Procedência: Secretaria de Estado do Turismo e Esportes - SETES

Interessado: MGI - Minas Gerais Participações S/A

Número: 4.122

Data: 12.12.2014

Assunto: Estado de Minas Gerais. MGI – Minas Gerais Participações S/A. Convênio com Município. Convênio vencido sem formalização do aditivo de prorrogação de vigência. Perspectivas de convalidação. Entendimento da Consultoria Jurídica: Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010.

NOTA JURÍDICA

A Secretaria de Estado do Turismo e Esportes - SETES encaminha a esta Consultoria Jurídica questão envolvendo a possibilidade, ou não, de convalidação de convênio firmado entre Estado e o Município de Congonhal. O envio do tema a esta Consultoria Jurídica se dá especialmente em razão de divergência entre nota jurídica emitida pela Assessoria Jurídica da SETES, em que se admite a convalidação, e nota jurídica da MGI em sentido contrário à convalidação.

Com efeito, o expediente contém a Nota Jurídica 1092/14, de 07.10.2014, da SETES, em que se admite a convalidação de convênio firmado entre SETUR e Município de Congonhal, enquanto que o Parecer Jurídico 052/2014, da MGI, discorda da possibilidade de convalidação. Registre-se que o expediente contém, basicamente, as duas notas jurídicas, não tendo sido enviado os documentos do caso concreto, razão pela qual aqui se irá apenas indicar o

entendimento que vem sendo adotado pela Consultoria Jurídica, a fim de que a Assessoria Jurídica da SETES possa finalizar a análise, no caso concreto, da possibilidade ou não de convalidação.

E a orientação teórica que se pode indicar no momento é aquela que vem sendo adotada por esta Consultoria Jurídica a partir da Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010, que trata exatamente da convalidação de convênios entre Estado e municípios.

Com efeito, a base fática que ensejou a edição da Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010 foi a seguinte:

> *"A Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana – SEDRU, por meio do ilustre Secretário Sebastião Navarro Vieira Filho, submete a esta Advocacia Geral do Estado o seguinte problema:*
> *a) o Estado e o Município de Pedro Leopoldo firmaram convênio em 04.12.2009, com prazo de vigência de 10 meses, tendo como objeto a atuação conjunta dos dois entes da federação para realizar pavimentação asfáltica em bairros do Município, tendo o Estado se obrigado a repassar o valor de R$250.000,00 e o Município a aportar contrapartida de R$27.992,00;*
> *b) ocorre que o Estado atrasou muito o repasse da contrapartida, só conseguindo realizá-la em 11.06.2010, de modo que sobrou prazo muito exíguo para o Município realizar o objeto do convênio, que se venceria em 10.10.2010;*
> *c) e, por falha administrativa, as partes não ajustaram o aditivo para prorrogação de prazo, de modo que, atualmente, os valores*

foram repassados, as obras estão em andamento, mas o convênio venceu sem que tivesse sido feita a prorrogação de prazo".

A partir desta base fática é que se examinou, na Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010, o tema da convalidação administrativa no âmbito dos convênios, e se parte, agora, para transcrição das considerações então arroladas, e que continuam válida para orientar o caso em foco:

"A CONVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA

O caso em exame, retratado no expediente administrativo, se analisado sob uma concepção rígida, formal e inflexível da legalidade administrativa, levaria a uma solução que se entende inadequada: devolução dos valores, pelo não atendimento dos prazos negociais, de modo que a finalidade pública, a razão de ser do ajuste entre Estado e Município, estaria esvaziada, num contexto em que não houve propriamente culpa do Município pelo atraso, tudo em razão de um problema formal de o aditivo de prorrogação de prazo não ter sido ajustado ainda dentro do prazo de vigência do convênio.

Todavia, é possível construir hipótese interpretativa diversa, que deságua em diverso resultado jurídico. E essa construção interpretativa parte, claro, das peculiaridades do caso em exame, ou seja, de suas particularidades e especificidades que permitem, juridicamente, construir orientação diversa, a fim de que a Administração possa, então, optar por uma ou outra solução.

A orientação diversa que se pode construir é deflagrada a partir dos novos ventos que sopram na seara do direito administrativo, alinhando os antigos dogmas, como o princípio da legalidade, a uma concepção mais moderna e realista do Estado e da sociedade atual e do direito que regulamenta suas relações jurídicas, enquadrada na principiologia constitucional.

Assim, a outra vertente interpretativa que aqui se levanta é calcada na principiologia constitucional e na mais moderna orientação doutrinária, no sentido de que a Administração Pública, na atualidade, deve pautar sua conduta por um sentido mais amplo do que o da legalidade. Deve pautar sua conduta pela juridicidade, de modo que seu atuar deve guardar conformação não apenas à lei, mas sim à principiologia constitucional (v.g., moralidade, isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, economicidade, boa-fé).

A evolução do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade é apresentada por Germana de Oliveira Moraes:

'A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. Como conseqüência das modificações conceituais da noção

de Direito - do direito 'por regras' ao 'direito por princípios', ocorre a substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Publica' (Controle Jurisdicional da Administração Pública, Dialética, 1999, p. 23/24).

E completa a mesma Germana de Oliveira Moraes que 'a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição' (ob. cit., p. 24).

Surge, então, a importante função interpretativa dos princípios constitucionais, entre eles os princípios implícitos da proporcionalidade e razoabilidade, que se prestam a conformar a interpretação das normas não só de acordo com a sua literalidade, mas em consonância com todo o ordenamento jurídico, aí incluída a principiologia constitucional.

Tenha-se a orientação de Patrícia Batista:

'Dentre as funções dos princípios no constitucionalismo contemporâneo a função integrativa não é a mais destacada. Outras, como as de fundamentação, interpretação e direção do ordenamento jurídico, suplantam-na em importância' (Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

É, pois, a partir desse farol constitucional, desse ponto de

referência constitucional, que se parte para o exame da específica questão fático-jurídica apresentada pela SEDRU.

No caso, não há dúvida, pelos fatos narrados, existe uma irregularidade no sentido de não ter havido a prorrogação do convênio dentro do prazo de vigência do anterior ajuste.

Todavia, se o termo aditivo tivesse sido formalizado ainda na vigência do convênio, seria plenamente justificável, pois o Estado, por razões técnico-orçamentárias, não conseguiu efetuar o repasse da sua partida financeira quando da assinatura do ajuste em dezembro/09 e só em 11.06.2010 efetuou a transferência dos valores para o Município. Com isso, evidentemente, não havia como o Município cumprir, em 3 meses, o que antes havia sido ajustado em 10 meses.

Sem embargo, o Município iniciou a execução do plano de trabalho do convênio, mas as partes não realizaram, na vigência do convênio, o justificável aditivo apenas para prorrogar o prazo, em razão do atraso do Estado na remessa da partida financeira. Essa, pois, a irregularidade formal reconhecida e certa.

O interesse público que permeia a execução da obra objeto do convênio do convênio, nos dias atuais, continua a existir, nos mesmos moldes da época em que ocorreu a formalização do convênio. Ou seja, o interesse público na realização do objeto do convênio existia à época de sua formalização e existe hoje.

Por conseguinte, a se adotar a solução formal e baseada na ideia rígida de legalidade, ter-se-ia de impor ao Município a devolução dos valores, de modo que o interesse público que permeou e permeia o ajuste não seria atendido, em função de uma irregularidade meramente formal, qual seja, falta de formalização do aditivo de prorrogação de prazo que tinha e tem toda a justificativa técnica para tanto: atraso do próprio Estado no repasso dos valores previstos no convênio.

Não há dúvida, portanto, que a adoção da solução tradicional imporia prejuízo ao Estado, que não irá ver a ação prevista no convênio realizada, para o Município, que irá perder o recurso e consequentemente a melhoria urbana prevista no convênio em prol da população local.

Assim, partindo-se do novo enquadramento constitucional da Administração, em que o princípio da legalidade não tem valor absoluto, mas sim é temperado, harmonizado, com os outros princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, a fim de que a Administração paute sua conduta dentro de um contexto jurídico mais amplo do que a simples legalidade, pode-se chegar à conclusão no sentido da possibilidade de correção do defeito formal, convalidando o quadro jurídico indicado.

Aliás, a situação retratada na principiologia do direito público foi até mesmo legalidade, pois se trata-se, na realidade, de aplicação particular do instituto da convalidação 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 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.

Confira-se, por exemplo, a perfeita orientação da doutrina italiana, com Massimo Severo Giannini:

'A jurisprudência tem afirmado repetidamente, ainda que episodicamente, que existe uma anormalidade diversa da invalidade, que é a irregularidade: esta consistiria em uma espécie de inobservância de lei, mas de menor monta e por isto inócua, a qual não acarreta a invalidade do ato' (Diritto Amministrativo, vol. secondo, terza edizione, Giuffrè Editore, 1993, p. 334/335).[1]

No direito brasileiro o clássico Seabra Fagundes, em meados do século XX, já anunciava que em tema de invalidade de atos administrativo, quando não violadas regras fundamentais da

[1] Confira-se a lição de M. S. Giannini no original: *"La giurisprudenza ha ripetutamente, anche se episodicamente, affermato che esiste un'anormalità diversa dall'invalidità, che è l'irregolarità: essa consisterebbe in una sorta di inosservanza di legge, ma di minor conto e perciò innocua, per cui non porterebbe ad invalidità dell'atto".*

atuação estatal, deve haver uma ponderação concreta das hipóteses, para se apurar qual a melhor conduta a ser adotada: a invalidação ou a convalidação. Confiram-se suas lições:

'Tratando-se de ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquele' (O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Forense, 4ª ed., 1967, p. 63/64).

Daí se desaguar na atual teoriazação, no direito brasileiro, da convalidação do ato administrativo portador desse defeito menor, conforme se extraí, por exemplo, das lições de Weida Zancaner:

'Calha, neste passo, esclarecermos o que é a convalidação. Convalidação, conforme o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, 'é o suprimento da invalidade com efeitos retroativos'. A convalidação é um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato a convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos. Como bem grafa Carlos Ari Sundfeld, 'a convalidação é um novo ato administrativo, que difere dos demais por produzir efeitos ex tunc, é dizer, retroativos. Não é mera repetição do ato inválido com a correção do vício; vai além disto. Por tal motivo possibilidade de praticá-lo depende, teoricamente, de dois fatores: a) da

possibilidade de se repetir, sem vícios, o ato ilegal, porque assim poderia ter sido praticado à época; e b) da possibilidade de este novo ato retroagir'' (Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Malheiros, 2ª ed., 1993, p. 57).

Nessa linha, a perspectiva da convalidação pode, tranquilamente, ser aplicada no caso do expediente administrativo, pois:

a) o convênio foi corretamente ajustado entre Estado e Município no âmbito da cooperação que permeia a atuação dos vários entes que integram a federação brasileira na busca da realização do interesse público (art. 241, CF);

b) em razão do atraso do Estado no repasse da parcela financeira para realização do plano de trabalho, o prazo de 10 meses para sua realização se viu reduzido a 3 meses, situação que tecnicamente geraria a explicação técnica para o aditivo prevendo a simples prorrogação de prazo;

c) o Município iniciou e está conduzindo as obras previstas no plano de trabalho, mas as partes, Estado e Município, incidiram na irregularidade formal de não ter formalizado, à época adequada, o aditivo para prorrogação de prazo;

d) todavia, possível, hoje, a continuidade da execução das obras, pois nada impede que, por exemplo, se encerrasse o convênio atual e o Estado firmasse com o mesmo Município outro convênio tendo o mesmo objeto. Ou seja, não há impedimento legal para que o

objeto do convênio fosse realizado hoje, tal como em dezembro/09;

e) existe a justificativa atual para se prorrogar o convênio em razão de o Estado ter atrasado mais de 6 meses para efetuar o repasse da partida financeira;

e) para o Estado e para o Município, não há dúvida, o interesse público na execução do convênio mantém-se inalterado nos dias atuais, de modo que não tem sentido desfazer todo o ajuste, em prejuízo do interesse público que permeou a sua assinatura e se mostra presente nos tempos atuais, com a imposição de devolver os valores e penalização do Município e da população local.

Diante de tudo isso, e considerando o defeito formal relativo ao fato de que o aditivo não foi formalizado na data correta, tem-se que o quadro é favorável à aplicação do instituto da convalidação, de modo que a decisão administrativa pela continuação do convênio e formalização atual do ajuste de prorrogação não lesa o interesse público.

Muito pelo contrário, prestigia esse mesmo interesse público que é melhor atendido pela continuidade do convênio e da realização do seu objeto do que pura e simples pela adoção do caminho da invalidação ou da determinação de devolução dos valores pela não conclusão da obra no tempo indicado no ajuste originário, o que não ocorreu, reitere-se, em razão do atraso do próprio Estado no repasse da parcela financeira.

E a convalidação ou sequenciamento do convênio não causa prejuízos para terceiros, já que a licitação foi anteriormente realizada, o contrato se mantém íntegro e a prestação de serviços também, bem como viável juridicamente a continuidade do convênio, já que o ajuste em si e sua prorrogação não esbarram em nenhuma vedação legal atual ou à época do vencimento do prazo originário. Tem-se apenas e tão-somente o vício formal decorrente na falta de formalização do ajuste de prorrogação ainda dentro do prazo de vigência do convênio original.

Logo, diante desse contexto, nada mais razoável e proporcional que a prorrogação atual do convênio com efeito retroativo, convalidando-se o transcurso do pequeno espaço de tempo em que a execução do seu objeto restou sem a cobertura formal ou sem o instrumento formal da prorrogação.

O novo aditivo será assinado com data atual e deverá conter a re-ratificação, para convalidar os atos praticados desde o término do prazo do convênio, ou seja, deverá estabelecer a prorrogação desde o seu vencimento em setembro/2010 até a nova data ajustada pelas partes, considerando o prazo originário e o tempo de atraso no repasse da parcela financeira por parte do Estado, de modo a recompor o que foi ajustado em termos de prazo de cumprimento do ajuste (10 meses a contar do repasse da parcela pelo Estado), reconhecendo-se como válido a execução do convênio no período em que ficou sem cobertura formal (setembro/10 até os dias atuais), com a convalidação dos atos praticados nesse período, sanando-se, com isso, a falha ou irregularidade administrativa de

falta de ajustamento do termo de aditivo para simples prorrogação de prazo do convênio.

O convênio será, portanto, prorrogado e re-ratificado pelo período temporal transcorrido até a formalização final, nos dias atuais, do termo aditivo que irá prever a prorrogação do prazo de vigência do convênio original, a fim de recompor a situação originária do ajuste de dezembro/09 diante do atraso de aproximadamente 6 meses por parte do Estado no repasse de sua parcela financeira.

Nesses termos, possível promover-se a convalidação da situação, com a assinatura do termo aditivo ao convênio, reconhecendo e convalidando a execução do ajuste no período sem cobertura formal e prevendo, agora, a prorrogação do prazo, desde o vencimento até o prazo final para cumprimento do convênio, a contar da data do efetivo repasse da parcela financeira pelo Estado, sanando-se assim o vício ou irregularidade meramente formal de falta de assinatura do termo aditivo.

Cabe registrar que orientação semelhante a que ora se apresenta já foi fornecida por esta Consultoria Jurídica na Nota Jurídica 1.623, de 28.03.2008.

Sugere-se, porém, que o ajustamento do aditivo seja precedido da devida instrução do procedimento, aportando-se ao expediente não só esta Nota Jurídica, as justificativas técnicas mostrando o atraso no repasse da parcela e a economicidade da solução de realização do objeto do convênio frente à hipótese mais danosa do

desfazimento do ajuste com a imposição ao Município de devolver os valores, considerando, ainda, a fase atual do andamento das obras previstas no plano de trabalho.

Assim, com base nesses dois pilares - o técnico e o jurídico - parte-se para a convalidação de toda a situação, apresentado, no ato de convalidação e no termo aditivo de prorrogação do convênio, na forma de "considerando", a devida motivação do ato de convalidação, promovendo-se, assim, a prorrogação do convênio, e re-ratificando a execução do ajuste no período sem a cobertura formal".

A partir dessa orientação teórica contida na Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010, pode-se indicar que, de acordo com o esboço fático traçado nas duas notas jurídicas que integram o expediente, o caso parace caminhar para a possibilidade convalidação, pois:

a) a questão envolve prorrogação de convênio entre entes estatais (Estado e Município de Congonhal), para o qual, evidentemente, não se realiza licitação, admitindo-se, sem qualquer barreira formal, que novo ajuste possa ser realizado;

b) a prorrogação é viável e recomendável do ponto de vista técnico, já que os pareceres técnicos referidos nas manifestações jurídicas contidas no expediente caminham neste sentido;

c) o Município apresentou tempestivamente o pedido de prorrogação;

d) o convênio parece não ter sido prorrogado, de fato, por meio do devido aditivo, por questões meramente formais;

e) não há nenhum prejuízo a terceiros e mantém-se inalterado o interesse público que norteou a execução do convênio;

f) a convalidação, então, em tal cenário, atenderia melhormente ao princípio da eficiência e economicidade, sem esbarar em qualquer barreira legal expressa, que impedisse a convalidação.

Todavia, quer-se ressaltar aqui expressamente que esta Consultoria Jurídica não fez o exame da documentação do caso concreto, ou seja, não teve acesso ao convênio e aos documentos técnicos que integram o procedimento administrativo, sendo chamada apenas para indicar os pontos de referência teóricos que podem ajudar a resolver a questão.

Assim, em relação ao caso concreto narrado no expediente, cabe à Assessoria Jurídica da SETUR, a partir das orientações ora apresentadas, analisar se os aspectos fáticos realmente confirmam a possibilidade aqui indicada de convalidação.

Por fim, cabe, ainda, reiterar a mesmíssima ressalva contida na citada Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010: é importante deixar registrado o alerta para o Administrador, no sentido de que a situação deve ser sopesada considerando, inclusive, o risco de ser adotada a interpretação mais rigorosa e formal baseada na leitura tradicional do princípio da legalidade (como a que consta do Parecer Jurídico da MGI), pois a interpretação ora preconizada,

apesar de mais atual em termos de alinhamento teórico do direito administrativo, pode não ser aquela considerada pelos órgãos de controle estatal.

Cabe, portanto, ao Administrador, sopesando o interesse público, avaliar, dentre as condutas possíveis, qual a melhor, e justificá-la plenamente, com base nos elementos técnicos e jurídicos constantes do expediente administrativo.

Em conclusão, estas são as ponderações de ordem jurídicas que podem ser apresentadas, por ora, para a SETUR, a fim de que sua Assessoria Jurídica possa examinar o caso concreto e opinar se, realmente, a partir das indicações teóricas apresentadas, é possível caminhar-se para a convalidação, observando-se, em caso positivo, as cautelas referidas na Nota Jurídica 2.590, de 13 de dezembro de 2010, aqui transcrita.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2014

Érico Andrade
Procurador do Estado
OAB-MG 64.102/Masp 1050975-0

"APROVADO Em 12 / 12 / 14"
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597

APROVO.
Em 12.12.14.
Ronaey Luiz Torres Alves da Silva
ADVOGADO-GERAL DO ESTADO