DECISÃO SINGULAR DSG - G.JRPC - 3914/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/4184/2013
PROTOCOLO	: 1400219
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE NOVO HORIZONTE DO SUL
ORDENADOR DE DESPESAS	: 1-MARCÍLIO ÁLVARO BENEDITO, 2-NILZA RAMOS
CARGO DO ORDENADOR	: 1-PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA, 2-PREFEITA MUNICIPAL
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONVÊNIO N. 11, DE 2012
RELATOR	: CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL
CONVENENTE	: MARLENE IZZO DOS SANTOS PANINI - ME
OBJETO	: CONCESSÃO DE INCENTIVO FINANCEIRO À EMPRESA CONCESSIONÁRIA, COM ATUAÇÃO NO RAMO DE CONFECÇÃO INDUSTRIAL DE PEÇAS DE VESTUÁRIO, VISANDO A CAPACITAÇÃO E GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA NO MUNICÍPIO
VALOR INICIAL	: R$ 35.800,00

RELATÓRIO

A matéria dos autos versa sobre a prestação de contas do “Convênio” n. 11, de 2012, celebrado entre o Município de Novo Horizonte do Sul e a microempresa Marlene Izzo dos Santos Panini – ME (vigência: de março a dezembro de 2012, conforme cláusula terceira do Convênio, peça n. 6, fl. 12), tendo como objeto a concessão de incentivo financeiro à empresa concessionária, com atuação no ramo de confecção industrial de peças de vestuário, visando a capacitação e geração de emprego e renda no Município.

Os documentos foram analisados pela 1ª Inspetoria de Controle de Externo – 1ª ICE (ANA n. 29785/2015, peça n. 35), que considerou irregular a prestação de contas do Convênio n. 11, de 2012, em face da infração decorrente do não atendimento da prescrição do inciso V da cláusula quarta do Termo do Convênio, que estabelece como obrigação da convenente gerar, no mínimo, 25 empregos, durante o período do recebimento do incentivo financeiro.

Na sequência, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas (MPC) e seu representante, depois de analisar o assunto, emitiu o Parecer GAB.7 DR.JAC-14465/2016 (peça n. 36), opinando:

> *“I – pela irregularidade e ilegalidade da prestação de contas da execução do Convênio de Concessão de Incentivo nº 011/2012, nos Termos do inciso III do artigo 59 da Lei Complementar n.160/2012, artigo 77 inciso VIII da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, pelas infringências acima citadas;*
>
> *II – multa ao jurisdicionado senhor Marcilio Álvaro Benedito, inscrito no CPF sob nº 570.241.119-68, com fulcro no IX do artigo 42 c/c 44 da Lei Complementar nº 160/2012, por grave infração a norma legal;*
>
> *III – recomendação ao titular do órgão que providencie o necessário legal para solucionar a questão da Instituição Bancária e observe com maior rigor a legislação pertinente, de maneira que não mais acorram falhas dessa natureza; (...)”.*

É o Relatório.

DECISÃO

Da análise dos elementos dos autos, verifico que a celebração do "Convênio" n. 11, de 2012, não está em consonância com os requisitos da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e da Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 2011 (vigente à época da prestação de contas), conforme os fatos e fundamentos a seguir discriminados.

A análise técnica da 1ª ICE considerou a prestação de contas do Convênio irregular, uma vez que a "convenente" não cumpriu com a sua obrigação, isto é, não demonstrou nos autos que gerou, pelo menos, as 25 (vinte e cinco) vagas de empregos no período de recebimento do incentivo, com infringência ao disposto na cláusula quarta, item V, do Termo de "Convênio" (peça n. 6, fl. 13).

No mesmo sentido, o representante do MPC se posicionou pela irregularidade da prestação de contas, pois a convenente não cumpriu integralmente com as suas obrigações, especialmente porque não comprovou a admissão de, no mínimo, 25 trabalhadores, embora tenha demonstrado nos autos a admissão de apenas 10 empregados no período proposto. Além disso, o MPC também apontou como irregularidade a abertura de conta corrente específica do Convênio em banco privado e não em banco oficial, em desatendimento à exigência legal.

Posto isso, e com fulcro no conteúdo constante dos autos, constato que desde a celebração do "Convênio" já há irregularidades a considerar.

Daí, sublinho inicialmente que há erro na escolha do instrumento eleito para a celebração do ajuste, pois o caso em tela configura a ocorrência de subvenção econômica e não de convênio.

As definições de convênio e convenente (ou conveniado) são encontradas no Decreto Estadual n. 11.261, de 16 de junho de 2003, no seu art. 3º, incisos I e IV, a seguir transcritos:

> *"Art. 3º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:*
>
> ***I - Convênio**: instrumento que tem por objeto a execução descentralizada, em regime de mútua cooperação, de programa, projeto ou atividades de interesse comum de órgão da administração pública estadual direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de um lado, e de **órgão público ou entidade pública ou privada, de outro lado** (Redação dada pelo Decreto n. 12.359, de 02 de julho de 2007);*
>
> *.....*
>
> ***IV - Convenente**: **pessoa jurídica de direito público ou privado** com a qual o órgão ou entidade da administração estadual pactua a execução de programa, projeto ou atividade, mediante a celebração de convênio ou instrumento similar; (...)*

Embora o Decreto Estadual n. 11.261, de 2003, defina o convenente como pessoa jurídica de direito público ou privado, silenciando quanto ao fato de este último ser sem fins lucrativos, com base no entendimento generalizado da jurisprudência e do conteúdo normativo da Portaria Interministerial CGU/MF/MP n.

507, de 24 de novembro de 2011, que tem o seguinte teor:

> *"Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou* ***entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos*** *para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.*
>
> *.....*
>
> *§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:*
>
> *I - .....*
>
> ***II - convenente: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou entidade privada sem fins lucrativos,*** *com a qual a administração pública federal pactua a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco; também entendido como contratado no âmbito do Contrato de Repasse; (...)".*

Conforme as definições supracitadas, os convênios são marcados por interesses recíprocos e mútua cooperação, visando disciplinar a atuação harmônica e sem o intuito lucrativo das partes.

Portanto, no caso em apreço, o instrumento "convênio" foi utilizado de forma inadequada, para conferir uma aparência de legalidade ao ajuste firmado, pois a celebração do "Convênio" ocorreu entre um ente público e uma empresa privada do ramo industrial, sendo que o incentivo financeiro recebido pela "convenente" foi integralmente destinado ao pagamento de aluguel de salão comercial, no valor mensal de R$ 3.580,00 (três mil quinhentos e oitenta reais), conforme demonstram os recibos de fls. 23, 34, 45, 58, 70, 81, 92, 103, 121, da peça n. 8. E como espécie de "contrapartida", a "convenente" deveria oferecer, no mínimo, 25 vagas de empregos na sua indústria de confecção de vestuário. Todavia, não foi comprovada a execução da referida contraprestação durante o período de recebimento do incentivo financeiro.

Não obstante a finalidade principal para a concessão do incentivo financeiro não ter sido atingida, a celebração do ajuste deveria ocorrer sob a forma do mecanismo de **subvenção econômica**, preconizada nos termos do art. 12, § 3º, II, da Lei n. 4.320, de 1964, que assim dispõe:

> *"Art. 12. .....*
>
> *(....)*
>
> *§ 3º Consideram-se* ***subvenções****, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:*
>
> *I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;*

*II - **subvenções econômicas**, as que se **destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.”***

Nesses termos, as subvenções têm a finalidade de cobrir despesas de custeio das entidades públicas ou privadas, sendo que as subvenções econômicas são concedidas às empresas privadas com fins lucrativos, mediante expressa autorização legal.

Existem, portanto, diferenças entre um instituto (convênio) e outro (subvenção econômica).

Não se pode olvidar que os incentivos do setor público ao setor privado são, em tese, admitidos pela Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Contudo, tais incentivos devem respeitar os princípios que regem a Administração Pública, sob pena de responsabilização do agente público responsável.

No caso em exame, verifico nos autos que a Lei n. 384, de 2011, que autoriza o Poder Executivo Municipal de Novo Horizonte do Sul a conceder incentivo financeiro à empresa beneficiária (fls. 6-7), de acordo com a definição de subvenção econômica. Há, assim, uma miscelânea entre os institutos jurídicos referenciados, sendo certo que o evento em apreço não deveria ser instrumentalizado por meio de Convênio.

As subvenções e auxílios financeiros são atos de liberalidade da Administração, autorizados por lei local, e assim só devem ser liberados para a realização de obras e serviços de interesse público, e não para atendimento de interesses particulares de munícipes.

Os incentivos econômicos às empresas privadas de fins lucrativos só podem ser concedidos para atender ao interesse público, interesse geral de toda a sociedade, não o interesse de uma pessoa, razão pela qual não podem ser concedidos graciosamente, devendo existir uma contraprestação por parte do beneficiário, expressa em lei, com garantias concretas de sua execução.

Para a caracterização do interesse público é necessário que exista equivalência entre os benefícios concedidos e a contraprestação oferecida pelo beneficiário, o que se evidencia pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e economicidade.

O interesse na geração de empregos pode ser considerado interesse público, na medida em que o emprego é uma das maiores preocupações da atualidade, devendo o ente público se empenhar para solucionar o problema. Para tanto, é necessário assegurar a consecução do interesse público por meios de garantias legais e contratuais oferecidas pela empresa beneficiária, tanto no sentido de funcionamento da empresa por um determinado tempo, quanto de proporcionar determinado número de empregos por certo prazo.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro aborda a questão nos seguintes termos:

“Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir,

> *de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo público,* ***beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público*** *e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do* ***desvio do poder ou desvio de finalidade****, que torna o ato ilegal."* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 62-63).

No caso em exame, o interesse público deveria ter sido concretizado por meio da geração de empregos e rendas, tal qual delineado no art. 7º da Lei Municipal n. 384, de 2011, que dispõe do seguinte modo:

> ***"Art. 7º A empresa beneficiada deverá gerar no mínimo vinte e cinco empregos diretos, no prazo de doze meses a contar da data desta lei, devendo ser contratados cidadãos residentes no Município de Novo Horizonte do Sul".***

Contudo, a referida contraprestação não ocorreu, porquanto não está demonstrado nos autos que a beneficiária gerou, pelo menos, 25 empregos diretos. A relação custo-benefício entre os incentivos concedidos pelo Poder Público Municipal e as contraprestações oferecidas pela beneficiária não são proporcionais, razoáveis, econômicas nem eficazes.

É nítido o benefício apenas a uma das partes da relação, ou seja, à empresa MARLENE IZZO DOS SANTOS PANINI – ME, de tal forma que mesmo se fosse o caso de tratar o presente como subvenção econômica estaria descaracterizada a licitude do benefício concedido, pois a empresa beneficiada não cumpriu o avençado.

Fere o princípio da moralidade conceder benefícios desarrazoados à empresas privadas de fins lucrativos, sem a comprovação da existência de benefícios proporcionais em prol da coletividade, toda vez que a conduta do administrador prejudicar ou beneficiar alguém e toda vez que houver desrespeito a determinações legais.

Outra irregularidade constatada nos autos é que a empresa "convenente" movimentou os recursos do Convênio em instituição financeira não oficial, no caso, Banco Bradesco.

Sobre o tema, não há uma definição, via lei ordinária, de instituição financeira oficial. Existem julgados que se manifestaram sobre a questão de forma indireta.

O Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.578-9/Distrito Federal, ao discutir procedimentos de privatização de bancos estaduais, nas quais se debateram os termos da Medida Provisória n. 2.192-70/2001, que relativizava a regra do art. 164, § 3º, da Constituição Federal, ao permitir que as disponibilidades de caixa dos Estados e Municípios pudessem ser depositadas na instituição financeira adquirente do controle acionário.

Como se vê, não há uma definição legal, nem jurisprudencial de que as instituições financeiras oficiais sejam o Banco do Brasil ou a Caixa Econômica Federal. Há, na verdade, uma interpretação com base nos julgados que indicam que **as instituições financeiras oficiais são os bancos públicos.**

O art. 164, § 3º, da Constituição Federal dispõe:

> *"Art. 164. .....*
> *.....*
> *§ 3º* ***As disponibilidades de caixa*** *da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal,* ***dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais****, ressalvados os casos previstos em lei".*

A grande preocupação com a manutenção de contas correntes em bancos privados é com a possibilidade de acarretar sérios riscos de dano ao erário, pois em caso de insolvência da instituição financeira privada, ocorre a perda de recursos públicos.

A Lei (federal) n. 8.666, de 1993, regulamenta os Convênios no seu art. 116, e em específico no § 4º trata da aplicação dos saldos de convênios em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial, dispondo o seguinte:

> *"Art. 116. .....*
>
> *.....*
>
> *§ 4º. Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança* ***de instituição financeira oficial*** *se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês".*

Ainda, o Manual Simplificado de Convênios, da Auditoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul (MS), de 2005 (disponível em <arq.sefaz.ms.gov.br/age/legislação/Convênios/ManuConatual.pdf>), trata do tema no item 5.1. *"Como controlar um convênio, depois de assinado?"* nos seguintes termos:

> *"O convenente deverá movimentar os recursos em* ***conta bancária específica****, indicada pelo concedente".*
>
> *"Enquanto os recursos não forem utilizados eles deverão obrigatoriamente ser aplicados em cadernetas de poupança* ***de instituição financeira oficial*** *se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês".*

Assim, nos termos dos ditames legais e dos julgados dos Tribunais Superiores, o convenente deveria ter aberto uma conta corrente específica em instituição financeira oficial, ou seja, banco público, com o propósito de afastar qualquer risco de dano ao erário.

Assim é que a Prefeita Nilza Ramos (Termo de intimação n. 965/2014, peça

n. 24) intimada para informar sobre a abertura de conta corrente específica para o recebimento do recurso financeiro oriundo do "Convênio" em banco privado, informou que não existe banco oficial no Município Novo Horizonte do Sul e que a única instituição financeira local é o Sicredi. E afirmou que o Município utiliza o SICREDI "*apenas para os programas destinados à agricultura familiar e não para movimentar as suas contas,* ***o que é feito em bancos oficiais situados no Município de Ivinhema"***. (peça n. 32, fl. 219)

Diante das informações apresentadas pela intimada, entendo que a "convenente" tinha como atender ao disposto nas regras legais pertinentes, no sentido de abrir conta corrente específica do Convênio em instituição financeira local (no caso, Sicredi) ou em instituição financeira oficial no Município de Ivinhema (Município vizinho), a fim de receber os recursos oriundos do "Convênio", já que os documentos que instruem os autos demonstram que o recebimento dos recursos financeiros ocorreram em conta corrente particular da empresa, no Banco Bradesco, Agência n. 1278 (Ivinhema), Conta Corrente 200541-7 (peça n. 8, fl. 27).

No tocante à execução financeira da contratação, embora haja harmonia entre os documentos da despesa (empenho, liquidação e pagamento), entendo que, com fundamento em todo o exposto acima, principalmente diante da não comprovação nos autos do atendimento ao interesse público geral, posto que não houve a geração dos empregos diretos (mínimo de 25 empregos) considerados na Lei Municipal n. 384, de 2011, a prestação de contas do Convênio n. 11, de 2012, deve ser declarada irregular, e diante da constatação de dano ao erário, o valor de **R$ 35.800,00** deve ser glosado.

Diante do exposto, acolho os posicionamentos da 1ª ICE e do Ministério Público de Contas e decido nos termos de:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, **a irregularidade da prestação de contas do Convênio n. 11, de 2012**, celebrado entre o Município de Novo Horizonte do Sul e a microempresa Marlene Izzo dos Santos Panini - ME, decorrente das seguintes infrações:

a) descumprimento das prescrições da cláusula quarta, item V, do Convênio, e art. 7º da Lei Municipal n. 384, de 2011, visto que não está demonstrado nos autos que a beneficiária cumpriu com a obrigação consistente na geração de, no mínimo, 25 empregos diretos, em sua indústria de confecção têxtil, como forma de atender ao interesse público do Município;

b) a não abertura de conta corrente específica em instituição financeira oficial (banco público), para o recebimento dos recursos financeiros oriundos do "Convênio" celebrado, em desatendimento ao disposto no art. 18, § 1º, do Decreto Estadual n. 11.261, de 2003, e do art. 116, § 4º, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993;

II – impugnar o valor de R$ 35.800,00 (trinta e cinco mil e oitocentos reais) em face do dano ao erário, pois está demonstrado nos autos que a contraprestação da empresa privada consistente na geração de empregos, não foi executada, com fundamento nas regras dos arts. 42, I e IX, e 61, I, da Lei Complementar (estadual)

n. 160, de 2012, devendo a importância destacada ser restituída aos cofres do Município, com a imputação de **responsabilidade pelo ressarcimento ao Sr. Marcílio Álvaro Benedito**, CPF-570.241.119-68, Prefeito do Município de Novo Horizonte do Sul na época dos fatos;

III - aplicar multa no valor equivalente ao de **8% (oito percentual) sobre o valor do dano ao erário (R$ 35.800,00)**, ao **Sr. Marcílio Álvaro Benedito**, CPF-570.241.119-68, Prefeito do Município de Mundo Novo na época, pelas infrações decorrentes das irregularidades apontadas nos termos dispositivos do inciso **I**, ***a*** e ***b***, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e inciso IX, 44, I, e 45, II da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, observado o disposto no art. 170, II, do Regimento Interno;

IV – assinalar que o valor original de **R$ 35.800,00** — a ser ressarcido ao erário municipal pelo Sr. Marcílio Álvaro Benedito, em decorrência da impugnação de valor de despesa — deverá ser monetariamente atualizado e com a incidência de juros moratórios, segundo os índices ou critérios que a Administração municipal aplica para o recebimento de seus créditos tributários, consoante a regra do art. 61, § 1º, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, observado o disposto no art. 172, III, **a**, e § 1º, III e IV, **a**, **2**, e **b**, do Regimento Interno;

V - fixar o prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação desta Decisão no DOTCE/MS, para o apenado pagar o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as regras dos arts. 50, I, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160 de 2012, observadas as disposições do art. 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno;

VI – assinalar ao gestor atual que no caso de concessão de incentivo financeiro à empresa privada, com o compromisso de contraprestação em favor do interesse público, que utilize o mecanismo da subvenção econômica.

É COMO DECIDO.

Campo Grande, 8 de maio de 2017.

Conselheiro JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL

Relator

LAC