



**Procedência:** Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais

**Interessada:** Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais

**Número:** 15.744

**Data:** 25 de agosto de 2016

**Ementa:**

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO, POR MEIO DE APOSTILA, PARA CUMPRIR MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE ÓRGÃOS PÚBLICOS, DECORRENTE DA LEI ESTADUAL Nº 21.077, DE 2013, SEM ALTERAÇÃO DAS PARTES CONTRATANTES. TEORIA DO ÓRGÃO. APARENTE DIVERGÊNCIA ENTRE A INFORMAÇÃO JURÍDICA SES/AJ Nº 86, DE 10 DE MARÇO DE 2014, E O RELATÓRIO Nº 1540.0758.16, DE 13 DE MAIO DE 2016, DA AUDITORIA SETORIAL DA ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA DE MINAS GERAIS. CONCLUSÃO PELA LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO ORIENTADO PELA SES/AJ, *NO CASO CONCRETO*. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO EM RAZÃO DESTES ASPECTOS, DEVENDO PROSSEGUIR A APURAÇÃO, PELOS DEMAIS FUNDAMENTOS APONTADOS NO RELATÓRIO DA AUDITORIA SETORIAL, SE FOR O CASO. ORIENTAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A SEPLAG AVALIE A FORMULAÇÃO DE CONSULTA AO TCE/MG, RECOMENDANDO-SE, ATÉ ENTÃO, A UTILIZAÇÃO DA APOSTILA DE FORMA RESTRITA, NAS HIPÓTESES EXPRESSAS NO ART. 65, § 8º, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

Classificação temática: Contrato administrativo. Apostila-Apostilamento.

### *Relatório*

A Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais – ESP/MG – remete a esta Advocacia Geral do Estado pedido de manifestação acerca de providência recomendada no item 2.4.3 do Relatório de Auditoria n. 1540.0758.16, de 13 de maio de 2016, relativo à contratação da Fundação de Apoio e Desenvolvimento de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais – Fundação Renato Azeredo (FRA).



Relata que houve pronunciamento anterior pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde, por meio da Informação SES AJ/nº 86/2014, subscrita pelo Procurador do Estado, Dr. Thiago Elias Mauad de Abreu, e pelo Assessor Jurídico, Dr. Fabiano Machado Reis Moretzsohn Moraes, admitindo, no caso concreto, a alteração do Contrato nº 32.968/2012 por meio de apostila, com a seguinte fundamentação:

“Com a publicação da Lei Estadual nº 21.077/2013, foi acrescentada ao art. 226 da Lei Delegada 180/2011, a alínea “g”, que incluiu a Superintendência-Geral do Canal Minas Saúde na estrutura orgânica básica da ESP/MG.

Ocorre que ao avaliarmos o presente caso, concluímos que não se trata de formalização de Termo Aditivo, mas de apostilamento, já que não trará nenhuma modificação/impacto para as partes.

O contratante continua sendo o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado, e com isso, o Apostilamento é o meio pelo qual poderá ser feita a alteração da dotação orçamentária e do fiscal do contrato.

Os apostilamentos são utilizados para registrar variações no contrato que não caracterizem alteração do mesmo. Estas variações podem decorrer também da aplicação dos reajustes previstos no próprio contrato, de atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como do empenho de dotações orçamentárias suplementares.

Podem ser decorrentes, ainda, de questões atinentes ao âmbito interno do órgão ou entidade que não afetem a relação entre contratado e contratante, como por exemplo a mudança da fonte de recursos designada no contrato, bem como de alterações formais do instrumento contratual também é possível a adoção do apostilamento, como exemplo, na retificação do CNPJ ou do endereço da empresa contratada.

***As alterações podem ser feitas por apostilamento desde que não alterem as bases contratuais para as partes.***

Por fim, insta esclarecer que a apostila é um ato administrativo que obrigatoriamente deve ser emitido pela autoridade máxima do Órgão responsável em assinar o contrato.”

O Relatório de Auditoria nº 1540.0758.16, da Auditoria Setorial da ESP/MG, por sua vez, na medida saneadora 2.4.3, concluiu:



“Solicitar manifestação da Advocacia Geral do Estado – AGE quanto à regularidade do apostilamento ocorrido em relação à transferência do contrato nº 32.968/2012 da Secretaria de Estado de Saúde para a Escola de Saúde Pública, *a fim de evitar novas práticas no âmbito estadual*. Sendo o ato entendido como de ilegalidade, a ESP deverá remeter o parecer à Subcontroladoria de Correição da Controladoria Geral do Estado para apreciação quanto à responsabilidade dos envolvidos.”

Relatado o caso, opino.

### *Parecer*

A Auditoria Setorial da ESP/MG apontou as seguintes constatações no relatório de análise do contrato em questão:

2.1. Dano ao erário de aproximadamente R\$3.264.667, (três milhões, duzentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e sessenta e sete reais e setenta centavos) por descumprimento de cláusulas do contrato nº 32.968/2012 pela contratada “Fundação de Apoio e Desenvolvimento da Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais – FRA” as quais previam a entrega dos produtos gerados;

2.2. Ausência de estimativas de preços que comprove a vantajosidade econômica na celebração do 4º termo aditivo ao contrato nº 32.968/2012;

2.3. Alteração do objeto do contrato nº 32.968/2012 utilizando Termo Aditivo como instrumento jurídico;

**2.4. Utilização do instituto do “Apostilamento” para alterações das partes do contrato;**

2.5. Inobservância ao disposto na Resolução SES nº 4.207, de 25 de fevereiro de 2014;

2.6. Convalidação de despesa realizada sem prévio empenho.

A par desta abrangência, constata-se que *a consulta refere-se exclusivamente ao item 2.4.*

Embora a redação da parte final do item 2.4.3 seja genérica quanto à providência que indica, também há que ser observado que o parecer jurídico é ato opinativo e, conforme entendimento que há muito se consolida, apenas pode ensejar responsabilidade do parecerista em caso de dolo ou fraude (adotando-se, por analogia, os termos da Lei nº 13.105, de 2015 – Novo CPC, art. 184 c/c art. 15). E, de toda forma, a correição que envolva Procurador do Estado é de competência restrita da Corregedoria desta AGE, na forma da Lei.



A única referência ao instrumento da *apostila* na Lei nº 8.666, de 1993, está contida no § 8º do art. 65:

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

Mediante interpretação literal ou gramatical, a conclusão a que chegará o intérprete é no sentido da possibilidade jurídica da utilização da apostila nestas situações restritas contidas no texto da Lei.

Entretanto, sabe-se que a interpretação literal nem sempre se consubstancia na melhor hermenêutica. E, possivelmente em razão de interpretação *sistêmica e finalística*, registra a Informação AJ/Nº 86/2014 que o instrumento da apostila passou a ser admitido em outras hipóteses, mas ***sempre observada impossibilidade de alteração das bases contratuais para as partes***.

A Orientação Normativa AGU nº 35, de 13 de dezembro de 2011, por exemplo, assim aborda o instrumento da apostila e o correlaciona com os princípios da eficiência e da economicidade:

"NOS CONTRATOS CUJA DURAÇÃO ULTRAPASSE O EXERCÍCIO FINANCEIRO, A INDICAÇÃO DO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO E DO RESPECTIVO EMPENHO PARA ATENDER A DESPESA RELATIVA AO EXERCÍCIO FUTURO PODERÁ SER FORMALIZADA POR APOSTILAMENTO."

...

#### FUNDAMENTAÇÃO DA ON 35/2011

Como é cediço, o termo aditivo é utilizado para efetuar acréscimos ou supressões no objeto contratual, prorrogações, além de outras modificações admitidas em lei que possam ser caracterizadas como alterações do contrato.

Não obstante, há situações em que alterações contratuais não ensejam tal formalização. Tais hipóteses estão previstas no § 8º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993:

...



Pode-se inferir que o apostilamento, que é a anotação do registro administrativo no próprio termo de contrato ou em instrumentos hábeis que o substituam, *deve ser utilizado em situações em que haja pequenas alterações contratuais, em que não se altere o seu valor inicial e em que não haja implicações em sua execução*. A hipótese em que a sua utilização é mais frequente é o registro de variações no valor do contrato que não caracterizem a sua alteração. O Tribunal de Contas da União já pacificou entendimento no sentido de se adotar o apostilamento para registrar alterações decorrentes de reajustes previstos no próprio contrato:

...

Dessa feita, vislumbra-se que a mera indicação do crédito orçamentário e da nota de empenho por onde correrão as despesas decorrentes de contrato ou ajustes de serviços continuados são alterações que não afetam a execução contratual, tampouco o seu valor, devendo, portanto, ser consignadas por mero apostilamento, sem a necessidade de formalização mediante termo aditivo.

*Além do mais, vislumbra-se que o intuito maior da utilização do apostilamento, em substituição ao termo aditivo, é evitar formalismos, na busca pelo princípio da eficiência*. O Decreto-lei nº 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece, em seu art. 14 que “*o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco*”.

*Nessa esteira, é de bom alvitre que se evite a formalização excessiva de termos aditivos, tendo em conta, inclusive, o ônus financeiro de sua adoção, haja vista que a sua celebração enseja a publicação de seu extrato na imprensa oficial*.

Com espeque em tais considerações, vislumbra-se que o § 1º do art. 30 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, não guarda consonância com o disposto no retrotranscrito § 8º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, na medida em que exige a formalização de instrumento para a indicação dos créditos e empenhos para a sua cobertura:

Art. 30. Quando os recursos financeiros indicados em cláusula de contrato, convênio, acordo ou ajuste, para execução de seu objeto, forem de natureza orçamentária, deverá constar, da própria cláusula, a classificação programática e econômica da despesa, com a declaração de haver sido esta empenhada à conta do mesmo crédito, mencionando-se o número e data da Nota de Empenho (Lei nº 4.320/64, Art. 60 e Decreto-lei nº 2.300/86, art. 45, V).



§ 1º Nos contratos, convênios, acordos ou ajustes, cuja duração ultrapasse um exercício financeiro, indicar-se-á o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem assim cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, *com a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura.* (Grifou-se).

E por estar em desacordo com o preceito legal a ele posterior, o referido dispositivo do mencionado Decreto não foi recepcionado pela Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, a exigência de instrumento de aditamento para a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa à execução de contrato e ajustes de natureza continuada, configura-se em exigência desprovida de razoabilidade, conforme os argumentos aqui já expendidos.

De tal modo, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa à execução de ajustes de natureza continuada para cada exercício financeiro deverá ser formalizada por apostilamento, sendo desnecessária a formalização de termo aditivo para essa finalidade.

A aparente divergência entre a Assessoria Jurídica da SES e o questionamento contido no Relatório da Auditoria Setorial da ESP/MG possivelmente decorre da interpretação finalística adotada pela primeira e da interpretação literal utilizada pela segunda.

Diz-se *aparente* divergência, na medida em que a Informação AJ/Nº 86/2014 ressalva expressamente que ***“As alterações podem ser feitas por apostilamento desde que não alterem as bases contratuais para as partes”***. Portanto, a divergência está na valoração da alteração procedida, compreendendo a Assessoria Jurídica da SES que todas as bases contratuais foram mantidas, já que o Estado de Minas Gerais permanece como contratante.

No que se refere à economicidade como fundamento para admitir a utilização do instrumento da apostila, tanto no caso concreto, quanto na fundamentação da AGU acima transcrita, recorda-se o disposto no *caput* do art. 70 da Constituição Federal:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, *economicidade*, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.



Estabelecidas estas premissas até aqui, vejamos então o texto legislativo que ensejou a alteração contratual cuja forma é objeto de divergência. Trata-se do art. 31 da Lei Estadual nº 21.077, de 2013:

Art. 31. Fica acrescentada ao inciso III do art. 226 da Lei Delegada nº 180, de 2011, a seguinte alínea “g”:

Art. 226 A ESP/MG tem a seguinte estrutura orgânica básica:

...

III - Unidades Administrativas:

...

g) Superintendência-Geral do Canal Minas Saúde.”.

Pelo que se sabe, a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais *não tem personalidade jurídica própria*, como também se infere do texto da Lei Delegada nº 179, de 2011:

Art. 11. *Integram a Administração Direta do Poder Executivo do Estado*, os seguintes Órgãos Autônomos:

...

III – subordinada à Secretaria de Estado de Saúde: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais – ESP/MG.

A Lei Delegada nº 180, de 2011, além da alteração legislativa acima apontada, também estabelece:

Art. 224 Integram a área de competência da Secretaria de Estado de Saúde:

I - por subordinação administrativa:

...

b) a Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais - ESP/MG;

...

Seção I

Da Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais

Art. 225 A Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais - ESP/MG -, a que se refere o inciso III do art. 11 da Lei Delegada nº 179, de 2011, tem por finalidade planejar, coordenar, executar e avaliar as atividades relacionadas ao ensino, à educação, à pesquisa e ao desenvolvimento institucional e de recursos humanos no âmbito do SUS, competindo-lhe:

I - desenvolver programa de formação e educação permanente dos agentes com atuação no âmbito de saúde, de extensão e pesquisas sobre temas relevantes em saúde pública;

II - estabelecer articulação e intercâmbio com órgãos e entidades nacionais e internacionais, públicas e privadas, visando ao fortalecimento e ao aperfeiçoamento da ESP/MG na área de saúde;



- III - desenvolver estudos e pesquisas voltados à identificação de riscos e agravos em saúde pública;
- IV - desenvolver estudos relativos ao perfil e às políticas de valorização do servidor da área de saúde;
- V - programar, coordenar, executar e avaliar as atividades relativas ao acervo bibliográfico da Secretaria de Estado de Saúde e das entidades a ela vinculadas; e
- VI - exercer atividades correlatas.

Portanto, de fato a redistribuição legal de competências que ensejou a alteração do contrato não alterou a *subjetividade do contrato*, pois o Estado de Minas Gerais continuou a ser o contratante, mas atuando por meio de outro órgão *intermediador*. Também foi alterada a *dotação orçamentária*. No mais, *foram mantidas todas as disposições do contrato original*, como se infere da Cláusula Sexta da Apostila. E, a *motivação* expressa do ato, é a edição da Lei Estadual nº 21.077, de 2013.

Na lição do Jurista José dos Santos Carvalho Filho,

“A caracterização fundamental da teoria do órgão consiste no princípio de imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação jurídica externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence.” (Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 14)

Por este prisma, confirma-se a premissa adotada pela AJ/SES, no sentido de que a modificação contratual, cuja forma proposta foi a apostila, não implicou alteração subjetiva das partes contratante e contratada, nem das bases de execução da avença original.

A questão ganha maior dimensão e relevância ao considerarmos que o Estado de Minas Gerais passa por mais uma ampla reforma administrativa. A prevalecer a tese da Auditoria Setorial da ESP/MG, em situações como a ora em análise substancial será o custo para publicação de aditivos em todos os contratos vigentes.

Por força disto e considerando que o controle externo dos contratos administrativos cabe ao Tribunal de Contas, ressaltamos que é possível ratificar a orientação da AJ/SES, *no caso concreto*, a partir de interpretação finalística. Mas não se pode afirmar que este entendimento prevalecerá também no plano do controle externo, por força da interpretação literal. Instrumento da atuação preventiva, neste caso, é a consulta ao TCE, para que esclareça o entendimento daquela Corte acerca da matéria.





Assim, **propõe-se como solução jurídica para o caso concreto a ratificação da orientação da AJ/SES N° 86/2014**, no intuito de atender ao Plano de Providências/Medida Saneadora 2.4.3, sem prejuízo do prosseguimento das providências e apurações quanto aos demais aspectos levantados, que não são objeto desta consulta.

A par disto, reiterando que esta manifestação se restringe à medida saneadora 2.4.3, com prazo fixado para implementação, propõe-se a remessa do caso à SEPLAG, para avaliação e manifestação acerca da conveniência e oportunidade na formulação de consulta ao TCE/MG, de forma a conferir maior segurança jurídica na utilização do instituto da apostila.

Isto porque, apesar da fundamentação da ON AGU n° 35, de 2011, trecho acima transcrito, com destaque para a interpretação finalística da norma contida no art. 65, § 8º, da Lei n° 8.666, de 1993, à luz dos princípios da eficiência e da economicidade, encontramos precedente do TCU, datado de 2003, ao qual se reporta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Apostila – aplicação restrita

TCU recomendou: “... restrinja a formalização de reajuste de contrato por apostila somente às previsões expressas no artigo 65, § 8º, da Lei n° 8.666/93...”

Fonte: TCU. Processo n° TC-015.633/2003-5. Acórdão n° 576 – 2ª Câmara (Vade-mecum de Licitações e Contratos. 2ª ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 893)

Mas na mesma linha de interpretação finalística e sistêmica adotada pela Informação AJ/N° 86/2014, da SES/MG, encontramos as orientações dadas pela Gerência de Auditoria de Contratos, órgão da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina:

PERGUNTAS E RESPOSTAS – OT N° 0002/10

ASSUNTO: Atualização da OT 0003/09 que versa sobre alteração de contratos

ORIGEM: GEAUC – PSEF 89635/094

Este trabalho visa orientar os agentes administrativos, assim como sanar as dúvidas mais frequentes quanto aos procedimentos para alteração de contratos administrativos.

...

2) Qual a diferença entre termo aditivo e apostilamento?



Os apostilamentos são utilizados para registrar variações no valor do contrato que não caracterizem alteração do mesmo. Estas variações podem ser decorrentes da aplicação dos reajustes previstos no próprio contrato, de atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como do empenho de dotações orçamentárias suplementares. Podem ser decorrentes, ainda, de questões atinentes ao âmbito interno do órgão ou entidade que não afetem a relação entre contratado e contratante, como por exemplo a mudança da fonte de recursos designada no contrato. **No caso de alterações formais do instrumento contratual também é possível a adoção do apostilamento, como por exemplo, na retificação do CNPJ ou do endereço da empresa contratada.** Todas estas alterações podem ser feitas por apostilamento pelo fato de não alterarem as bases contratuais. De forma análoga, os termos aditivos tem a função de retratar todas as alterações contratuais. (Fonte: [http://www.sef.sc.gov.br/sites/default/files/ot\\_0002\\_10\\_alteracao\\_de\\_contra\\_tos\\_site.pdf](http://www.sef.sc.gov.br/sites/default/files/ot_0002_10_alteracao_de_contra_tos_site.pdf). Pesquisa em 12/08/2016, 14 h)

### Conclusão

Com estas considerações e ressalvas, opinamos, **no caso concreto**, pela ratificação da orientação da AJ/SES Nº 86/2014, no intuito de atender ao Plano de Providências/Medida Saneadora 2.4.3, sem prejuízo do prosseguimento das providências e apurações quanto aos demais aspectos levantados, sobre os quais não versa a consulta.

Tratando-se de matéria polêmica, com divergência quanto à aplicação literal ou finalística do art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666, de 1993, propõe-se que seja remetida cópia do expediente e deste parecer à SEPLAG, para conhecimento e avaliação da conveniência e oportunidade na formulação de consulta ao TCE/MG, em tese.

Dado o caráter específico desta consulta e a proposição *supra*, por ora deixamos de formular proposta de tese jurídica.

É o nosso entendimento, em 9 (nove) laudas, todas rubricadas.  
À consideração superior.

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2016

*Alessandro Branco*

ALESSANDRO HENRIQUE SOARES CASTELO BRANCO

PROCURADOR DO ESTADO

OAB/MG 76.715 – MASP 1050973-5

*Aprovado, ressalvada a  
consulta ao TCE/MG.  
BHFE, 22 de agosto de 2016.*

*Daniel Antonio de Souza Castro*  
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica  
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.840

*22/08/16*  
*22/08/16*  
Onofre Alves Batista/Juiz  
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO