer anotação. É o termo utilizado para designar a anotação que se deve fazer nos autos do processo administrativo de que determinada condição do contrato foi atendida, sem ser necessário firmar termo aditivo. Quando houver alteração nas condições e cláusulas do contrato, é necessário firmar termo aditivo, justamente porque houve inovação nas bases contratuais. O aditivo traduz-se na inclusão de algo novo e que não constava no instrumento do contrato ou na exclusão de algo já previsto. Então, o termo aditivo é o documento que serve para materializar uma alteração contratual. O apostilamento é apenas o registro do implemento de uma condição que estava prevista no contrato. Assim, quando se concede o reajuste do preço previsto no contrato, o percentual respectivo e o novo valor do contrato devem ser formalizados via apostilamento, e não por termo aditivo, pois a cláusula de reajuste e o índice a ser utilizado já estavam mencionados no contrato. No entanto, se for substituído o índice de reajuste previsto em face de uma condição legal admitida, a alteração deve ser formalizada por termo aditivo, e não por apostilamento. Da mesma forma, por exemplo, se a data de pagamento for alterada do dia 10 para o dia 15, é necessário que a formalização seja feita por aditivo, e não por apostilamento, pois, nesse caso, à semelhança do anterior, houve modificação dos termos contratuais. O apostilamento é ato unilateral e, para ser formalizado, não necessita da concordância do contratado nem da comunicação a ele. O termo aditivo, por sua vez, pode ser tanto unilateral como bilateral. MENDES, Renato Geraldo. **LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93**, nota ao art. 65, categoria Doutrina. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>.

Em suma, tem-se então que nos casos em que houver a implementação de condições decorrentes do próprio contrato, a formalização dessas modificações poderá ocorrer por simples apostilamento. Já nos casos em que houver alteração dos termos contratuais, far-se-á necessária a edição de termo aditivo.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANANINDEUA – SESAU
PROCURADORIA/ASSESSORIA JURÍDICA

Ademais, por seu caráter mais simples, destaca-se que o **apostilamento não precisa ser publicado na imprensa oficial, nos termos do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93**. Outra característica da apostila que não há necessidade da assinatura do contratado ou sua anuência, bastando seu conhecimento, que se faz pela remessa de uma de suas vias, permanecendo outra juntada ao contrato. Ademais, usa-se a apostila para alterações de menor relevância sobre as quais órgão poderá decidir independentemente da anuência do contratado.

Desta forma, diante dos fundamentos apresentados, tratando-se de **mera atualização de dotação orçamentária, para fins de Inclusão de Funcional Programática**, sem a necessidade de acréscimo ou supressão no objeto contratual, entende-se que inexistem óbices jurídicos à formalização do termo de apostilamento no presente caso, estando o ato, portanto, em total conformidade com os ditames legais a ele aplicáveis.

III – DA ISENÇÃO DO PARECERISTA – DO CARÁTER MERAMENTE OPINATIVO E CONSULTIVO.

O Advogado Público, quando na função de parecerista consultivo, deve primar pela imparcialidade, defendendo apenas a correta aplicação da lei. Cumpre-nos informar que o parecer jurídico não é ato administrativo e muito menos vincula o administrador público, porque tratar-se-ia de mera opinião que poderia ou não ser adotada.

Nesta diretriz já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que **o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa**. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa**, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS 24073/DF, Pleno, julgamento 06/11/2002).

Prevalece sempre a máxima de que o parecer não é ato administrativo, mas sim a sua aprovação pelo Administrador Público. Mesmo quando o parecer tem caráter obrigatório no processo administrativo, como no caso da análise das minutas de editais de licitação, por exemplo, o STF já se manifestou dizendo que mesmo assim o Gestor tem a liberdade para

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANANINDEUA – SESAU
PROCURADORIA/ASSESSORIA JURÍDICA

emitir o ato ainda que com parecer contrário da sua consultoria jurídica. Destarte, é razoável sustentar que o parecerista não divide a responsabilidade do ato com o administrador. Logo, o parecer não vincula o ato do gestor público.

IV – DA CONCLUSÃO:

Ante todo o exposto, pelo narrado, esta Procuradoria/Assessoria Jurídica conclui que não existe nenhum óbice jurídico no prosseguimento deste procedimento, opinando **FAVORAVELMENTE** pela plena possibilidade de formalização do **1º TERMO DE APOSTILAMENTO AO CONTRATO Nº 003.15.02.2023-SESAU**, celebrado com a empresa **ORBIS GESTÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE LTDA**, inscrita no **CNPJ Nº 23.129.279/0001-03**, para fins readequação da dotação orçamentária para Inclusão da Funcional Programática.

Indica-se, por fim, a remessa dos autos à PROGE/CGM, para regular seguimento.

É o parecer SMJ.

Ananindeua/PA, 24 de julho de 2023.

FABIO QUADROS DE FÁRIAS JUNIOR
Portaria 007/2021-PMG
Procurador do Município