

Procedência: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU

Interessado: Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU

Número: 3.086

Data: 27.01.2012

Assunto: Estado de Minas Gerais. SEDRU. Convênios Associações Microrregionais de Municípios. Repasse recursos financeiros. Questões surgidas na execução do convênio. Dúvidas da SEDRU. Análise teórica questionamentos.

NOTA JURÍDICA

A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU narra que firmou, em 2009, uma série de convênios com Associações Microrregionais de Municípios objetivando a melhoria das condições de atendimento, por parte das associações, aos municípios associados, como forma de fortalecer estes últimos. Os convênios envolviam transferência de recursos financeiros para as Associações a fim de se atender o plano de trabalho específico, ajustado com cada uma delas.

Todavia, no curso da execução de tais convênios, a SEDRU detectou situações de desconformidade com as cláusulas do convênio, com o

plano de trabalho e com a legislação estadual de regência, o que suscitou várias dúvidas, muitas delas permeadas de divergências jurisprudenciais, a respeito da melhor conduta a ser adotada pela Administração estadual.

Com isso, apresenta a SEDRU, para análise desta Consultoria Jurídica, os seguintes quesitos teóricos:

“1 – A vedação constante do inciso II do art. 15, do Decreto n. 43.635/2003, aplica-se às Associações Microrregionais de Municípios sendo estas entidades de natureza privada?

2 – Qual o entendimento da Advocacia-Geral do Estado sobre o pagamento de profissionais contratados com recursos de convênios? É possível o pagamento de verbas trabalhistas (salários e encargos)?

3 – Caso a convenente tenha contratado profissionais para o quadro permanente da Associação, qual a melhor forma de solução para a questão?

4 – Qual o entendimento da Advocacia-Geral do Estado sobre a necessidade de realização de processo licitatório pelas Associações Microrregionais de Municípios na execução de convênios com o Estado?

5 – Nos convênios vigentes, em caso de aplicação de recursos em desconformidade com o objeto pactuado, é possível a devolução dos recursos, devidamente atualizados e corrigidos, para a conta vinculada e reaplicação dentro do objeto do convênio?

6 – Nos casos em que as ilegalidades foram verificadas após a assinatura dos convênios e durante a execução é possível aplicação

do princípio da autotutela administrativa para corrigir os atos administrativos ilegais? Nestes casos é possível a adequação dos Planos de Trabalho mantendo-se o objeto pactuado?

7 – Por fim, tendo em vista a divergência dos tribunais pátrios, qual a natureza da despesa com software? Trata-se de despesa de capital ou de custeio?”.

Tais quesitos, adiante-se, serão aqui examinados em tese, ou seja, do ponto de vista teórico, sem qualquer referência a um caso concreto ou a um convênio especificamente considerado, mesmo porque seria impossível tal exame concreto, já que ter-se-ia de analisar cada convênio de per si, com as peculiaridades e aspectos particulares inerentes à sua execução.

Assim, esta nota jurídica será desenvolvida como orientação teórica, de ordem geral, para a SEDRU, sem, repita-se, qualquer exame de caso concreto.

No caso, parte-se, ainda, da premissa que as referidas associações microrregionais de municípios são todas entidades privadas, sem fins lucrativos, que conglobam os municípios de determinada microrregião, ou seja, parte-se da premissa de que nenhuma destas associações foi constituída sob a égide da Lei 11.107/05, que regulamenta os consórcios intermunicipais, permitindo que a personalidade seja de direito público (art. 1º, § 1º).

Passa-se aos comentários teóricos e gerais relativos a cada um dos quesitos acima individualizados:

“1 – A vedação constante do inciso II do art. 15, do Decreto n. 43.635/2003, aplica-se às Associações Microrregionais de Municípios sendo estas entidades de natureza privada?”

O art. 15, II, do Decreto Estadual 43.635/2003, com suas posteriores modificações, assim dispõe:

“Art. 15. É vedada a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade do agente, de cláusulas ou condições que prevejam ou permitam:

(...)

II - pagamento, a qualquer título, a servidor ou empregado público, integrante de quadro de pessoal de órgão ou entidade pública da administração direta ou indireta, por serviços de consultoria ou assistência técnica”.

Evidente, então, diante da redação do dispositivo em comento, qualquer entidade que firme convênio com o Estado, inclusive as associações sem fins lucrativos, com personalidade de direito privado, se submetem a tal vedação, de modo que elas não podem realizar, a qualquer título, pagamento a servidor ou empregado público integrante da Administração direta ou indireta de qualquer esfera da federação.

“2 – Qual o entendimento da Advocacia-Geral do Estado sobre o pagamento de profissionais contratados com recursos de convênios? É possível o pagamento de verbas trabalhistas (salários e encargos)?”

Não obstante inexistir qualquer vedação expressa no Decreto Estadual 43.635/2003 em relação a contratação de pessoal no âmbito dos convênios, tem-se que estruturalmente tal perspectiva não se mostra adequada aos objetivos de um convênio do tipo indicado na consulta, ou seja, não seria condizente com a instituição de cooperação entre o setor público ou entre o setor público e o privado, para realizações de ações específicas ou para realização de programas específicos, com prazo de duração pré-definido.

Com efeito, o art. 1º do Decreto Estadual 43.635/2003 é claro ao definir os objetivos a serem realizados por meio de convênio:

“Art. 1º A transferência de recursos por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, para órgãos e entidades de qualquer nível de governo ou para instituições privadas, objetivando a realização de programas de trabalho ou de outros eventos com duração certa, será efetivada mediante a celebração de convênio, nos termos deste Decreto, observada a legislação em vigor.

Parágrafo único. A transferência de recursos mediante convênio somente se efetivará para convenientes que disponham de condições para consecução do seu objeto e tenham atribuições regimentais ou estatutárias relacionadas com o objeto do convênio e que não estejam inscritos como inadimplentes junto aos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual”.

Nesses termos, soa estranho aos objetivos institucionais deste tipo de convênio que a verba repassada pelo Estado a uma associação civil sem fins

lucrativos sirva para o custeio de pessoal efetivo, contratado pela via celetista, já que esta despesa não seria permeada pela transitoriedade que marca o objeto do convênio, além de se mostrar estranha a execução de programa temporário. Trata-se de despesa fixa de custeio, necessária para o próprio funcionamento da associação, que, em princípio, não poderia ser realizada com fulcro nos recursos repassados no convênio.

Por isso é que se recomenda a interpretação do Decreto Estadual 43.635/2003 no sentido da inadequação de aplicação de recursos de convênio entre Estado e associações microrregionais de municípios, para pagamento de verbas trabalhistas ou realização de contratações celetistas no âmbito da entidade civil sem fins lucrativos.

Aliás, nesse sentido, destaque-se que o Decreto Estadual 43.635/2003 prevê, em seu Anexo XV, a possibilidade de se conceder, via convênio, subvenção social para entidades sem fins lucrativos justamente para cobrir suas despesas de custeio:

“Subvenção social - categoria de despesa pública, apropriada para a destinação de recursos através de transferências, para as entidades privadas sem fins lucrativos, que não remunerem os seus dirigentes e desenvolvam ações de proteção à saúde, à educação, combate à fome e à pobreza, integração dos seus beneficiários no mercado de trabalho, habilidade e habilitação das pessoas portadoras de deficiência, divulgação da cultura e do esporte e proteção do meio ambiente, objetivando cobrir despesas de custeio, regulamentada por leis específicas”.

Assim, admitir-se-ia a cobertura de despesas de pessoal (= despesas de custeio), no âmbito dos convênios, desde que estes instrumentalizassem a transferência de subvenções sociais.

No caso, ao que tudo indica, nos convênios entre Estado e associações microrregionais de municípios não se cuida de concessão de subvenção social, já que os convênios não se enquadrariam, em princípio, nos objetivos voltados para área social e, ademais, a concessão de subvenção exige previsão legal específica, como se extrai do art. 26 da LRF.

De mais a mais, não se tratando de subvenção social, tem-se que a admissão da aplicação das verbas do convênio em custeio da entidade acabaria por subverter a proibição do art. 15, I, do Decreto Estadual 43.635/2003, ou seja, acabaria por traduzir uma espécie de despesa para administração do convênio ou, ainda, poderia ganhar a conotação de cobrança por via indireta de taxa de administração.

Nesses termos é que se aponta a inadequação, no âmbito de tais convênios, de qualquer permissão ou autorização para realização de despesas de custeio de tais entidades, como é o caso das contratações celetistas e pagamento de salários e outros encargos trabalhistas. Ao contrário: se recomenda que em tais convênios conste cláusula de proibição expressa de gastos com pessoal permanente ou despesas de custeio.

Por conseguinte, de melhor alvitre que, acaso necessária a contratação de pessoal especializado, que se contratem consultorias especializadas para atuar nesta ou naquela área técnica para dar apoio

institucional a tais entidades, nos termos previstos no plano de trabalho, e melhorar sua atuação em prol dos municípios, sem que haja integração nos quadros permanentes da associação.

No que diz respeito a contratação de assessorias especializadas, mediante contrato de prestação de serviços específicos, não há qualquer vedação no Decreto Estadual 43.635, ressalvado, claro, que tais consultorias não podem ter como consultores servidores ou empregados públicos conforme defesa no art. 15, II, do Decreto Estadual 43.635/2003.

“3 – Caso a conveniente tenha contratado profissionais para o quadro permanente da Associação, qual a melhor forma de solução para a questão?”

Acaso tenha havido, com os recursos do convênio, contratação, pela Associação, de profissionais para o quadro permanente, tem-se que deve ser glosado o uso do recurso do convênio para tal pagamento, ou seja, se a Associação quer ampliar ou contratar pessoas para seu quadro permanente, essa perspectiva deve ser custeada unicamente com os recursos próprios da Associação.

Nesses termos, nos convênios indicados, entre Estado e Associações de Municípios, com previsão de repasse de recursos financeiros pelo Estado, para realização de objetivos específicos ou programas indicados no convênio, não se admite a aplicação destes recursos, pelas Associações, para despesas de custeio (como é o caso de despesa de pessoal permanente), até porque os recursos repassados certamente não têm natureza de subvenção social,

devendo ser utilizados especificamente para cumprimento do programa ou do objetivo temporário fixado no convênio.

Se porventura ocorreu utilização dos recursos repassados no convênio, para pagamento de pessoal permanente da Associação, devem ser glosados tais valores e determinado à Associação a devolução dos recursos, ou, se ainda em vigor o convênio, deve ser determinado à Associação a correta aplicação do recurso no programa específico previsto no convênio, sem destinação da verba para despesas de custeio. Esta última situação será melhor esclarecida na resposta conjunta aos quesitos 5 e 6.

“4 – Qual o entendimento da Advocacia-Geral do Estado sobre a necessidade de realização de processo licitatório pelas Associações Microrregionais de Municípios na execução de convênios com o Estado?”

O Tribunal de Contas da União já estabeleceu o entendimento de que a entidade privada sem fins lucrativos que, por via de convênio, recebe dinheiros públicos, está obrigada a realizar licitação, uma vez que, ao receber dinheiros públicos, as regras de direito público acompanham a utilização de tais recursos, mesmo que privada a entidade que os recebeu e que vai aplicá-los:

“Na verdade, esse assunto já foi objeto de estudo por este Tribunal, sendo que o Acórdão n. 353/2005 – Plenário reformou o Acórdão n. 1070/2003 – Plenário, firmando entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de

Licitações, por força do seu art. 116. Isto significa que a licitação e a observância as normas da Lei n. 8.666/1993 deve ser a regra utilizada para as contratações realizadas pelas entidades privadas que receberem recursos públicos mediante transferências voluntárias. No entanto, sempre que sua aplicação não for possível, as entidades devem adotar procedimentos análogos, observando, incondicionalmente, os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, economicidade e eficiência, como forma de garantir a seleção da proposta mais vantajosa sem praticar qualquer tipo de favorecimento” (Acórdão 2.066/2006 - Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer).

A mesma orientação é adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais como anotado pela própria SEDRU, ao anexar ao expediente administrativo a Consulta 731.118, na qual se fixam as obrigações de tais associações de realizar concurso público para contratação de pessoal e de aplicar a Lei 8.666/93, já que recebe recursos públicos dos municípios e, eventualmente, do próprio Estado de Minas Gerais, como aqui retratado.

Por fim, destaque-se que esta Consultoria Jurídica também já emitiu entendimento semelhante, quando registrou que as Caixas Escolares, entidades civis sem fins lucrativos e que atuam junto às escolas estaduais, devem realizar licitação para aplicação dos recursos públicos que eventualmente venham a receber, conforme consignado no Parecer 14.843, de 16.04.2008, da lavra do ilustre Procurador Chefe da Consultoria Jurídica Sérgio Pessoa de Paula Castro:

“As caixas escolares na qualidade de pessoas jurídicas de direito

privado, tendo em vista o controle sobre as mesmas exercido pelo Estado de Minas Gerais, encontram-se sujeitas não só a prestação de contas dos recursos públicos que percebem, mas também, nas contratações que realiza ao instituto jurídico da licitação pública, admitida a edição de regulamentos próprios nos termos do art. 119 da Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Certo, pois, segundo o entendimento mais atual, que as Associações Microrregionais de Municípios, ao receberem recursos públicos estaduais, devem, quando for o caso, realizar licitação para uso dos recursos financeiros em contratações de obras, materiais e serviços, para realização do seu objeto do convênio.

“5 – Nos convênios vigentes, em caso de aplicação de recursos em desconformidade com o objeto pactuado, é possível a devolução dos recursos, devidamente atualizados e corrigidos, para a conta vinculada e reaplicação dentro do objeto do convênio?” e “6 – Nos casos em que as ilegalidades foram verificadas após a assinatura dos convênios e durante a execução é possível aplicação do princípio da autotutela administrativa para corrigir os atos administrativos ilegais? Nestes casos é possível a adequação dos Planos de Trabalho mantendo-se o objeto pactuado?”

As duas questões apontadas podem ter tratamento conjunto, já que a pergunta 6, na realidade, antecede a pergunta 5. Assim, responde-se primeiramente a indagação 6.

Se verificadas ilegalidades ou irregularidades no curso da execução

do convênio e ainda dentro do prazo de sua vigência, a Administração deve apurar o teor da irregularidade ou ilegalidade. Se for insanável, não há outra alternativa: o ato deverá ser declarado nulo. Se, ao contrário, a irregularidade for sanável, deve-se promover a correção da falha, em processo de convalidação.

O instituto da convalidação vem assim previsto no art. 66 da Lei Estadual 14.184/02:

“Na hipótese de a decisão não acarretar lesão do interesse público nem prejuízo para terceiros, os atos que apresentarem defeito sanável serão convalidados pela Administração”.

A convalidação se baseia no fato de que no âmbito das irregularidades administrativas existem irregularidades menores, inócuas, meramente formais, que não causam prejuízo à Administração e às regras de direito público e, por isso, os atos padecentes deste tipo de vício não podem ser invalidados, porque a invalidação deles acarretaria mais prejuízo à Administração do que a sua convalidação.

Nesses termos, acaso a ilegalidade ou irregularidade seja passível de sanção, realiza-se a convalidação, via termo aditivo. Do contrário, não resta outra saída a não ser proclamar a nulidade do ajuste.

É preciso, então, que a Administração avalie caso a caso o teor da irregularidade e a possibilidade de sua convalidação ou não.

Noutro giro, tem-se que tanto a alteração do convênio quanto do

plano de trabalho devem guardar estrita observância ao disposto no art. 16 do Decreto Estadual 43.635/2003, que permite a alteração do ajuste ou do próprio plano de trabalho desde que não haja alteração do objeto:

“Art. 16. Os convênios e os planos de trabalho somente poderão ser aditados com as devidas justificativas, mediante proposta a ser apresentada no prazo mínimo de trinta dias antes do seu término e desde que aceitas, mutuamente, pelos partícipes, dentro do prazo de vigência, levando-se em conta o tempo necessário para análise e decisão.

§ 1º É vedado o aditamento de convênio com o intuito de alterar o seu objeto, entendido como tal a modificação, ainda que parcial, da finalidade definida no correspondente plano de trabalho, configurando mudança de objeto, mesmo que não haja alteração da classificação econômica da despesa.

§ 2º Excepcionalmente, quando se tratar apenas de alteração da execução do convênio, como prazo de execução, cronograma de desembolso dentre outros, admitir-se-á ao órgão ou entidade executora propor a reformulação do plano de trabalho, que será previamente apreciada pelo setor técnico e submetida à aprovação do titular do órgão ou entidade concedente.

§ 3º Excepcionalmente, quando apurado eventual saldo financeiro residual, após a conclusão do objeto explicitado no convênio original, o mesmo poderá ser aplicado na ampliação da meta física conveniada, através da celebração de termo aditivo ao convênio, observada a tramitação do Plano de Trabalho por meio do SIGCON-Saída, vedada a adição de recursos financeiros novos,

seja por parte do concedente, seja por parte do proponente, ou de quaisquer outros partícipes, considerando-se:

I - o montante dos recursos repassados pelo concedente;

II - os recursos de contrapartida pactuados pelo convenente; e

III - os recursos provenientes das aplicações financeiras.

§ 4º Os convênios serão aditados somente uma vez para ampliação de metas físicas com a utilização de saldo financeiro de recursos”.

No que tange à indagação 5, percebe-se que se a Associação Municipal, no curso do convênio, não aplicou o recurso adequadamente, e foi identificado o erro no curso da execução do convênio.

Neste caso, tem-se que apurar se se trata de irregularidade sanável ou não. Se a irregularidade for passível de sanação, vez que o inadimplemento não traduz inadimplemento absoluto (por exemplo, constatação da irregularidade no último mês de vigência do convênio, quanto, então, não haveria mais tempo para realizar o objeto), admite-se a convalidação, de modo que a irregularidade pode ser corrigida com o redirecionamento do montante de recursos utilizados em desconformidade para realização do objetivo do convênio. Claro que o recurso a ser redirecionado será aquele com as devidas correções e atualizações financeiras.

Assim, se o caso concreto se enquadrar como irregularidade sanável, o Estado autorizará a entidade sem fins lucrativos a redirecionar o montante adequado para a conta vinculada e reaplicá-los no objetivo do convênio, realizando-se o objeto regulamente dentro do prazo originalmente ajustado.

Nesses termos, o mais adequado que a situação seja comunicada ao Estado, para permitir a apuração da natureza da irregularidade, passível ou não de convalidação, de modo que se concluir pela convalidação, o Estado deve autorizar a lavratura do aditivo prevendo as correções devidas e o redirecionamento dos recursos para a conta vinculada para a correta aplicação no objeto do convênio.

Certo que se o Estado concluir que o inadimplemento é absoluto, ou seja, que não comporta convalidação, deverá, ao contrário, promover a rescisão do ajuste nos termos do art. 33 do Decreto Estadual 43.635/2003.

“7 – Por fim, tendo em vista a divergência dos tribunais pátrios, qual a natureza da despesa com software? Trata-se de despesa de capital ou de custeio?”.

A questão 7, ao que tudo indica, não tem natureza propriamente jurídica, mas sim passa por indagações de natureza técnico-contábil, no sentido da melhor classificação das despesas com software, razão pela qual recomenda-se que a SEDRU colha, antes, a manifestação técnica adequada a respeito da classificação adotada no âmbito do Estado de Minas Gerais, até para que a questão tenha um tratamento uniforme.

Nesse sentido, é necessário, inclusive, averiguar qual o tipo de software que está sendo adquirido, para indagar, por exemplo, a necessidade de sua atualização constante, o que pode indicar que se trata de despesa de custeio.

Após, se for o caso, instruída a consulta com as prévias

manifestações técnicas, dos setores competentes, poderá a SEDRU reencaminhar a consulta deste item específico para que esta Consultoria Jurídica se manifeste.

Em suma, essas são as respostas que, por ora, se podem, em tese, apresentar aos questionamentos lançados pela SEDRU no âmbito da execução dos convênios firmados com associações microrregionais de municípios, a título de orientação geral.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2012

Érico Andrade

Procurador do Estado

OAB-MG 64.102/Masp 1050975-0