Procedência: Secretaria de Estado de Governo
Interessado: Subsecretaria de Assuntos Municipais, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário, Fundação de Apoio de Desenvolvimento e Ensino de Machado (FADEMA) e Instituto Federal do Sul de Minas (IFSULDEMINAS)
Número: 15.620
Data: 10 de março de 2016
Ementa:

CONVÊNIO DE SAÍDA CELEBRADO ENTRE O ESTADO, POR MEIO DA SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO, E FUNDAÇÃO DE APOIO. CONCEITO DE CONVÊNIO. COMPETÊNCIA NORMATIVA CONFORME DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER DE LEGISLAR. PODER REGULAMENTAR DO CHEFE DO EXECUTIVO. ARTIGO 35, III, 'B' DO DECRETO ESTADUAL Nº 46.319/2013. PROIBIÇÃO DE PAGAMENTO, COM RECURSOS CONVENIAIS, DE SERVIDORES OU EMPREGADOS PÚBLICOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA DOS ENTES FEDERAIS. CONCEITOS DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. INSTITUTO FEDERAL DE ENSINO: NATUREZA AUTÁRQUICA. ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI FEDERAL Nº 11.892/2008. FUNDAÇÕES DE APOIO. HISTÓRICO. REALIDADE ADMINISTRATIVA. LEI FEDERAL Nº 8.958/1994 INCIDENTE PARA REGRAMENTO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS NO ÂMBITO FEDERAL. NÃO INCIDÊNCIA NEM REVOGAÇÃO DE NORMAS ESTADUAIS QUE VEICULAM O REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS NA ESFERA LOCAL.

RELATÓRIO

Trata-se de expediente encaminhado pela Secretaria de Estado de Governo sobre a possibilidade jurídica de o Estado transferir recursos de convênio de saída para fundação de apoio convenente (FADEMA – Fundação de Apoio de Desenvolvimento e Ensino de Machado), entidade de direito privado sem fins lucrativos, para pagamento de bolsa a servidores públicos de instituição federal de ensino superior (Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas).

No Of.Gab.SUBSEAM nº 1694/2015, o Subsecretário de Assuntos Municipais menciona que a normatização interna estadual relativa aos convênios de saída fixa "vedação geral à realização de pagamentos a servidor ou empregado público dos entes federados", sendo que, no entanto, "a legislação federal que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e as fundações de apoio permite a participação de servidores dessas instituições nas atividades da fundação de apoio." Invoca o artigo 35, III, 'b' do Decreto Estadual nº 46.319, de 26.09.2013 e o artigo 167, X da Constituição da República, além do artigo 4º da Lei Federal nº 8.958, de 20.12.1994, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.423, de 31.12.2010. Também cita o Parecer nº 14.952, de 16.09.2009, emitido pela Consultoria Jurídica da AGEMG contrariamente ao recebimento por servidor público da UNIMONTES (Universidade Estadual de Montes Claros) de remuneração por serviços prestados no âmbito do convênio de saída celebrado entre o IEF (Instituto Estadual de Florestas) e a FADENOR (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino Superior do Norte de Minas). Há menção ao Parecer/CONJUR/MS/CODELICI/RSC nº 207/2009, de 18.02.2009, da Advocacia Geral da União, que, em face da proibição do inciso II do artigo 39 da Portaria Interministerial CGU/MG/MP nº 127, de 29.05.2008, entendeu "não haver óbice na remuneração de servidores públicos federais por meio de convênio, desde que atendidas às exigências previstas na lei específica (Lei Federal nº 8.958, de 1994)", citando exceções permitidas pela Constituição da República como a acumulação remunerada de cargos públicos. A AGU valeu-se de entendimento do TCU permissivo de remuneração de servidores por participação esporádica em atividades de pesquisa, ensino, extensão, realizadas por fundações contratadas pelas instituições federais de ensino, se presentes: autorização formal e prévia do órgão de origem, atividades forem esporádicas e eventuais (em horário diverso do regular, para suas atribuições funcionais), atividades serem assunto de especialidade do servidor, informação se a atividade é devidamente remunerada ou não, ações sejam de "apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e desenvolvimento institucional".

Destacam-se as seguintes perguntas ao fim do Of.Gab.SUBSEAM nº 1694/2015:

> "a) Em que pese a vedação contida no art. 35 do Decreto nº 46.319, de 2013, considerando o princípio da especificidade e a Lei Federal nº 8.958, de 1994, seria juridicamente admissível o pagamento por fundação de apoio convenente, com recursos de convênios de saída, de bolsa a servidor

> público da instituição federal de ensino superior apoiada pela fundação por serviços de pesquisa, ensino e extensão realizados para cumprimento do objeto do convênio de saúde?
> b) Sendo positiva a resposta ao questionamento anterior, a permissão de pagamento engloba todos os servidores e empregados públicos de instituição federal de ensino (inclusive técnicos administrativos em educação) ou apenas os ocupantes de cargos de professor, de cargos técnicos ou científicos e profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, nos termos do inciso XVI do art. 37 da CRF/1988?
> c) Sendo positiva a resposta ao questionamento 'a', é suficiente a observação das cinco questões destacadas pela AGU e a necessidade de previsão da despesa no plano de trabalho ou outras questões técnicas devem ser observadas?"

Consta do expediente o Parecer nº 14.952, de 16.09.2009, em que se explicitou a impossibilidade de um servidor público receber, por vias transversas, algo que não poderia receber diretamente do Estado ou de uma autarquia, sendo irrelevante que houvesse uma fundação de apoio para gerir a atividade pública em questão, pois isso "não transmuda a natureza da verba pública recebida em função do convênio para verba privada". O ilustre Procurador do Estado Érico Andrade pontuou sobre a realidade em questão:

> "Com isso, se o servidor público trabalhar no projeto para fundação de apoio, que aparece para gerir a atuação da UNIMONTES, acabará por receber verba pública de outra fonte, por vias transversas, em situação vedada não só pelo Decreto Estadual 43.635/2003, mas também pelo Estatuto dos Servidores Públicos (Lei 869/52, art. 217, VI e VII) e pela principiologia constitucional que rege a atividade administrativa (art. 37, Constituição).
> Diante do exposto, pode-se concluir que o servidor público estadual da UNIMONTES não pode receber remuneração por serviços prestados à FADENOR, fundação privada de apoio à Universidade, no âmbito de prestação de serviço relativa ao objeto de convênio firmado entre a UNIMONTES e o IEF, ambas autarquias estaduais, gerido pela FADENOR, por violação ao art. 15, II, do Decreto Estadual 43.635/2003 e violação ao art. 37 da Constituição Federal."

O Ofício nº 43/2015 da FADEMA (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento e Ensino de Machado), de 20.10.2015, informa ser credenciada como fundação de apoio pelo Ministério da Educação e Ministério da Ciência e Tecnologia, sendo convidada a firmar convênio de saída com o Estado, por meio da Secretaria de Desenvolvimento Agrário, "com vistas a realizar a promoção e a capacitação dos técnicos da EMATER e de agricultores e familiares desenvolvendo ações junto ao Centro de Excelência – CEC do Sul de Minas integrando competências institucionais para induzir o processo de desenvolvimento competitivo sustentável da produção de café em Minas Gerais fortalecendo assim a agricultura familiar". O Diretor Presidente da FADEMA indicou que o convênio tem por finalidade atividades de cunho acadêmico, motivo por que pretende usar o corpo docente do Instituto Federal Sul de Minas, o que enfrentaria um pequeno entrave, a saber, a proibição do artigo 35, III, 'b' do Decreto Estadual nº 46.319/2013 no sentido de não ser possível no convênio realizar despesas com servidores do quadro de pessoal da Administração Pública dos entes federados. Afirmando que no âmbito federal isso foi superado para que professores possam participar de atividades no âmbito do convênio, desde que autorizados pelas instituições federais a que estão vinculados, destacou a necessidade de a participação dos servidores ser em assuntos da sua especialidade, sem prejuízo das atividades funcionais, com recebimento de bolsas aqui instrumento de fomento à atividade acadêmica.

Consta do expediente, cópia do Parecer da AGU/Ministério da Saúde nº 6404/2005 que, após afirmar ser inadmissível contratar profissionais no âmbito do convênio que tenham por objeto execução de projetos ou realização de convênios, de acordo com a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/1997, artigo 8º, II, aduziu:

> "Embora a Constituição Federal (art. 37, XVI) permita a acumulação de cargos públicos de dois professores, ou de um de professor com outro técnico ou científico, e que, o § 1º do art. 4º da Lei nº 8.959 de 20 de dezembro de 1994, permita a concessão de bolsas de ensino, de pesquisa, nos termos do art. 1º desta Lei (abaixo transcrito), **alertamos que deverá ser exaustivamente justificado o interesse de repassar verba para remunerar professor"** (negrito no original).

Foi expedido o despacho nº 3422/2005 pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde admitindo pagamento a servidor da Administração, com

recursos de convênio, quando a convenente for entidade de apoio a projetos de pesquisa, com fulcro na Lei Federal nº 8.959/94 (sic.).

Também foram anexadas cópias:
a) do Memorando Circular nº 0118 MS/SE/FNS em que há menção à necessidade de, nas prestações de contas relativas aos convênios firmados com fundações de apoio, juntar autorização formal e prévia do órgão de origem, demonstração de que as atividades do servidor serão esporádicas e eventuais em horário diverso das atribuições funcionais, demonstração de que as atividades são de assunto da especialidade do servidor, bem como a informação de remuneração, ou não, da atividades desenvolvida pelo servidor.
b) do Parecer/Conjur/MSCODELICI/RSC nº 207/2009 que, abstraindo as questões técnicas relativas à classificação das atividades desenvolvidas pelos profissionais envolvidos nas ações de capacitação, limitou-se à manifestação jurídica sobre a matéria, afirmando a viabilidade de prosseguimento do processo administrativo, desde que cumpridas as condições fixadas (autorização formal e prévia do órgão de origem, demonstração de que as atividades do servidor serão esporádicas e eventuais em horário diverso das atribuições funcionais, demonstração de que as atividades são de assunto da especialidade do servidor, bem como a informação de remuneração, ou não, da atividades desenvolvida pelo servidor), sendo que o despacho nº 3481/2009 assentou a prevalência de ato normativo posterior, qual seja, lei especial permissiva de contratação de servidor para desenvolvimento de atividades relacionadas à execução de convênio com a Administração Pública.

O Ofício nº 51/2015 da FADEMA, de 27.11.2015, informou ter sido firmado com a Secretaria de Desenvolvimento Agrário o Convênio de Saída nº 1641000869/2015/SEDA para promover e capacitar os técnicos da EMATER e de agricultores e familiares, desenvolvendo ações junto ao CEC do Sul de Minas, de modo a integrar competências institucionais "para induzir o processo de desenvolvimento competitivo sustentável da produção de café em Minas Gerais fortalecendo a agricultura familiar", ao que acrescentou:

> "Considerando ainda que o referido convênio tempo por finalidade a realização de atividades de cunho acadêmico, a FADEMA (convenente), credenciada como Fundação de Apoio do IFSULDEMINAS, pretende utilizar do corpo docente e técnico administrativo do Instituto Federal do Sul de Minas, daqueles que possuem qualificações técnicas específicas ao objeto do presente instrumento, dada a

> conveniência e oportunidade de promover as capacitações em alto grau de expertise, integrando o corpo docente e a infraestrutura do Centro de Excelência do Sul de Minas."

Foram selecionados e indicados, para o convênio, um coordenador geral, uma coordenadora adjunta, dois profissionais de apoio técnico, dezesseis para orientação pedagógica, um aluno de ensino superior bolsista e um aluno de ensino médio bolsista, bem como 16 instrutores/capacitadores, todos sujeitos ao regime de pagamento "bolsa de extensão".

Em promoção datada de 23 de dezembro de 2015, a Procuradora do Estado Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo destacou que uma análise preliminar já indicava a inviabilidade jurídica de o Estado transferir recursos à convenente, para pagamento de bolsas de extensão a servidores federais, em cumprimento à legislação estadual vigente e ao artigo 167, X da Constituição Federal. No entanto, atentando para o fato de a FADEMA acreditar que o Estado está diante de situação amparada por legislação federal específica que afasta o artigo 35, III, 'b' do Decreto Estadual nº 46.319/2013 e, simultaneamente, para a complexidade do relacionamento entre as entidades públicas e fundações de apoio, requereu fossem juntados o instrumento de convênio firmado entre FADEMA e Secretaria de Desenvolvimento Agrário e o respectivo Plano de Trabalho.

O Ofício nº 01/2016/ASJUR encaminhou a cópia do convênio e do Plano de Trabalho para análise.

É o breve relatório.

Passo a opinar.

PARECER

1. Dados preliminares do convênio de saída firmado entre o Estado, por meio da SEDA, e a FADEMA

Denota-se da documentação encaminhada que o Estado de Minas Gerais, por meio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário (SEDA), firmou em 22 de julho de 2015 convênio de saída com a Fundação de Apoio ao Desenvolvimento e Ensino de Machado (FADEMA), tendo por objeto conjugação

de esforços, com atuação harmônica e sem fins lucrativos, para capacitar técnico da EMATER e de agricultores e familiares desenvolvendo ações junto ao Centro de Excelência do Café (CEC) no IFSULDEMINAS (Instituto Federal do Sul de Minas) Campus do Machado, "integrando competências institucionais para induzir o processo de desenvolvimento competitivo sustentado na produção de café em Minas Gerais, fortalecendo assim a agricultura familiar, conforme Plano de Trabalho" aprovado pelo Estado e integrante do instrumento para todos os fins de direito (cláusula primeira). A finalidade estabelecida na cláusula segunda consubstancia repasse de recursos de livre utilização para a FADEMA, especificamente para a capacitação anunciada na cláusula primeira, com valor fixado na cláusula quarta correspondente ao montante de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de repasse em única parcela feito pelo Tesouro, integralmente, em conta bancária da Caixa Econômica Federal, em conta e agência indicados no plano de trabalho (cláusula quarta, subcláusula primeira).

No projeto nominado "Projeto de Capacitação para o desenvolvimento da Agricultura Familiar no CEC – Centro de Excelência do Café" feito pela IFSULDEMINAS/FADEMA, restou fixada a Fundação de Apoio ao Desenvolvimento e Ensino de Machado como a responsável pela execução (item 4), sendo parceiros a Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento de Minas Gerais, a Secretaria de Desenvolvimento Agrário, a EMATER, a EPAMIG e a Associação de cafeicultores (item 5). Como "clientela diretamente visada" foram indicados técnicos da EMATER, trabalhadores, pequenos produtores, atores dos movimentos sociais, autônomos, jovens articulados em cooperativas, associações, sindicatos e comunidades que se identifiquem no âmbito politico, cultural ou social (item 6), sendo "clientela indiretamente visada": a) moradores das comunidades e instituições atendidas; b) alunos bolsistas dos cursos de nível superior e médio do IFSULDEMINAS (item 7).

Dentre os resultados mais relevantes previstos, foi indicada a integração dos aspectos social, ambiental e cultural por meio de metodologia "em que os participantes sejam protagonistas do desenvolvimento da comunidade (...) através de uma rede de organização dos movimentos que o compõe", o que implica, articulação junto a EMATER, inclusão social, amplo trabalho de parcerias com a comunidade, integração com o trabalhador do campo e da cidade, desenvolvimento sustentável e consolidação de um espaço de escutas e demandas e necessidades referentes à cafeicultura (item 8). Daí como características principais do projeto terem sido especificados cursos, atividades comunitárias,

qualificação profissional e assistência de agricultura familiar (item 9) entre julho de 2015 e junho de 2016 (item 10).

No histórico institucional da unidade executora, restou mencionada sua criação em fevereiro de 1999, com sede no campus do IFSULDEMINAS (Instituto Federal do Sul de Minas), com personalidade jurídica, sem fins lucrativos, prevista em Estatuto próprio, tendo sido reconhecida de utilidade pública municipal pela Lei Municipal nº 1.251, de 07.10.1999, título estadual de utilidade pública obtido em 2001, ao que se acrescentou credenciamento de fundação de apoio ao IFSULDEMINAS pela Secretaria de Educação Superior, conforme Portaria Conjunta nº 29, de 30.04.2015 (item 11).

Na justificativa do projeto (item 12) consta, ainda, a caracterização do IFSULDEMINAS (Instituto Federal do Sul de Minas) e do CEC (Centro de Excelência do Café), além da análise da cafeicultura na região sul de Minas Gerais. Especificados os objetivos geral e específicos do projeto (item 13, alínea a), propôs-se (item 14) consolidar "a formação e manutenção de grupos de pesquisa de renome na área de café e demais áreas de pesquisa, de forma a contribuir para o desenvolvimento sustentável do Sul de Minas Gerais" e, em relação à extensão "fomentar o desenvolvimento regional através das ações em parcerias como: qualificação e capacitação profissional, suporte para a organização da sociedade civil, apoio e incentivo às iniciativas de geração de trabalho e renda e difusão da Ciência e Tecnologia no Sul de Minas Gerais". Explicitou-se a priorização do foco na cafeicultura, mas também a participação com atuações em outras áreas da agricultura, comércio e indústria de modo a promover o sul de Minas Gerais, nos seguintes termos:

> "O local será destinado a capacitação de produtores, Técnicos da EMATER e profissionais das mais diversas áreas da cafeicultura e agricultura familiar em geral. Haverá junto as ações a participação dos alunos do IFSULDEMINAS corroborando com seu aprendizado prático. A estrutura do CEC – Centro de Excelência será utilizada para a execução de cursos com duração de 60 horas, como segue:
> . Agente de ater;
> . Manejo sustentável do cafeeiro;
> . Produção agroflorestal;
> . Práticas de conservação do solo e água;
> . Elaboração de projetos para a Agricultura Familiar;
> . Produção de cafés especiais;

. Cadastro ambiental rural (CAR);
. Produção agroecológica;
. Formação de lideranças comunitárias;
. Formação de liderança para mulheres;
. Gestão e mercado da cafeicultura;
. Associativismo e cooperativismo;
. Comercialização para o PNAE (Programa nacional de Alimentação Escolar)
. Atualização em nutrição animal;
. Pastejo Rotacionado;
. Inclusão digital."

No item 15 do projeto foram mencionadas as instalações destinadas ao funcionamento do CEC: anfiteatro para 280 pessoas; sala de aula com capacidade para 60 pessoas; núcleo de informação e mercado ao produtor, com wifi e fontes de serviços e informações da cafeicultura, secretaria CEC para coordenação de diversos setores, refeitório com capacidade para 500 pessoas, mini hotel para suporte de alojamento aos eventos do CEC (centro de convivência); laboratório de análises físicas e sensoriais do IFSULDEMINAS com prestação de serviços para ajudar o entendimento da qualidade do café, com pretensão de se tornarem oficiais e credenciando, havendo complemento possível com rede de laboratórios privados ou vinculados a instituições de ensino e fundações; laboratório de recebimento de amostras de solo do IFSULDEMINAS e pátio de eventos. O item 16 especificou uso de recursos financeiros com aquisição de material didático e de escritório, aquisição de material de manutenção, coordenação geral (12) e adjunta (12), apoio técnico (3 por 11 meses), orientação pedagógica por curso (16), atendente (1 por 12 meses) incluídos os encargos, auxiliar de limpeza (1 por 11 meses) incluídos os encargos, auxiliar administrativo (1) incluídos os encargos, bolsas para 1 aluno de ensino superior por 11 meses e para 2 alunos de ensino médio por 11 meses, despesas de capacitação para todos os cursos com os respectivos encargos, aquisição de alimentação para 16 cursos de 25 alunos pelo período de 15 dias cada curso, além de despesas de transporte correspondente a 4.800 km.

Foram anexadas cópias de certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União, certidão negativa de débitos relativos às contribuições previdenciárias e às de terceiros, declaração de funcionamento da 1ª Promotoria de Justiça da comarca de Machado, alvará veiculando licença para localização e funcionamento da FADEMA, certidão negativa de débitos municipais, certidão negativa de débitos trabalhistas considerando-se o Banco

Nacional de Devedores Trabalhistas, certidão negativa de débitos tributários da Secretaria de Estado da Fazenda, declaração da FADEMA de experiência própria na execução de projetos de ensino, pesquisa extensão em diversas áreas com capacitação para o Projeto em parceria com a SEGOV/MG, comprovante de inscrição no CNPJ, certificado de regularidade do FGTS.

A Nota Técnica nº 6/2015 da Secretaria de Desenvolvimento Agrário, favorável à realização do convênio entre SEDA e FADEMA, informou que, conforme necessidades descritas pelos agricultores, "serão ministrados cursos de: manejo sustentável do cafeeiro, produção agroflorestal, elaboração de projetos para a agricultura familiar, cadastro ambiental rural, associativismo e cooperativismo, entre outros", para integrar aspectos social, ambiental e cultural, com o desenvolvimento socioeconômico regional, "promovendo a qualidade de vida dos agricultores familiares, aumentando a competitividade da cadeia do café".

Constam cópias de contratos firmados entre o IFSULDEMINAS (Instituto Federal do Sul de Minas) e a FADEMA (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento de Machado), tais como para serviços de gerenciamento e organização de semanas de ciência (contrato nº 37/2014) e realização projeto de extensão (contrato 42/2014). Também consta documento de publicidade dos trabalhos desenvolvidos pela FADEMA, declaração relativa à abertura de conta bancária pelo gerente da CEF de Machado, bem como seu estatuto, em que consta sua natureza de "entidade educacional de direito privado, sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica, com sede na cidade de machado, Estado de Minas Gerais" (artigo 2º). A sua primeira finalidade especificada no artigo 5º, item 1 é "apoiar a realização de atividades de Pesquisa, Ensino, Extensão e Desenvolvimento do Instituto Federal do Sul de Minas Gerais, mediante assessoramento à elaboração e projetos, captação, concessão e gestão de recursos", ao que se acrescem dez outros objetivos, dentre os quais se destaca o item 3, qual seja: "Conceder bolsas em nível Médio, Técnico-Profissionalizante, Graduação e Pós-Graduação, conceder bolsas a professores, pesquisadores e servidores do Instituto Federal do Sul de Minas Gerais, cujas atividades sejam relacionadas a projetos de interesse da referida Instituição ou a professores, pesquisadores e servidores de outras instituições de Ensino Superior e de Pesquisa Científica e Tecnológica e, também, conceder bolsas no âmbito de projetos específicos, nos termos da legislação aplicável". Para alcançar as finalidades estatutárias, o § 2º do artigo 5º prevê celebração de contratos, convênios, termos de cooperação e parcerias com entidades públicas ou privadas, nacionais e estrangeiras de acordo com a legislação e normas vigentes.

A cópia da ata da Assembleia Geral da FADEPE de fevereiro de 1999 foi sucedida em 29.05.2000 pelo pedido de mudança para FADEMA, em virtude de coincidência com entidade homônima da Universidade Federal de Juiz de Fora, o que foi aprovado pelo Promotor de Justiça da comarca de Machado.

Tem-se, ainda, cópia da publicação do extrato do termo de convênio, com vigência de 365 dias a partir da data da publicação, no Minas Gerais de 07.08.2015. Outrossim, consta nota de empenho de despesa, liquidação de empenho de despesa e ordem de pagamento bancária feita em favor da FADEMA no montante de R$ 200.000,00.

Em comunicação eletrônica de 23.09.2015, o Assessor Jurídico da SEDA entendeu pela possibilidade da contratação com base no artigo 4º da Lei Federal nº 8.958/94, excluindo a vedação do artigo 35 do Decreto Estadual nº 46.319/2013, porquanto somente aplicável a órgão ou entidade pública da Administração direta ou indireta dos entes federados, "não sendo o IFSULDEMINAS órgão de ente federado", motivo por que entendeu "não haver a citada vedação". Referida posição foi exarada quando questionada a possibilidade de se remunerar professor do Instituto Federal do Sul de Minas com uso de recursos de convênios. A esse respeito, esclareceu agente político do IFSULDEMINAS:

> "Conquanto o entendimento dessa assessoria jurídica teve entendimento favorável a contratação de professores do IFSULDEMINAS (Autarquia Federal da administração pública dos entes federados) no Convênio de Saída junto a Fundação de Apoio (entidade sem fins lucrativos e credenciada como entidade de apoio a IFES), desde que, atendidas as disposições da Lei 8.958/04, pedimos balizar entendimento a fim de criarmos fundamentos sólidos e prosperar com a estratégia para o desenvolvimento do projeto.
> Ora, pelo parecer encaminhado em anexo, podemos concluir que, em se tratando de órgão do poder público Estadual **fica vedada** a remuneração de quaisquer espécies, destinadas a servidores desta mesma esfera, por violação aos dispositivos (art. 15, II, do Decreto Estadual 43.635/2003 e violação ao art. 37 da Constituição Federal).

> Todavia, o que permeia a causa é que a Fundação de Apoio é credenciada para dar apoio a um órgão Federal, diga-se Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia – IFSULDEMINAS, que a guisa do art. 8 da CF, que traz a organização político administrativa da República "A organização político administrativa da República Federativa do Brasil compreende a **União**, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (...)" indo em desacordo ao nossos olhos, data máxima vênia, ao que dispõe o art. 35, do Decreto 46319/2013 que regulamenta a transferência.
> E nesse sentido, há que se observar que o parecer ora trazido faz menção entre uma Fundação de Apoio e sua Universidade, contudo, ambas da esfera Estadual (que é vedado) e a FADEMA (Convenente) fará a contratação de 'servidores da união'.
> Visando corroborar com o entendimento, acreditamos ser necessário apenas uma melhor interpretação dos dispositivos legais, portanto, em anexo trazemos parecer do Ministério da Saúde à CGU que se refere a mesma matéria, porém, em âmbito federal."

O parecer da então PGEMG apresentado é o nº 8.186, de 18.02.1992 opinando pela possibilidade de pagamento de honorários por aulas em cursos de treinamento fora do período normal ou extraordinário de trabalho, sendo impossível a contratação dos profissionais nos termos da Lei de Licitações. As cópias das manifestações do Ministério da Saúde correspondem aos documentos já mencionados "in retro".

Em 01.10.2015, em nova comunicação eletrônica, o Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário (SEDA), assim se manifestou:

> "Reestudando o tema a respeito da interpretação da expressão 'ente federado' descrita no artigo 35, inciso II, alínea 'b' do Decreto nº 46.319/2013, **entendo que a União é um ente federado**, ou seja, os servidores federais ficam incluídos na vedação de pagamento descrita no dispositivo retro citado.
> Após estudo aprofundado sobre o tema, constato o seguinte:
> - a referência que utilizamos para identificar os entes federados brasileiros, parte da organização político-

> administrativa adotada pela Constituição Federal. Entre os pressupostos essenciais dos entes federados encontram-se a capacidade de auto-governo e auto-administração. Portanto, aquelas territorialidades que não se encontram entre as unidades político-administrativas, são naturalmente descartadas da condição de ente federado. De acordo com o caput do art. 18 da Carta Magna, são unidades político-administrativas: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Assim prevê a CF:
> 'Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tidos autônomos nos termos desta Constituição.'
> Sendo assim, imperioso que seja considerada, nesse caso, como ente federado. Portanto, aos servidores federais, se aplica a vedação trazida pelo artigo 46319/2013 (sic.), **salvo melhor juízo**.
> Favor encaminhar esse entendimento à FADEMA." (destaques no original)

Dos dados relativos ao instrumento firmado e seus desdobramentos infere-se que o cerne da questão é a viabilidade, ou não, de a entidade conveniada pagar, com recursos transferidos pelo Estado, professores e servidores de Instituto Federal também parceiro na execução do objeto acordado. Para tanto, é mister que se fixem noções básicas sobre regime jurídico do convênio, inclusive a competência para normatizar a referida figura jurídica no ordenamento vigente.

2. Conceito de convênio e a competência para normatizar a matéria

O convênio, nas últimas décadas, vem sendo utilizado pela Administração Pública como instrumento de viabilizar associação do Estado com pessoas públicas e privadas que desejem cooperar na execução de um determinado objeto, sem que se atribua ao vínculo natureza contratual, porquanto convergentes os interesses das partes. A partir do momento em que o Direito Administrativo brasileiro viu reforçada a ideia de "consensualização" e de "parcerias", tornou-se maior o espaço para figuras jurídicas que ensejam conjugação de esforços entre duas ou mais pessoas públicas ou privadas que buscam alcançar fins de interesse comum. O foco passa a ser um regime cooperativo no qual estejam dispostos estratégias e comportamentos que envolvam os interessados na realização de um

mesmo escopo, motivo por que se auxiliam mutuamente no cumprimento de um compromisso conjunto.

O Poder Público foi incorporando a possibilidade de, em determinados setores, adotar comportamentos que transcendam as meras determinações unilaterais, com preferência por técnicas convencionais de atuação, de modo a incrementar a eficácia da atividade administrativa. O Estado escolhe o caminho da consensualidade e firma vínculos com terceiros que atendem suas necessidades ou que, conjugando esforços, realizem tarefas que são de interesse comum e da sociedade. Tem-se um modo de atuação compatível com o que se espera da Administração moderna, na qual terceiros são também incluídos como co-responsáveis pelo sucesso do Estado. (MAURER, Hartmut. Direito administrativo geral. Tradução de Luís Afonso Heck. 14.ed. Barueri(SP): Manole, 2006, p. 425). No mesmo sentido: PERICU, Giuseppe ; GOLA, Marcella, L'attività consensuale dell'ammnistrazione pubblica. In: MAZZAROLLI, Leopoldo et al (Coord.). Diritto amministrativo. Parte speciale e giustizia ammninistrativa. Bologna: Monduzzi Editore, 2005. v.2. p. 329.

Em algumas searas, como é o caso das políticas públicas de incremento de atividades econômicas que trazem claros benefícios às sociedades locais, as vantagens da consensualidade acentuam-se: colaboração e cooperação de entidades sociais, redução de custos para o Estado com simplificação da sua máquina gestora (economicidade e racionalidade), modernização mediante a renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Poder Público, subsidiariedade e eficiência no exercício das competências estatais. A esse propósito, confira-se as lições de Diogo Figueiredo Moreira Neto. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio. (Coord.) Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 88)

Autores contemporâneos, como Floriano Azevedo Marques Neto, estudam a possibilidade de se disponibilizar bens e recursos públicos como forma de incentivar e facilitar uma determinada atividade que se deseja fomentar, sendo lícito ao Poder Público também oferecer programas de apoio institucional e para capacitação dos destinatários. O professor paulista reconhece a falta de conhecimentos básicos referentes aos trâmites burocráticos e à gestão e administração de situações com tal complexidade, ausente, ainda, conhecimento técnico atual e especializado na área, o que implica maiores dificuldades e ineficiências geradas por esse déficit de conhecimento. (MARQUES NETO,

Floriano de Azevedo. Elementos do fomento. *In* Funções Administrativas do Estado. v. 4. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Coord.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 458) O uso de convênios como mecanismo que enseja a realização de capacitações concretizadoras de fomento público, realizando cumulativamente a ideia de consensualização, tornou-se comum na realidade administrativa atual.

As diversas formas de consensualização, fomento e parcerias tiveram sua importância acentuada após o processo de retração da atuação direta do Estado em múltiplos setores, com opção por instrumentos de acordo que transferem a sujeitos privados a execução de diversas competências. Nesse contexto, Jorge Miranda Ribeiro indica que "O convênio tem se mostrado instrumento versátil capaz de absorver qualquer forma de parceria de interesse público. Tem aplicabilidade em vários outros ramos do direito administrativo, tributário, enfim, desempenha com desenvoltura o mesmo papel do coringa no jogo das cartas" (RIBEIRO, Jorge Miranda. Curso avançado de convênios da União. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26). Por isso, requerem uma eficiente regulação normativa do Estado, que estabeleça as balizas vinculantes dos sujeitos públicos e privados, de modo a viabilizar um mínimo de segurança jurídica e de efetividade, sem captura e desmonte das competências administrativas.

É na realidade em que se encontra uma multiplicidade significativa de modelos de parceria empregados pela Administração, que os convênios são firmados muitas vezes entre o Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, independentemente dos títulos públicos obtidos (como é o caso de certificados de utilidade pública). Esses convênios "São acordos firmados entre entidades públicas ou entre estas e entidades particulares, tendo em vista a consecução de um objetivo comum." (HARADA, Kiyoshi. Dicionário de Direito Público. 2ª ed. São Paulo, MP Editora, 2005, p. 112) De fato, "Convênio administrativo é o ajuste celebrado por entidades públicas de qualquer espécie ou realizado por essas entidades e outras de Direito Privado, para a consecução de objetivos comuns dos convenentes." (MOTTA, Arthur Maciel. A utilização de recursos públicos pelas organizações não-governamentais. BDA, SP, ano XXXX, n. 1, p. 21, jan. 2014)

Conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> "Nesses acordos, normalmente de caráter plurilateral, Poder Público, de um lado, e entidades privadas, de outro, associam-se com o objetivo de alcançar resultados de interesses comuns.

> (...)
> Não há legislação específica sobre tal regime, mas como os convênios são pactos nos quais as partes manifestam suas vontades e expressam seus direitos e obrigações, nada impede se continue adotando a mesma sistemática, de resto já utilizada há muito tempo." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 352)

No caso ora em exame, tem-se convênio firmado pelo Estado com entidade privada sem fim lucrativo (FADEMA). Em situações semelhantes, a doutrina reconhece a existência de "pessoas privadas, *instituídas pelas fórmulas de direito privado*, às quais pode ser atribuído o encargo da prestação de serviços públicos no regime de *parceria* com a Administração Pública. Tais entidades também estão juridicamente vinculadas com o Estado, mas os instrumentos de formalização da parceria têm a natureza de verdadeiros convênios, o que as coloca como categoria diversa das pessoas de cooperação governamental, e isso porque, tendo estas a sua função definida na lei instituidora, prescindem de qualquer outro instrumento que formalize o regime de cooperação." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 536, itálico no original)

Sobre a multiplicidade de entidades que, sem fins lucrativos, podem formalizar parcerias com o Poder Público, tem-se desde aquelas que obtém título de utilidade pública federal, estadual ou municipal, o certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (criado pelo Decreto nº 1.117/62 e atualmente previsto no art. 18, IV, da Lei Orgânica da Assistência Social, nº 8.742/93), a qualificação como organização social, a qualificação como Fundação de Apoio a instituições federais de ensino superior e pesquisa científica e tecnológica (Lei nº 8.958/94) e a qualificação como organização da sociedade civil de interesse público. Em todos esses casos, as qualificações são o primeiro passo para recebimento de verbas públicas e para que sejam atendidos requisitos necessários aos vínculos contratuais ou conveniais com o Poder Público.

Sobre esse assunto, Damião Alves de Azevedo adverte:

> "É preciso compreender que as parcerias entre Estado e sociedade não significam apenas a terceirização de tarefas. As parcerias entre Estado e sociedade só poderão ser legítimas na medida em que, de fato, significarem a

> cooperação entre duas partes independentes e com perspectivas próprias. O paradigma social do direito identifica Estado e sociedade, tratando as organizações civis como se fossem extensões do Estado. No contexto do Estado Democrático de Direito, é preciso reconhecer que o 'interesse público' não é algo dado e tampouco é estático. (...)
> Num convênio o que se pretende não é a mera distribuição ou alocação de bens e serviços, mas sim a execução de políticas públicas democraticamente estabelecidas com a participação da sociedade. O que distingue os convênios dos demais contratos é que os primeiros não existem para adquirir serviços, mas para promover direitos fundamentais." (AZEVEDO, Damião Alves de. Público não estatal? A cooperação entre estado e sociedade civil em busca de legitimidade. *In* O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate. v. 2. *Coord.* PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 315)

A isso acrescem-se outras lições também segundo as quais, embora haja consenso no sentido de que "tanto para a legislação de regência como para a doutrina especializada, que a figura do convênio é considerada meio de cooperação ou colaboração para atingimento de interesse comum", não se pode permitir a exclusão do interesse público, nem mesmo a transferência da competência pública ao setor privado:

> "De outra parte, no convênio realizado com particulares, o Estado não deixa a atividade na iniciativa privada. Em convênios administrativos celebrados com o particular, este apenas pode auxiliar o poder público em atividades complementares necessárias a consecuções das políticas governamentais.
> (...)
> O convênio, de outra parte, tem peculiaridades próprias que permitem caracterizá-lo; entre elas, o fato de que o interesse direto e indireto deve sempre ser público, seja quando acorda com ente público ou privado, a necessidade de o ente privado não objetivar lucro e a apresentação de contrapartida financeira ou em bens economicamente mensuráveis pelo ente convenente." (NOGUEIRA, Erico Ferrari. Convênio

administrativo: espécie de contrato, RDA, Rio de Janeiro: FGV, v. 258, set.dez. 2011, p. 89; 109)

Atentando para essas perspectivas condicionantes da figura do convênio e buscando enquadrar aqueles firmados pela Administração Estadual nas normas do ordenamento em vigor, em especial as regras constitucionais que distribuem competência legislativa entre os entes federados, traz-se à lume as ponderações do Procurador do Estado Érico Andrade no Parecer nº 14.744, de 05.02.2007, ao tratar da matéria:

> **CONVÊNIO E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA**
> A Constituição da República proclama, no art. 22, XXVII, ser da União a competência privativa para legislar sobre *"normas gerais de licitação e contratação"*. E a norma geral a respeito de licitações e contratos no âmbito da Administração Pública é aquela veiculada na Lei 8.666/93, que, inclusive, tem dispositivo específico a respeito dos convênios (art. 116).
> Confira-se o entendimento do **Superior Tribunal de Justiça**:
> *"O **legislador constituinte, nessa seara, outorgou competência privativa à União Federal para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação** (CF/88, art. 22, XXVII). **Em atendimento ao preceito constitucional, foi editada a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos** pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública indireta (art. 1º e parágrafo único)"* (REsp 622.717-RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJU 05.10.06, p. 239).
> (...) a IN 01/97, da STN, foi expedida para deliberar sobre a atividade interna da Administração Federal, direta e indireta, no âmbito do ajustamento de convênios (art. 1º).
> Noutras palavras, regulamenta internamente, na intimidade da União, ou da Administração Federal, a atividade de firmar convênio. Logo, só se aplica à União Federal. E de outra forma não poderia ser, pois, repita-se mais uma vez, instrução normativa não é lei. Não é norma geral. Não é editada com base na competência legislativa privativa da União. É, isto sim, simples ato administrativo, de caráter normativo, dirigido, apenas, a regular a atividade interna no âmbito da Administração Federal.
> Logo, a IN 01/97 não se aplica ao Estado de Minas Gerais. Não regulamenta a atividade do Estado de Minas Gerais para ajustamento de convênios. O Estado, como ente federado

> autônomo (art. 18, CR), tem liberdade para auto-regulamentar a sua atividade interna de ajustamento de convênios.
> Deve, sim, obedecer à única norma geral (leia-se, LEI) que regulamenta o assunto: o art. 116 da LEI 8.666/93. Obedecida tal norma, bem como os princípios e regras de observância obrigatória da Constituição da República, o Estado tem autonomia para regulamentar internamente a sua atividade de ajustar convênios com outros entes públicos ou privados. Não está sujeito à IN 01/97.
> Tanto isso é certo que editou a sua norma interna para reger a atividade de firmar convênios: o Decreto Estadual 43.635/03. (...) o Estado, ao regulamentar a sua atividade interna de assinar convênios, pode fazê-lo de forma diversa da União e permitir a assinatura de convênio com os entes de direito público nas condições previstas no art. 4º, § 2º, da sugestão de alteração do Decreto Estadual 43.635/03.
> Trata-se, aqui, de normatização expedida dentro da autonomia estatal de regular sua forma de atuar, no âmbito do ajustamento dos convênios. **Alexandre de Moraes** explicita que os Estados-membros têm ampla autonomia, que se caracteriza *"pela denominada tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, auto-governo e auto-administração"*, e completa:
> *"Os Estados-membros se auto-organizam por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, caput), sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos"* (Direito Constitucional, Atlas, 7ª ed., 2000, p. 257).
> E, mais adiante, completa **Alexandre de Moraes** que *"os Estados-membros se auto-administram no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente"* (ob. cit., p. 260)."

Com efeito, a competência para o Estado normatizar a figura jurídica do convênio, respeitados os aspectos basilares veiculados em normas gerais da Lei Federal nº 8.666/93, decorre da própria autonomia política e independência administrativa outorgada pela Constituição da República aos Estados-Membros nos seus artigos 1º e 25. Afinal, "A Constituição Federal ao prever uma competência, regra de formação da Constituição do Estado-membro, termina por assegurar às coletividades, que serão constituídas a partir da sua ordem jurídica, uma autonomia, que tem como consectário a possibilidade de auto-organização. A autonomia dos Estados-membros, assim, constitui um dos fundamentos

essenciais na configuração do Estado Federal." (IVO, Gabriel. Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 133)

Cumpre reconhecer a falta de regramento em vigor, que seja preciso e exaustivo quanto aos convênios em diplomas federais de âmbito nacional, diversamente da normatização dos contratos administrativos levada a efeito pela Lei Federal nº 8.666/93, cujas normas gerais incidem em todos os níveis da federação. Identificada a omissão das leis vigentes quanto ao convênio, surge claro o espaço para normatização administrativa que, em cada nível da federação, vem regulamentando aspectos essenciais ao atendimento das finalidades do convênio. Também desse contexto extrai-se a relevância do artigo 116 do Estatuto das Licitações e Contratações Administrativas ao determinar que os dispositivos da Lei nº 8.666 aplicam-se, "no que couber", aos convênios e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades administrativas. É indispensável frisar que o referido preceito apenas determina a incidência da Lei nº 8.666 "no que couber", sendo manifesta a amplitude de searas em que não ocorrerá sujeição à regra do Estatuto Federal, com espaço regulatório à normatização pelos Estados Membros.

Nesse espaço regulamentar do regime do convênio, o Estado de Minas Gerais editou Decretos, destacando-se, pela relevância no presente caso, o Decreto Estadual nº 46.319, de 26.09.2013, que normatizou "transferência de recursos financeiros da Administração Pública do Poder Executivo Estadual mediante convênio de saída", assim definido:

> "Art. 2º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
> I – convênio de saída: acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento de interesse recíproco, em que o concedente integra a Administração Pública do Poder Executivo Estadual, por meio do qual são conjugados esforços, visando a disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes para a realização de programa, projeto, atividade, inclusive reforma ou obra, serviço, evento ou aquisição de bens, mediante a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas no orçamento estadual;"

O diploma em exame foi editado com base no exercício do poder regulamentar do Governador do Estado. Especificamente em Minas Gerais, tem-se que o artigo 10, II da Carta Mineira consagra a autonomia e independência para

regulamentar e organizar, conforme sua conveniência, os serviços e os seus quadros. Ademais, o artigo 84, IV e VI da CR/88 e artigo 90, VII e XIV da CEMG/89 conferem ao Presidente da República e ao Governador do Estado, respectivamente, o poder de regulamentar as ações da Administração Pública, sancionando, promulgando e fazendo publicar leis, bem como expedindo decretos e regulamentos para fiel execução das normas legais, dispondo sobre a organização e funcionamento da Administração.

Denota-se do expediente que está em discussão ter sido firmado convênio entre o Estado de Minas Gerais, por meio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário, e a Fundação de Apoio ao Desenvolvimento e Ensino de Machado (FADEMA) com o objetivo de capacitar técnicos da EMATER, agricultores e familiares, desenvolvendo ações junto ao Centro de Excelência do Café (CEC) no IFSULDEMINAS (Instituto Federal do Sul de Minas) Campus do Machado e "integrando competências institucionais para induzir o processo de desenvolvimento competitivo sustentado na produção de café em Minas Gerais, fortalecendo assim a agricultura familiar". No caso em exame, tem-se um ente federativo e uma pessoa privada sem fins lucrativos conveniados com objetivo institucional comum de integração dos aspectos social, ambiental e cultural capaz de tornar os participantes "protagonistas do desenvolvimento da comunidade (...) através de uma rede de organização dos movimentos que o compõe". O Plano de Trabalho, que integra o convênio e assim dispõe, enumera a necessidade de articulação junto a EMATER, inclusão social, amplo trabalho de parcerias com a comunidade, integração com o trabalhador do campo e da cidade, desenvolvimento sustentável e consolidação de um espaço de escutas e demandas e necessidades referentes à cafeicultura. Daí terem sido especificados cursos, atividades comunitárias, qualificação profissional e assistência de agricultura familiar no período de vigência do convênio. Para cumprir tais objetivos, tanto o Estado quanto a entidade conveniada comprometeram-se a colaborar mutuamente, conforme fixado no instrumento, de modo a alcançar o resultado pretendido. O convênio de saída nº 16410000869/2015/SEDA viabilizou, assim, a convergência de esforços e instrumentalizou o fomento para a execução dos comportamentos necessários à capacitação pretendida. Não se trata, à obviedade, de convênio de cooperação técnica desprovido de transferência voluntária de recursos, mas de "convênio de saída", sujeito às regras do ordenamento vigente.

Exclua-se, no presente momento, a sujeição do convênio em análise aos ditames da Lei Federal nº 13.019/2014, que "estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse

público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil". Esse novo diploma alterou o regime dos convênios para restringir sua celebração às hipóteses de instrumentos " I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º" (artigo 84, parágrafo único da Lei Federal nº 13.019/14, com a redação que lhe atribuiu a Lei Federal nº 13.204/2015). A inaplicabilidade desse novo modelo resulta do fato de a Lei nº 13.204, de 14.12.2015, ter adiado o início da vigência da Lei Federal nº 13.019/14, fixando nova redação ao seu artigo 88:

> "Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos quinhentos e quarenta dias de sua publicação oficial, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo.
> § 1º Para os Municípios, esta Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017.
> § 2º Por ato administrativo local, o disposto nesta Lei poderá ser implantado nos Municípios a partir da data decorrente do disposto no caput."

Não estando ainda em vigor a Lei Federal nº 13.019/14 e ausentes normas gerais prévias assentadas em diplomas federais de âmbito nacional sobre a figura do convênio, é mister atentar para o que prescreve o Decreto Estadual nº 46.319, de 26.09.2013, que fixou regras para convênio de saída que enseja transferência de recursos financeiros da Administração Pública mineira. Dentre as normas que resultam do texto regulamentar, destaca-se a proibição do artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319/2013:

> "Art. 35. Ficam vedadas na execução do convênio de saída:
> (...)
> III - a realização de pagamento: (...)
> b) a servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da Administração Pública direta ou indireta dos entes federados;"

Decorre do citado dispositivo que, celebrado o convênio regularmente, com transferência de recursos do Estado para a pessoa conveniada, há requisitos a serem observados pela entidade quando da execução do objeto,

destacando-se obrigação negativa de uso dos recursos na execução do convênio. Com efeito, a alínea "b" do inciso III do artigo 35 proíbe que, com os recursos transferidos pelo Estado a entidade condicionada, seja feito pagamento a qualquer servidor ou empregado público, de qualquer órgão ou entidade, em quaisquer dos níveis da federação. Ou seja, no que tange aos convênios de saída firmados pelo Estado, não se permite o uso de dinheiro público para pagar servidor federal, estadual ou municipal, seja da Administração direta ou mesmo vinculados a entidade da Administração Indireta. Determinação proibitiva nesse sentido nada mais faz do que reiterar o inciso X do artigo 167 da Constituição da República que vedou "a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios."

Em se tratando de pagamento realizado às custas do erário estatual, não é lícito ignorar os requisitos específicos dispostos no ordenamento o qual estabelece o seu regime jurídico. Afinal, desde que discutida a ideia de Estado de Direito, afirma-se a necessidade de o administrador observar o conjunto de normas aprovadas pelo Parlamento e editadas no exercício do poder regulamentar e regulatório. Com efeito, clássica é a substituição da vontade do administrador em um caso isolado pela vontade materializada na lei e nas normas administrativas regulatórias das relações públicas e privadas. Nesse contexto, o Estado, enquanto administrador, passa a se submeter ao próprio direito que criou, sendo permitido a qualquer autoridade administrativa agir somente "secundum legem", nunca "contra legem" ou "praeter legem". Trata-se de um espaço de proteção dos próprios cidadãos e daqueles que se relacionam com o Estado. Assim, condutas administrativas como pagamento de verbas remuneratórias do trabalho desenvolvido por servidores de qualquer esfera devem se orientar sob o pálio de normas de condutas obrigatórias não só da esfera do quadro pessoal a que ele se vincula, mas também do nível federativo de que provém os recursos. Essas normas impõem-se a todos – indivíduos, pessoas jurídicas, inclusive o Estado -, vedado a qualquer autoridade tomar decisões que se afastem da obediência total ao sistema jurídico. Trata-se de uma garantia fundamental estabelecida tanto em favor do administrador quanto do administrado. Afinal, em razão deste princípio a conduta estatal advém não da vontade de um administrador que atua de modo casuístico, mas se embasa em normas emanadas fundadas na vontade veiculada por meio de órgãos representativos dotados de legitimidade jurídica.

Nesse contexto, atender a vedação do artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319 significa obediência ao princípio da legalidade insculpido no

artigo 37, "caput" da CF/88 e à autonomia política dos entes federativos. O Poder Público deve submeter-se e conformar-se aos requisitos impostos pelo ordenamento em vigor, evitando condutas divorciadas dos requisitos legais. Não cabe a qualquer agente público ignorar proibições estipuladas em Decretos legitimamente editados pelo Chefe do Executivo.

Não se pode olvidar que o interesse público disciplinado pelos dispositivos normativos que regulamentam a matéria objetivam resguardar o erário e a eficiência administrativa, moralizando a continuidade o pagamento de remuneração pertinente a cargos públicos, erradiando um interesse coletivo que compulsoriamente deverá prevalecer sobre o particular. A concepção de Estado Democrático de Direito preserva como pressuposto indispensável a primazia da juridicidade como reguladora de toda a atividade do Estado, estando a Administração sujeita a um sistema hierárquico de normas, em cujo ápice encontra-se a Constituição Federal. Nesse sentido, ensina José Afonso da Silva:

> "O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. (...) A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que
> os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiarse na realização de seus interesses." (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 107).
>
> No mesmo sentido, confira-se o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 48).

Aplicando-se tais conceitos à hipótese em exame, infere-se que se assentou nas normas administrativas regularmente editadas a impossibilidade de, em razão de convênio firmado com o Estado de Minas Gerais, pagar adicionais

remuneratórios de qualquer espécie a servidores públicos de qualquer esfera federativa. Não se admite qualquer interpretação extensiva neste caso, pois não pode o intérprete ignorar os termos da norma interpretanda, substituindo o legislador para formular ele próprio as regras do direito, uma vez que sua tarefa é precisamente pesquisar o verdadeiro sentido da lei, esforçando-se por identificar o alcance efetivo da vontade estatal, de modo a que a norma possa realizar as funções para as quais foi criada.

O administrativista Adilson Abreu Dallari adverte que

> "se o intérprete se descuidar e conferir ao servidor mais do que a Constituição lhe deu, acabará por desencadear um processo incontrolável de reivindicações (...). Em síntese, dar o máximo a quem a Lei conferiu o mínimo e ultrapassa as fronteiras da interpretação e constitui típica e indevida atividade legislativa" (DALLARI, Adilson Abreu. Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais,1992, p. 90).

Observe-se que as normas estaduais foram editadas com base na competência para organizar seu pessoal decorrente da autonomia política e administrativa consagrada, de modo expresso, nos artigos 1º, 18 e 25 da CR. A jurisprudência é uníssona ao reconhecer a competência legislativa e normativa do Estado para regulamentar a matéria:

> "O Estado é, na essência, uma entidade autônoma, princípio resultante do regime federalista da República, implantado pela Carta Maior. Decorre daí o seu poder discricionário de organizar os seus serviços e de compor o quadro do seu pessoal, manejar os recursos públicos, respeitando os princípios constitucionais da legalidade e moralidade" (Mandado de Segurança nº 68.271-6, rel. Des. José Brandão Resende, TJMG, DJMG de 24.10.96).

Sendo assim, não pode a Administração, ao executar um convênio, deixar de observar regra proibitiva do ordenamento, sendo vedado a qualquer autoridade mineira ou entidade conveniada do Estado realizar repasse que culmine em transferência parcial de recursos públicos diretamente a servidor de qualquer esfera federativa. Para compreender o acerto de tal conclusão e diante das dúvidas terminológicas apresentadas no expediente cujas cópias foram

encaminhadas, far-se-á uma análise, em separado, dos conceitos essenciais à compreensão do artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319, de 26.09.2013.

3. O artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319/2013 e os conceitos jurídicos necessários à observância da norma proibitiva

O artigo 35, III, 'b' do Decreto Estadual nº 46.319/2013proíbe que, ao executar um convênio de saída, seja feito pagamento "a servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da Administração Pública direta ou indireta dos entes federados". O que a norma regulamentar não admite é que, com dinheiro transferido via convênio a uma pessoa para fomento de determinada atividade, seja o recurso utilizado, ao final, para pagar quem já integra o quadro de pessoal da Administração Pública. O objetivo é claro: evitar que se use o fomento via convênio como mecanismo de aumentar, por vias transversas, remuneração de servidores públicos que, em boa parte das situações, para cumprir as tarefas conveniais, terminarão por não realizar as funções específicas do cargo ou emprego público que detém.

Como pontuou, com habitual lucidez, a Procuradora do Estado Flávia Caldeira Brant Ribeiro de Figueiredo na Nota Jurídica nº 4.451, de 11.01.2016 exarada por esta Consultoria Jurídica, os recursos repassados pelo Estado à entidade convenente não devem ser repassados para estruturá-la, com o propósito de dotá-la de condições para execução do ajuste, sendo necessária efetiva união de esforços, dentro do espírito de "coordenação". Esclareceu, ainda, que:

> "De fato, considerando que os recursos repassados pelo Estado permanecem com o caráter de verba pública, tal vedação se justifica, sob pena de se admitir a acumulação de percepção de recursos públicos com afronta à Constituição (art. 37, inciso XVI), isto sem falar no indesejável 'jogo de orçamentos' entre órgãos e entidades públicas. E, em última análise, tal vedação evita que convênios sejam utilizados como estratégia de 'aumento disfarçado' de remuneração de servidores.
> Com efeito, ainda que, no presente caso, o vínculo firmado perante o COSEMS/MG – entidade de direito privado sem fins lucrativos -, o pagamento será realizado com recursos repassados pelo Estado e, neste contexto, tem-se que o servidor ou empregado público receberia, por via transversa,

> algo que não poderia receber diretamente do Estado." (Nota Jurídica nº 4.451, de 11.01.2016, consultoria jurídica da AGEMG)

O objetivo de abranger nessa vedação o quadro de pessoal da Administração direta e indireta, da União, dos Estados, dos Municípios e do DF também é expresso, visto que o dispositivo menciona qualquer servidor "integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da Administração Pública direta ou indireta dos entes federados".

Quanto ao uso da nomenclatura adequada no Direito Público contemporâneo, com base na lição de José Arthur Diniz Borges (BORGES, José Arthur Diniz. Manual de Direito Administrativo Sistematizado e sua interdependência com o direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004), esclarece-se:

> *Ente*: tem capacidade política-administrativa; tem personalidade jurídica (União, Estados Municípios, DF)
> *Entidade*: somente tem capacidade administrativa; tem personalidade jurídica (autarquias, funções públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista)
> *Órgão*: não tem personalidade jurídica; exercem funções públicas. Seriam "as repartições públicas" "espalhadas" territorialmente ou por especialização. Não tem capacidade política.

Para que se compreenda quais "**entes**" que, na estrutura federativa brasileira, possuem personalidade jurídica de direito público com capacidade legislativa, reitera-se que o Brasil é um Estado Federado. No Estado Federado a Constituição, ao repartir os poderes entre os entes que lhe integram, estabelece clara descentralização da competência legislativa. Como observa Fernanda Dias Menezes de Almeida, "No modelo federal de Estado verifica-se, numa palavra, a descentralização política, que corresponde ao mais alto grau de descentralização." (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26).

De fato, a Constituição brasileira de 1988 assegura aos Municípios, ao Distrito Federal, aos Estados-membros e à União poder de legislar sobre determinadas matérias. Ou seja, de um centro, retirou-se competência legislativa para deferi-la a todos os entes integrantes da federação, malgrado haja certo

predomínio da competência legislativa federal. A despeito de ainda existir tal tendência de primazia da União, tem-se clara a descentralização política levada a efeito pela Constituição da República em favor dos Municípios, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e da União Federal, todos pessoas jurídicas de direito público interno, todos **entes** federados. Assim, pode se afirmar que, no Brasil, é a própria Constituição que outorga a outras pessoas, que não o Estado Central, o poder de legislar. Assim, cada pessoa jurídica de direito público interno tem atribuído a si poder político, entendido o último como competência para editar leis nas matérias que a Constituição prevê. Entre nós, portanto, os entes federativos são as pessoas jurídicas de direito público interno políticas: União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Todos estes **entes** são pessoas com existência jurídica própria, competência para legislar sobre matérias específicas, em razão de expressa determinação constitucional. Os poderes são exercitáveis autonomamente nos respectivos territórios, inclusive aqueles de natureza administrativa. Resulta claro da Constituição de 1988 que os poderes reservados aos Municípios e aos Estados não necessitam da prévia manifestação de vontade autorizativa da União, nem mesmo pode a União Federal, por ato próprio e isolado, lhes suprimir tais competências. Afinal, o fundamento das competências municipais, distritais e estaduais resulta do próprio texto constitucional em favor de cada **ente** federativo.

A cada um desses entes federados foram atribuídas funções diversas que podem ser exercidas dentro da sua própria estrutura administrativa interna, constituída por **órgãos** públicos. Clássica é a lição no sentido de que na centralização administrativa "o Estado atua *diretamente* por meio dos seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que por isto dele não se distinguem. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexos de competência, ou seja, em 'desconcentrações' administrativas." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137) Observe-se que esta distribuição interna de competências administrativas não implica a sua transferência a outra pessoa jurídica, mas se dá dentro da mesma pessoa jurídica de direito público interno política (União, Estado-membro, Município ou DF), entre órgãos que lhe integram. Estes órgãos são partes da pessoa federativa e são escalonados sucessivamente em uma pirâmide cujo ápice é o Chefe do Executivo. No âmbito do estadual, a SEDA, p. ex., é um órgão integrante do Estado de Minas Gerais. Trata-se de um feixe interno de competências que faz parte da pessoa jurídica de direito público interno, de natureza política, Estado de Minas Gerais. A pessoa política (Estado) foi desconcentrada e um dos seus órgãos (uma das suas partes) é exatamente a Secretaria de Desenvolvimento Agrário. Como ensina Maria

Sylvia Zanella di Pietro define a desconcentração como "uma distribuição interna de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho." (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 361) Nesse sistema, "*órgão público* é uma unidade de atuação despersonalizada, integrada em uma pessoa jurídica, apta a expressar juridicamente sua vontade por intermédio da atuação de agentes públicos, sendo centro de imputação parcial de competências atribuídas pelo ordenamento jurídico." (MOTTA, Fabrício. Órgãos Públicos. *In* Administração Pública e servidores públicos. v. II. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di e MOTTA, Fabrício (*Coord.*) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104)

Especificamente quanto ao conceito de Administração direta, certo é que essa noção partiu do ordenamento federal, inclusive anterior à Constituição da República de 1988. Nos termos do artigo 4°, I, do Decreto-Lei n° 200/67, a Administração Direta "se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e na dos Ministérios". Assim sendo, é parte da Administração Direta federal, v.g., a Presidência da República, o Ministério da Fazenda, o Ministério dos Transportes, a Casa Civil, o Ministério das Relações Exteriores, dentre outros, bem como os órgãos que a estes encontram-se vinculados, integrando a própria União Federal. Resulta claro que o Decreto-Lei n° 200/67 conceituou a Administração Direta a partir de um enfoque subjetivo, vale dizer, mediante identificação dos sujeitos que exercem a função administrativa no âmbito federal. Sob este prisma, definiu-se a Administração Pública a partir de um conjunto de órgãos que integram a estrutura da União, a partir da Presidência da República e dos seus Ministérios. Estados e Municípios vêm repetindo tal paradigma conceitual, adaptando-o às especificidades regionais e locais, com manutenção da idéia de que Administração Direta é o conjunto de órgãos que integra o ente federativo o qual exerce, assim, de modo centralizado, as competências administrativas que lhe foram outorgadas. A Constituição da República emprega a expressão Administração Direta no sentido tradicional utilizado, no Brasil, desde o Decreto-Lei n° 200. Uma simples leitura do texto constitucional evidencia que a Constituição pressupõe como Administração Direta aquela realizada centralizadamente em cada ente federativo, por meio dos órgãos que lhe integram. Tem razão Marçal Justen Filho

ao advertir para o fato de que a sede jurídica da expressão Administração Direta, atualmente, é a própria Constituição, o que limita as possibilidades legislativas de definição dos seus contornos nos âmbitos federal, estaduais, municipais e distrital:

> "Mais ainda, os poderes atribuídos constitucionalmente à Administração direta não comportam **ampliação** por qualquer via infraconstitucional. Como se não bastasse, é impossível produzir, em nível infraconstitucional, a instauração de outras relações jurídicas entre Estado e Administração direta além daquelas previstas constitucionalmente. Para ser mais preciso, a Administração direta é uma manifestação estatal produzida em nível constitucional. O Estado e Administração direta são manifestações indiferenciáveis de um mesmo fenômeno jurídico. A Administração direta é um dos meios pelos quais o Estado se torna presente na vida social.
> É possível e necessário que alguma lei infraconstitucional disponha sobre a Administração direta, indicando sua composição, seus órgãos e outros temas. Mas, na essência, o núcleo da Administração direta está determinado e delimitado constitucionalmente." (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 101)

Por conseguinte, o núcleo fundamental da Administração Direta refere-se ao fato de a própria Constituição da República implicitamente considerá-la como o conjunto de órgãos públicos que compõe a estrutura dos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sujeitando-se ao regime jurídico administrativo. Daí se entender **atingidos pelo artigo 35, III, 'b' do Decreto Estadual nº 46.319/2013 os servidores públicos dos órgãos da Administração direta da União, dos Estados-Membros, dos Municípios e do DF, o que impede que recebam pagamentos com recursos oriundos de convênios de saída firmados pelo Estado de Minas Gerais** como instrumento de fomento público.

Mas não é só. O artigo 35, III, 'b' do Decreto Estadual nº 46.319/2013 também proíbe que, na execução um convênio de saída, seja feito pagamento a servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de entidade pública da Administração Pública **indireta** dos entes federados.

Para se compreender a noção de Administração Indireta, é mister compreender que, em algumas situações, o ente federativo, no lugar de exercer por seus órgão algumas competências, cria ou autoriza a criação de uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, atribuindo a ela a titularidade e a execução de uma determinada atividade administrativa. Em outras palavras, a União, o Estado, o Município ou o Distrito Federal outorga a titularidade e a execução de uma competência administrativa a uma pessoa pública ou privada que institui ou cuja criação autoriza. A outorga realizada pelas pessoas federativas é feita por lei que transfere à pessoa pública ou privada descentralizada a competência específica de exercer uma dada atividade administrativa. Enquadram-se nesse caso as autarquias, as fundações governamentais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista criadas no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal. Todas se afiguram como entidades administrativas, criadas ou com instituição autorizada por lei de uma das pessoas federativas, com competência específica para atuar em determinada seara de modo independente, sujeitando-se ao controle de tutela.

A **Administração Indireta** é integrada exatamente por autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Este conceito, mormente após o Decreto-Lei n° 2.299/86 atribuir nova redação ao Decreto-Lei n° 200/67, restou pacificado. Foi incorporado no jargão constitucional e vem sendo reproduzido pelas demais pessoas federativas quando do exercício da sua autonomia política para se auto-organizarem. Também Marçal Justen Filho adverte para o fato de que "a configuração das Administrações indiretas de direito privado dos outros entes federais far-se-á pela legislação federal. Tal deriva de ser a União titular privativa da competência para legislar sobre direito civil e direito comercial (art. 22, I). Logo, as figuras dotadas de personalidade jurídica de direito privado terão de se enquadrar na legislação de competência federal." (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118) Destarte, a criação de entidades privadas da Administração Indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios encontra-se condicionada pelos modelos comerciais e civis consagrados na legislação federal. Quanto à autonomia genérica para auto-organização administrativa, inclusive quando da instituição das entidades públicas da Administração Indireta, os entes federativos não podem ignorar o paradigma consagrado na Constituição, ou seja, é inadmissível que desconheçam, p. ex., que a CR, ao se referir à autarquia, pressupôs tratar-se de uma pessoa jurídica de direito público. Assim sendo, ao instituir uma autarquia, os entes federativos estão vinculados a esta premissa constitucional. A legislação federal, estadual, distrital ou municipal está obrigada a observar o significado utilizado pela Constituição da

República ao empregar a expressão Administração Indireta, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Compreendida a eficácia dos limites constitucionais incidentes sobre a criação de entidades administrativas, pode-se afirmar que a noção atual de Administração Indireta abrange autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações públicas.

Sendo assim, a vedação do **artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319/2013** no sentido de que não pode ser feito pagamento, na execução do convênio de saída, a qualquer servidor ou empregado público de entidade da Administração indireta dos entes federados significa **proibir usar recursos conveniais para pagar servidor público de autarquia** federal, estadual, municipal ou distrital, **empregado público de empresa pública ou de sociedade de economia mista** federal, estadual, municipal ou distrital, bem como **servidor ou empregado público de fundação pública** federal, estadual, municipal ou distrital. Estão sujeitas às proibições o Estado de Minas Gerais, bem como as entidades conveniadas que receberem transferência de recursos do erário.

Aplicando-se essa premissa a este caso, cabe reiterar que o Estado de Minas Gerais, ente federativo firmou convênio de saída com a FADEMA (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento de Machado), entidade privada sem fins lucrativos que, no Plano de Trabalho, já especificara a necessidade de Coordenação Geral, Coordenação Adjunta, Apoio Técnico, Orientação Pedagógica por curso, atendente, auxiliar de limpeza, auxiliar administrativo, bolsas para alunos de ensino superior e bolsas para alunos de ensino médio, ao que foram acrescidas despesas de capacitação. Embora a FADEMA, para comprovar experiências anteriores, tenha apresentado contratos firmados em 2014 com o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais (IFSULDEMINAS)– Campus Machado em que assumira projetos de extensão, gerenciamento e organização de semanas de ciências, **não estava indicado no Plano de Trabalho que atividades como Coordenação Geral e Adjunta seriam realizadas por professores ou servidores do IFSULDEMINAS**. No entanto, em 23.09.2015, quando já havia sido celebrado o convênio de saída com a FADEMA, o Diretor de Convênios da SEDA (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário), informa ao Assessor Jurídico Chefe da Secretaria que "não existe (sic.) outros profissionais capacitados para a realização do evento". Daí a indagação "se é possível remunerar professor do Instituto Federal do Sul de Minas se utilizando de recursos de convênios".

A indagação encontra resposta negativa na literalidade do **artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319/2013** que **proíbe o uso de recursos de**

convênio de saída firmado entre o Estado e entidade privada sem fins lucrativos para pagamento de servidor de autarquia federal. Destaque-se que o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais (IFSULDEMINAS) é autarquia federal, com independência administrativa, nos termos em que definiu a Lei Federal nº 11.892, de 29.12.2008:

> Art. 1º Fica instituída, no âmbito do sistema federal de ensino, a Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, vinculada ao Ministério da Educação e constituída pelas seguintes instituições:
> I - **Institutos Federais** de Educação, Ciência e Tecnologia - Institutos Federais;
> (...) Parágrafo único. As instituições mencionadas nos incisos I, II, III e V do caput possuem **natureza jurídica de autarquia**, detentoras de autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar. (Redação dada pela Lei nº 12.677, de 2012)
> Art. 2º Os Institutos Federais são instituições de educação superior, básica e profissional, pluricurriculares e multicampi, especializados na oferta de educação profissional e tecnológica nas diferentes modalidades de ensino, com base na conjugação de conhecimentos técnicos e tecnológicos com as suas práticas pedagógicas, nos termos desta Lei.
> § 1º Para efeito da incidência das disposições que regem a regulação, avaliação e supervisão das instituições e dos cursos de educação superior, os Institutos Federais são equiparados às universidades federais.
> § 2º No âmbito de sua atuação, os Institutos Federais exercerão o papel de instituições acreditadoras e certificadoras de competências profissionais.
> § 3º Os Institutos Federais terão autonomia para criar e extinguir cursos, nos limites de sua área de atuação territorial, bem como para registrar diplomas dos cursos por eles oferecidos, mediante autorização do seu Conselho Superior, aplicando-se, no caso da oferta de cursos a distância, a legislação específica."

Resulta claro dos dispositivos citados que Instituto Federal como o IFSULDEMINAS teve a si atribuída **natureza autárquica**, donde se conclui que

integra a Administração Indireta da União, com instituição por lei específica, para o exercício de funções próprias e típicas administrativas, com independência de auto-administração e sujeição ao controle de tutela. Ao decidir ações em que uma das partes era autarquia como o IFSULDEMINAS, o STJ tem proclamado estar-se diante de entidade "dotada de personalidade jurídica própria e detém competência para gerir sua folha de pagamento" (REsp nº 431.337-RS, rel. Min. João Otávio Noronha, 2ª Turma do STJ, DJU de 25.05.2006, p. 208), sendo certo que autarquias como as universidades e Institutos Federais "têm legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas propostas por seus servidores por serem autarquias federais dotadas de personalidade jurídica própria e patrimônio próprio, distintos da União" (REsp nº 599.834-RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma do STJ, DJU de 04.12.2006, p. 358)

Sendo assim, é certo que **professores e servidores do IFSULDEMINAS** – campus Machado **são servidores públicos federais**, visto que integrantes do quadro de pessoal de autarquia integrante da Administração Indireta da União. Em se tratando de servidores públicos federais, **não poderão receber pagamentos que lhes transfiram recursos oriundos do convênio de saída firmado entre o Estado de Minas Gerais e a entidade privada sem fins lucrativos como a FADEMA**, em obediência estrita à vedação do artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319/2013. O objetivo é que convênios de saída firmados com entidade sem fins lucrativos não sejam instrumentos para que recursos estaduais terminem usados para pagar servidores federais, prática inadmitida no ordenamento.

4. O regime jurídico das entidades de apoio nos termos da Lei Federal nº 8.958/94 e a inviabilidade de exclusão do ordenamento estadual relativo aos convênios de saída.

Atentando para a menção feita à Lei Federal nº 8.958/94, que "dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio", cumpre entender as chamadas "entidades de apoio" como pessoas privadas integrantes do Terceiro Setor brasileiro.

O Terceiro Setor consiste no corpo complexo que abrange diversos setores de voluntariado, entidades privadas associativas ou fundacionais, bem como organizações não-governamentais existentes na sociedade, os quais, sem fins lucrativos, perseguem propósitos de interesse público, independentemente do

Estado, das empresas multinacionais e dos grandes grupos econômicos nacionais que em muitos ca-sos os subsidiam. José Eduardo Sabo Paes conceitua o Terceiro Setor como "o conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento (PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 56)

Sobre o incremento do Terceiro Setor com a ampliação da atuação das fundações de apoio, escreve Rafael Garofano:

> "Nos últimos anos, o denominado *terceiro setor* tem avançado sobremaneira, valendo destacar a figura das *fundações de apoio*, que são entes dotados de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem atividades de interesse público mediante a colaboração e o apoio a determinadas instituições. Essas fundações não integram a Administração, mas com ela mantém convênios, ajustes e contratos, sempre com o objetivo de cooperação com a entidade pública no desempenho mais eficiente das funções que lhe foram atribuídas por lei. Ainda na função *fomento*, são inúmeras as modalidades de contratos capazes de possibilitar a participação dos particulares no desempenho de atividades de interesse geral, a exemplo dos contratos de incentivo, contratos de inovação, dos consórcios de desenvolvimento de pesquisas ou *clusters* tecnológicos." (GAROFANO, Rafael. R. Os contratos de parceria na perspectiva da Administração consensual: para uma (necessária) reformulação na teoria dos contratos administrativos. Revista de direito administrativo contemporâneo.Ano 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 328, jul-ago 2013)

Sobre essa estrutura o autor adverte que não são organizações da sociedade civil, nem mesmo organização do Terceiro Setor, tendo em vista sua origem na própria Administração Pública:

> "São órgãos constituídos por universidades públicas. Não obstante sejam registradas em cartórios como fundações de

> direito privado, nos parece equivocada essa técnica, visto que não surgem da forma prescrita pelo Código Civil, isto é, não são criadas por testamento, nem por escritura pública. São criadas por afetação de patrimônio público, através de atos administrativos de administradores públicos e com o objetivo de fomentar e dar suporte a instituições de ensino públicas.
> A Lei nº 8.958/94 sequer prevê um procedimento de qualificação das fundações de apoio, bastando determinação de seus instituidores – que, lembre-se, são dirigentes das universidades públicas e, portanto, agentes públicos – para que sejam consideradas como tal." (GAROFANO, Rafael. R. Os contratos de parceria na perspectiva da Administração consensual: para uma (necessária) reformulação na teoria dos contratos administrativos. Revista de direito administrativo contemporâneo, op. cit., p. 298-299)

Embora tecnicamente não se vislumbre como afirmar que essas entidades de apoio são "órgãos públicos" regulares, é certo que tais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, são tradicionalmente instituídas por servidores públicos, "em nome próprio", sob a forma de fundação, associação ou cooperativa; o objetivo é viabilizar a prestação em caráter privado dos chamados "serviços sociais não exclusivos do Estado", sendo frequente sua vinculação com entidades da administração direta ou indireta, por meio de convênio, exatamente como se verifica entre a FADEMA (entidade de apoio) e IFSULDEMINAS (Instituto Federal de natureza autárquica) e, no presente caso, com o Estado de Minas Gerais via SEDA (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário). Entre as fundações de apoio (como a FADEMA) e instituições federais de ensino de natureza autárquica (como o IFSULDEMINAS), tem-se a incidência da Lei Federal nº 8.958, de 20.12.94, cujo artigo 1, em sua redação atualizada, permite celebração de convênios e contratos, por prazo determinado, desde que a fundação tenha sido instituída "com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos".

Normatizações sobre as entidades de apoio, como a vigente no âmbito federal a partir da Lei n 8.958/94, são positivas, por serem claros os perigos existentes em razão das relações jurídicas entre Universidades ou Institutos Federais e fundações privadas sem fins lucrativos. De fato, é frequente a superposição de funções dos servidores das autarquias que, simultaneamente,

exercem funções na entidade privada. Mesmo quando tal superposição não existe, é comum que se confunda a posição dos agentes nas diferentes pessoas (autarquia e entidade de apoio). Neste caso, p. ex., embora a indagação tenha sido encaminhada por servidor da IFSULDEMINAS (Chefe de Gabinete IF Sul de Minas Campus Machado), por email profissional da autarquia, o próprio Diretor de Convênios da SEDA refere-se a ele como servidor "da FADEMA", entidade de apoio conveniada do Estado.

No que tange a essa realidade, vale colacionar o magistério de Fabrício Motta:

> "Há longa data remonta a existência de fundações privadas ligadas por laços fortes às universidades públicas. Tratava-se de fundações instituídas por particulares, geralmente com algum vínculo com a universidade, criadas com o propósito específico de apoiar a realização de suas atividades, especialmente aquelas ligadas ao ensino e à pesquisa. Essas entidades, existentes em maior número na esfera federal e também em alguns Estados, surgiram e foram ganhando importância por materializarem uma possibilidade de diminuir as diversas dificuldades – restrições normativas – impostas pelo ordenamento às universidades públicas, geralmente constituídas como autarquias ou fundações estatais públicas. As relações entre algumas dessas entidades – *fundações de apoio e universidades* – foram se tornando intrincadas e, talvez, promíscuas em razão da imbricação de interesses e recursos públicos e privados." (MOTTA, Fabrício. Fundações. *In* Administração Pública e servidores públicos. v. II. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di e MOTTA, Fabrício. *Coord.* 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 200)

O competente administrativista goiano esclarece que as fundações de apoio não consubstanciam "fundações instituídas pelas próprias universidades, por meio da destinação de parte de seu patrimônio, mas sim de entidade constituída por particulares com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos (art. 1º da Lei 8.958/1994, alterada pela Lei 12.863/2013)", ao que acrescenta:

> "As fundações de apoio *não se caracterizam como fundações estatais*, por não serem instituídas ou mantidas pelo Estado. Em consequência, essas fundações não compõem a Administração Indireta.
> As fundações de apoio, como se disse, são privadas, e mantêm com as universidades vínculos contratuais diversos – contratos e convênios – que podem ser celebrados mediante dispensa de licitação. (...)
> O regime jurídico dessas fundações é o mesmo aplicável às fundações de direito privado. Contudo, a partir do momento em que recebem recursos públicos por intermédio de qualquer instrumento essas entidades passam a se submeter às derrogações impostas pelo direito público, sobretudo no tocante ao dever de prestar contas (art. 70, parágrafo único, e 71, II, da CF/1988) e de observar os princípios aplicáveis à Administração Pública." (p. 201-202)

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, a respeito da figura jurídica em análise, explica que a Lei Federal n 8.958/1994 "estabelece exigências de controle, de prévio credenciamento junto aos Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia, de licitação (nas hipóteses que especifica), de prestação de contas, além de requisitos para a utilização, pela fundação, de servidores públicos e de bens públicos, neste último caso mediante remuneração" e, ainda:

> "c) as fundações de apoio devem ser instituídas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil e por estatutos que prevejam a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, bem como a sujeição à fiscalização do Ministério Público, à legislação trabalhista e ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia, renovável bienalmente (art. 2º); (...)
> e) **as Ifes e ICTs podem autorizar a participação de seus servidores nas atividades realizadas pelas fundações**, referidas no art. 1º, **sem a criação de vínculo de emprego**, sendo **vedado** aos servidores públicos federais a referida **participação durante a jornada de trabalho** a que estão sujeitos, **excetuada a colaboração esporádica**, remunerada

> ou não, em **assuntos de sua especialidade**, de acordo com as normas aprovadas pelo órgão de direção superior competente; também é vedada essa contratação para atender a necessidades de caráter permanente das Ifes e ICTs (art. 4º);
> (...)
> g) é prevista a possibilidade de concessão de bolsas de ensino, pesquisa e extensão e de estímulo à inovação, pelas fundações de apoio aos alunos de graduação e pós-graduação, vinculadas a projetos institucionais das Ifes e ICTs (art. 4º-B);" (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Entidades ParaEstatais e Terceiro Setor. *In* Administração Pública e servidores públicos. v. II. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di e MOTTA, Fabrício. *Coord.* 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 285- 286)

De fato, o artigo 4º e seus parágrafos normatizaram a relação jurídica entre Instituições Federais e entidades de apoio no tocante à participação dos servidores dos Institutos nas atividades das fundações privadas:

> "§ 1º A participação de servidores das IFES e demais ICTs contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta Lei, autorizada nos termos deste artigo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, podendo as fundações contratadas, para sua execução, conceder bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão, de acordo com os parâmetros a serem fixados em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)
> § 2º É vedada aos servidores públicos federais a participação nas atividades referidas no caput durante a jornada de trabalho a que estão sujeitos, excetuada a colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade, de acordo com as normas referidas no caput.
> § 3º É vedada a utilização dos contratados referidos no caput para contratação de pessoal administrativo, de manutenção, docentes ou pesquisadores para prestar serviços ou atender a necessidades de caráter permanente das contratantes. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)
> § 4º Os servidores ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança nas IFES e demais ICTs poderão desenvolver atividades de ensino, pesquisa e extensão no âmbito dos

projetos apoiados pelas fundações de apoio com recebimento de bolsas. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)
§ 5º É permitida a participação não remunerada de servidores das IFES e demais ICTs nos órgãos de direção de Fundações de Apoio, não lhes sendo aplicável o disposto no inciso X do caput do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)
§ 6º Não se aplica o disposto no § 5º aos servidores das IFES e demais ICTs investidos em cargo em comissão ou função de confiança. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)
§ 7º Os servidores das IFES e demais ICTs somente poderão participar de atividades nas fundações de apoio quando não houver prejuízo ao cumprimento de sua jornada de trabalho na entidade de origem, ressalvada a hipótese de cessão especial prevista no inciso II do § 4º do art. 20 da Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012. (Incluído pela Lei nº 12.863, de 2013)
§ 8º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Cumpre ressaltar que o regramento no artigo 4º da Lei nº 8.958/1994 das situações em que excepcionalmente se admitirá que servidores de Instituições de Ensino autárquicas (como o IFSULDEMINAS) atuem junto a fundações de apoio (como a FADEMA) somente tem incidência no nível federal, enquanto norma organizatória administrativa interna da União. O objetivo é explicitar o regime jurídico de autarquias relevantes como Institutos Federais, em especial quanto ao seu quadro de pessoal, evitando prática comum, qual seja, a atividade desenvolvida por seus professores e servidores autárquicos na execução de atividades transferidas às "fundações de apoio" por contrato ou convênio, com recebimento de contraprestação pecuniária junto à entidade privada, além da remuneração do cargo público. À obviedade, essa normatização produz efeitos no âmbito federal ao estabelecer requisitos para que ocorra colaboração esporádica, em assuntos da especialidade do professor-servidor, com tratamento normativo específico para os pagamentos possíveis. Nenhuma consequência jurídica o artigo 4º da Lei Federal nº 8.958/94 produz automaticamente na esfera estadual, em especial no que tange à normatização, pelo Estado, do regime jurídico dos seus convênios de saída. Em outras palavras: o fato de a União entender possível que esporadicamente um professor de uma autarquia de ensino trabalhe para entidade de apoio não altera Decreto Estadual que, ao definir as condições para execução do convênio de saída, veda que recursos conveniais sejam usados para pagamento

de servidor ou empregado público de órgão ou entidade da Administração direta ou indireta de todos os níveis da federação.

Conclui-se, portanto, não haver contradição entre o artigo 35, III, "b" do Decreto Estadual nº 46.319/2013 e o artigo 4º da Lei Federal nº 8.958/1994. Isso porque a matéria regida pelos dois diplomas é diversa, assim como o fundamento da competência normativa em cada uma das searas exercida, afigurando-se constitucionais ambos os regramentos, exarados em conformidade com o ordenamento de regência.

Conclusão

Pelas razões expostas, opino pela inadmissibilidade de serem feitos pagamentos em favor de servidores ou professores do Instituto Federal do Sul de Minas - Campus do Machado (IFSULDEMINAS, autarquia federal) com recursos transferidos pelo Estado de Minas Gerais, por meio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário (SEDA), à Fundação de Apoio ao Desenvolvimento e Ensino de Machado (FADEMA), com base no convênio de saída nº 1641000869/2015.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 24 de fevereiro de 2016.

Raquel Melo Urbano de Carvalho
Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

Aprovo.
Em 29 de fevereiro de 2016.

Otávio Antonio de Souza Costa
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.503-6 - OAB/MG 98.040

Onofre Alves Batista Júnior
Advogado-Geral do Estado