



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADORIA-GERAL DE CONTAS

PROCESSO:	TCE/000554/2015
ÓRGÃO JULGADOR:	PLENO
RELATOR:	CONS. Inaldo da Paixão Santos Araújo
NATUREZA:	CONSULTA
CONSULENTE	EGÍDIO BORGES TAVARES FILHO
ÓRGÃO/UNIDADE	FUNDO ESTADUAL DE SAÚDE – FES/SESAB

PARECER N° 001073/2015

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de **consulta** formulada perante este Tribunal de Contas pelo **Sr. Egídio Borges Tavares Filho**, Diretor Executivo do Fundo Estado de Saúde (FES/BA), por meio da qual informa ter se deparado com relatório auditorial deste Tribunal recomendando a devolução ao erário do valor referente à contrapartida municipal pactuada, formulando, ao final, o seguinte questionamento:

- “Tratando-se de recursos municipais, a contrapartida financeira não aplicada na execução do objeto do convênio estaria sujeita à devolução ao Tesouro Estadual?”

Instada a se manifestar, a ATEJ opinou, preliminarmente, pelo encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Controle Externo competente para análise das prestações de contas de convênios celebrados pela Secretaria de Saúde, a fim de que informe em que contexto e sob qual fundamentação foi expedida a recomendação referida pelo Consulente (fls. 04/05).

Em cumprimento à diligência sugerida, a 2ª CCE informa (fls. 10/17),

inicialmente, que o relatório auditorial a que alude o Consulente diz respeito à instrução preliminar de processo de prestação de contas de convênio celebrado pela SESAB, na qual se identificou que não houve a devolução aos cofres públicos estaduais do saldo não aplicado pela municipalidade conveniente, sendo uma parte referente aos recursos estaduais repassados e não utilizados, e outra atinente à contrapartida pactuada e não depositada. Em seguida, a sobredita Unidade Técnica apresenta os fundamentos jurídicos que alicerçam a sua posição no sentido de que o saldo financeiro remanescente do convênio abrange tanto o valor repassado e não utilizado, quanto o valor da contrapartida financeira pactuada e não aplicada, devendo ser restituído aos partícipes, após concluída a execução do objeto, de acordo com a proporcionalidade ajustada no termo de convênio.

A ATEJ, em pronunciamento conclusivo, sugeriu que seja oferecida a seguinte resposta à consulta formulada:

“No caso de Convênios que prevejam contrapartida, a devolução dos saldos financeiros remanescentes à entidade ou órgão repassador dos recursos deverá observar a proporcionalidade inicialmente estabelecida entre os recursos estaduais repassados e aqueles previstos como contrapartida”.

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Órgão Ministerial para fins de análise e emissão de parecer.

Brevemente relatado, passo a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Como todo ato postulatório, as consultas apresentadas aos Tribunais de Contas submetem-se a um duplo juízo, a saber: (a) **juízo de admissibilidade**, que se perfaz mediante a aferição dos requisitos relacionados à regularidade formal do ato postulatório, possuindo um caráter preliminar; e (b) **juízo de mérito**, que, supondo um prévio juízo positivo acerca da admissibilidade, destina-se a examinar o conteúdo da postulação formulada.

No que presente caso, verifica-se que a consulta formulada atende aos requisitos de admissibilidade previstos na legislação de regência da matéria, haja vista **(i)** ter sido formulada, a partir de questionamentos apresentados em abstrato, por autoridade legitimada para deflagrar o exercício da função consultiva pelo Tribunal de Contas, e **(ii)** versar sobre dúvida na aplicação de disposições normativas relativas a matéria de competência deste Tribunal (art. 30, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 005/91 e art. 179 do Regimento Interno do TCE-BA).

Quanto ao mérito, indaga o Consulente, em essência, se a contrapartida não aplicada pela municipalidade conveniente deve integrar o saldo financeiro remanescente do convênio a ser restituído ao órgão ou entidade repassador dos recursos.

Conforme cedição, o convênio representa um vínculo negocial celebrado entre órgãos e entidades públicos (convênios públicos), ou entre a Administração Pública e entidades privadas (convênios público-privados), por meio do qual os partícipes buscam alcançar, em **regime de mútua colaboração**, a consecução de objetivos comuns.

Trata-se de conceito consolidado no âmbito doutrinário, e que foi reproduzido na norma interpretativa prevista no art. 8º, XVII, da Lei Estadual nº. 9.433/05, *in verbis*:

Art. 8º - Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XVII- Convênio - ajuste celebrado sem objetivo de lucro, **em regime de mútua cooperação**, entre entidades públicas ou entre estas e entidades privadas de qualquer natureza, cuja verba repassada, se houver, permanece com a natureza de dinheiro público, com obrigatoriedade de prestação de contas, pela entidade recebedora, ao Tribunal de Contas correspondente.

A fim de assegurar o elemento da mútua colaboração nos convênios financeiros¹, assim entendidos aqueles que há transferência de recursos

¹ Nos convênios não financeiros, que são instrumentos negociais de cooperação sem transferência de recursos públicos (ex: convênio de cooperação técnica entre órgãos de controle da gestão pública objetivando o compartilhamento de informações, com vistas a garantir o combate efetivo à corrupção), não há de se falar em exigência de contrapartida.

pecuniários, a legislação passou a prever a contrapartida como requisito para celebração de ajustes desta natureza. Afinal, como o convênio pressupõe a conjugação de esforços para a satisfação de interesses comuns entre os partícipes, é natural que o ente ou a entidade recebedora dos recursos deva contribuir – com dinheiro, bens ou serviços passíveis de mensuração econômica² – para a execução do objeto pactuado.

Nessa perspectiva, a Lei de Responsabilidade Fiscal condiciona a transferência voluntária de recursos à comprovação, por parte do convenente, de previsão orçamentária da contrapartida (art. 25, § 1º, IV, “d”).

De igual modo, o Decreto Estadual nº. 9.266/04, que institui o regulamento de convênios e instrumentos congêneres no âmbito do Estado da Bahia, estabelece normas que buscam assegurar a efetiva aplicação da contrapartida assumida pelo convenente, de modo a conferir feição cooperativa ao ajuste convencional, senão vejamos:

Art. 5º - As Entidades da Administração Pública Estadual, para a celebração de Convênios, deverão exigir dos convenentes, no mínimo, a apresentação dos requisitos a seguir:

[...]

5. plano de aplicação dos recursos financeiros a serem desembolsados pelo concedente, e a **contrapartida do convenente**, quando esta estiver prevista;

[...]

8. **comprovação de que a contrapartida, quando prevista, está devidamente assegurada** ou, caso o valor em reais calculado seja inferior ao mínimo estabelecido pelo Estado da Bahia, o concedente dispensará o convenente dessa obrigação;

Art. 7º - Os termos de convênios devem estabelecer obrigatoriamente cláusulas sobre:

[...]

f) obrigações do convenente, incluindo, no mínimo, as seguintes:

1. contrapartida, quando prevista;

Art. 9º - Não é permitido:

[...]

d) utilizar as receitas auferidas da aplicação do recurso do convênio como contrapartida do convenente;

Art. 33 - Requer a instauração de tomada de contas especial as seguintes ocorrências:

² Nos termos do art. 3º, V, do Decreto Estadual nº. 9.266/04, considera-se contrapartida os “recursos financeiros, bens ou serviços, desde que economicamente mensuráveis investidos pelo convenente, para a execução do objeto”.

[...]

b) não aprovação da prestação de contas, apesar de eventuais justificativas apresentadas pelo convenente, em decorrência de:

[...]

5. não cumprimento dos recursos da contrapartida; (grifos nossos)

Verifica-se, pois, que a repartição do ônus financeiro delineada no convênio, a partir da manifestação livre de vontade dos partícipes, deve ser rigorosamente observada na fase de execução do ajuste, sendo dever – e não mera faculdade – do convenente contribuir para o alcance do objeto almejado, mediante aplicação da contrapartida pactuada.

Neste sentido, revela-se forçoso reconhecer que a contrapartida compõe, juntamente com os recursos repassados e os rendimentos decorrentes das aplicações financeiras, o valor total disponibilizado ao convenente para fins de cumprimento do objeto ajustado, **devendo, portanto, integrar o saldo remanescente dos recursos a ser eventualmente restituído após a conclusão do convênio.**

Em outros termos, havendo o cumprimento do objeto do convênio sem a utilização integral dos recursos depositados na conta bancária específica, aí incluída a contrapartida aplicada pelo convenente, o saldo apurado deverá ser restituído ao órgão ou entidade repassador dos recursos, nos termos do art. 182 da Lei Estadual nº. 9.433/05.

Entendemos, entretanto, que a despeito da dicção do referido dispositivo legal, a devolução do saldo financeiro remanescente deverá observar a **proporção do ônus financeiro assumido por cada um dos partícipes** no momento da celebração convênio, sob pena de violação ao princípio geral da vedação do enriquecimento ilícito.

Imagine-se, por exemplo, que o Estado da Bahia tenha celebrado convênio com determinado município para a construção de uma unidade escolar, no valor total pactuado de R\$ 200.000,00, cabendo ao estado o repasse de R\$ 160.000,00 (80%) e ao município o aporte do valor de R\$ 40.000,00 (20%), a título de contrapartida financeira. Concluído o objeto, e remanescendo na conta bancária específica um

saldo de R\$ 30.000,00, a sua restituição integralmente ao órgão ou entidade concedente, como parece sugerir uma exegese literal do art. 182 da Lei Estadual nº. 9.433/05, afetaria a repartição do ônus financeiro inicialmente ajustada, eis que o Estado da Bahia teria, ao final, contribuído com R\$ 130.000,00, valor equivalente a 76,4% do total aplicado (R\$ 170.000,00), ao passo que o município concorreria com os 23,6% restantes. Ter-se-ia, assim, a atribuição à municipalidade conveniente de um ônus financeiro superior àquele acordado, com conseqüente enriquecimento ilícito por parte do estado.

Destarte, em obediência à repartição do ônus financeiro acordada entre os partícipes no instrumento convenial, a devolução de eventual saldo financeiro remanescente, incluindo o valor da contrapartida assumida pelo conveniente, deve observar o critério da proporcionalidade dos recursos transferidos e os da contrapartida previstos na celebração do convênio.³

O mesmo raciocínio se aplica, frise-se, à hipótese em que o conveniente deixa de aplicar/depositar a contrapartida, em descumprimento à obrigação por ele assumida no termo de convênio. É que tal conduta caracteriza autêntico **ilícito contratual**, gerando para o conveniente o dever de reparar os prejuízos suportados pelo órgão repassador, os quais corresponderão aos valores que este (órgão repassador) receberia, a título de devolução de saldo financeiro não aplicado, caso o conveniente cumprisse a sua obrigação de depositar a contrapartida na conta bancária específica do convênio.

É dizer, a contrapartida prevista como obrigação do conveniente e não depositada na conta bancária específica integrará o saldo financeiro remanescente do convênio, devendo o valor correspondente ser restituído ao órgão repassador/concedente de forma proporcional ao ônus financeiro por este assumido para execução do objeto pactuado.

³ No exemplo ventilado, o estado/concedente deveria receber 80% do saldo financeiro remanescente (R\$ 24.000,00), enquanto que ao município/conveniente caberia os outros 20% (R\$ 6.000,00), em ordem a garantir que a repartição do ônus financeiro do projeto acordada entre os partícipes seja efetivamente observada. Isto é, concluído o objeto do convênio sem a necessidade de utilização integral dos recursos previstos, os partícipes terão ao final concorrido exatamente na proporção do ônus financeiro por eles assumido: 80% de recursos estaduais (R\$ 136.000,00) e 20% de recursos municipais (R\$ 34.000,00).

Do contrário, o conveniente acabaria sendo indevidamente beneficiado com o descumprimento da obrigação contraída no instrumento convenial (de aplicar a contrapartida pactuada), transferindo ao concedente todo o ônus financeiro da execução de um projeto de interesse comum, em clara afronta ao regime de mútua colaboração que caracteriza os convênios. Tal prática enseja, de modo evidente, um enriquecimento ilícito do órgão ou entidade conveniente, que acaba por incorporar ao seu patrimônio vantagem financeira correspondente à contrapartida que deixou de aplicar no ajuste, com conseqüente prejuízo ao órgão repassador.

Nesta mesma linha, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem entendendo que a não aplicação da contrapartida financeira caracteriza ato ilícito ensejador de prejuízo ao erário federal, devendo ensejar a imputação de débito no valor necessário para manter a proporção do financiamento do projeto originariamente pactuada. Veja-se:

Enunciado:

Tomada de contas especial. Responsabilidade. Convênio e congêneres. **É irregular a não aplicação da contrapartida ajustada, pois altera a proporção no financiamento do objeto, constituindo-se dano ao erário federal. Prazo para o ente federado recolher o débito.**

[...]

8. A este propósito, cabe anotar que a jurisprudência deste Corte é no sentido de que a aplicação de contrapartida por parte do beneficiário deva ser vista sob a ótica da cooperação entre os entes conveniados. Conseqüência a este entendimento, sua não aplicação altera a proporção pactuada no financiamento do objeto, implicando na maior participação da União, sendo, assim, perfeitamente exigível a devolução da parte equivalente ao valor estipulado a este título.

9. Exsurge, então, do ato disciplinar conveniado, a obrigatoriedade de serem mantidas, quando da execução do objeto do convênio, as equações percentuais estabelecidas entre o órgão concessor dos recursos financeiros e o ente beneficiário, nos termos da celebração do instrumento. Em outras palavras, o débito deve ser representado pelos recursos federais aplicados em descompasso com os percentuais de execução pactuados na avença.

10. Neste diapasão, os julgados desta Casa caminham no sentido de reforçar o entendimento de que **a não aplicação da contrapartida pelo ente federado configura-se em ato irregular, consubstanciado em infração a norma legal e regulamentar de natureza financeira e orçamentária. Resulta, assim, em dano ao erário, em razão de ter o conveniente incorporado ao patrimônio próprio a vantagem financeira de recursos federais que corresponderia, proporcionalmente, à parcela não despendida, sob sua responsabilidade** (Acórdãos 62/2006, 364/2007, 3.097/2007 e 2.024/2008, todos da Segunda Câmara, bem como o Acórdão nº 1.209/2007 da Primeira Câmara). (AC-5274-22/11-1 – grifos nossos).

Enunciado:

Tomada de Contas Especial. Responsabilidade. Convênio e congêneres.

Ausência da aplicação da contrapartida. A não aplicação dos recursos da contrapartida a cargo do convenente faz com que este se beneficie, em desconformidade com o previsto originariamente, dos recursos que lhe foram transferidos. Contas irregulares e débito ao município. ([AC-1497-09/09-2](#))

Com relação à responsabilidade pela devolução do valor correspondente à contrapartida não aplicada, consideramos adequada a posição sufragada pela Corte de Contas da União, no sentido de que, ressalvado os casos de comprovado locupletamento por parte do agente público responsável pela gestão dos recursos, o referido dever jurídico recai sobre o próprio ente federado convenente.

Em outros termos, a não aplicação da contrapartida caracteriza ato ilícito ensejador de prejuízo financeiro ao concedente, podendo ensejar a desaprovação das contas do gestor responsável pela execução do ajuste, bem como a aplicação das medidas sancionatórias legalmente previstas. Apenas no concernente à responsabilidade financeira pela devolução dos recursos da contrapartida não aplicada – os quais permaneceram, a todo tempo, nos cofres do ente convenente –, é que se entende que deve ser atribuída ao próprio ente convenente, salvo se houver prova de locupletamento por parte do gestor, hipótese em que este será pessoalmente responsável pela restituição.

Veja-se, a propósito do tema, os seguintes excertos do Tribunal de Contas da União (TCU):

Enunciado:

Recurso de Reconsideração. Convênio e congênere. Na falta de comprovação da aplicação da integralidade ou de parte do recurso da contrapartida, sem que haja comprovação de locupletamento do agente público, a responsabilidade pelo ressarcimento da dívida é do próprio ente federado convenente, não havendo como responsabilizar o administrador, que pode, contudo, ter suas contas julgadas irregulares, com aplicação de multa. Recurso não provido. ([AC-4310-29/14-2](#))

Pelas razões expostas, entende este *Parquet* de Contas que a contrapartida financeira pactuada e não aplicada deve ser considerada saldo remanescente do convênio, cabendo ao convenente ressarcir o valor correspondente ao órgão ou entidade repassador, de forma proporcional ao ônus financeiro por este assumido para execução do objeto pactuado.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, e em sintonia com o entendimento externado pela Assessoria Técnica-Jurídica deste Tribunal (ATEJ), **OPINA** o Ministério Público de Contas no sentido de que a consulta ora examinada seja **CONHECIDA**, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos na legislação de regência da matéria, e que, no mérito, seja fornecida a seguinte resposta ao questionamento formulado:

- A contrapartida assumida e não aplicada pelo conveniente constitui saldo financeiro remanescente do convênio, devendo o respectivo valor ser restituído ao concedente de forma proporcional ao ônus financeiro por ele assumido para execução do objeto pactuado, em ordem a preservar a equação financeira originariamente acordada.

É o parecer.

Salvador/BA, 11 de agosto de 2015.

DANILO FERREIRA ANDRADE
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas