

**Procedência:** Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais - AGE

**Interessado:** Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais - AGE

**Número:** 14.744

**Data:** 5 de fevereiro de 2007

**Assunto:** Estado de Minas Gerais. Decreto Estadual 43.635/03. Regulamentação da celebração de convênios no âmbito estadual. Propostas de alterações. Viabilidade jurídica.

## RELATÓRIO

A Advocacia-Geral do Estado, em razão de solicitação administrativa do Governo, elaborou minuta de alteração no Decreto Estadual 43.635/03, que regulamenta a assinatura de convênios no âmbito da Administração estadual.

As alterações propostas foram as seguintes:

Art. 4º - O convênio que tiver por objeto a execução de obras e benfeitorias deverá ser acompanhado de certidão de registro de imóvel, do cartório competente, que comprove a sua propriedade.

§ 1º - No caso de comodato, de cessão ou de permissão de uso, deverá o proprietário estar de acordo com a obra e a manutenção desta cessão, por período não inferior a dez anos, contados da data de assinatura do convênio.

§ 2º - *Em se tratando de convênio firmado com entes de direito público da Administração direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, poderá ser dispensada a prova da propriedade do bem público, mediante termo de declaração de posse, a ser assinado pelo representante legal do ente receptor dos recursos estaduais.* (parágrafo a ser acrescentado)

Fica acrescido, ainda, o art. 44 no Decreto Estadual 43.635, de 20.10.03:

*Art. 44 - As regras definidas neste Decreto só se aplicam aos convênios que importem em transferência de recursos. Aos convênios de cooperação técnica, que não impliquem em transferência de recursos, as normas deste Decreto se aplicam apenas no que couber.*

A Auditoria Geral do Estado, todavia, não concordou com as alterações, nos termos do parecer AJ 1080.6.06.08.068.06:

a) em relação ao acréscimo do § 2º ao art. 4º, opinou que a União teria competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, o tendo feito por meio da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional, IN 01/97, de 15.01.97, a qual sempre teria sido usada, como referência pelo Estado de Minas Gerais, para edição e atualização do Decreto Estadual 43.635/03;

b) em relação ao acréscimo do art. 44, entendeu que a norma seria desnecessária e inútil, porque o que se pretende já estaria contido no art. 1º do Decreto Estadual 43.635/03.

Não se pode, porém, concordar com tal orientação, porque não tem qualquer sustentação jurídica.

### **PARECER 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). Confirma-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).

Todavia, a Auditoria Geral do Estado, curiosamente, tomou por norma geral de licitação e contratação na Administração Federal a Instrução Normativa 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional - STN, que disciplina os convênios de natureza financeira no âmbito da União.

Nessa linha, no parecer citado, apontou a Auditoria que a Instrução Normativa 01/97 da STN “*sempre foi referência para a elaboração e atualização do Decreto n. 43.635/2003, eis que, por força da Constituição Federal em seu artigo 22, inciso XXVII, combinado com o artigo 24, I, a União tem competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades (...)*”.

Não há dúvida a respeito do acerto da parte final da asserção: **a competência para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos é mesmo privativa da União Federal. Mas daí a tomar como essa norma geral uma simples normatização interna da Secretaria do Tesouro Nacional, que tem a singela natureza de ato administrativo, vai uma distância enorme.**

Com efeito, **instrução normativa**, como já lecionava o clássico e sempre lembrado **Hely Lopes Meirelles**, “*são atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim*” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 17ª ed., 1992, p. 164).

Confira-se, ainda, a perfeita orientação de **Odete Medauar**:

*“Instrução - é ato administrativo editado por superior hierárquico com a finalidade de fixar diretrizes aos subordinados no tocante ao modo de realização de serviços ou atividades. Na elaboração doutrinária a instrução é mencionada como ato administrativo que repercute somente no âmbito interno das repartições (...)*” (Direito Administrativo Moderno, RT, 5ª ed., 2001, p. 172).

E, para que não reste dúvida, tenha-se lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

*“Instrução - é fórmula de expedição de normas gerais de orientação interna das repartições, emanadas de seus chefes, a fim de prescreverem o modo pelo qual seus subordinados deverão dar andamento a seus serviços”* (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª ed., 2001, p. 393).

Não, há, pois, dúvidas: **instrução normativa não é lei. É ato administrativo.** E, como tal, não pode, jamais, servir como norma geral, de incidência obrigatória, v.g., no âmbito dos Estados-membros.

Tanto isso é certo que 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. A prevalecer o raciocínio jurídico da Auditoria, o Estado de Minas Gerais nem mesmo poderia ter editado o Decreto. Deveria, pura e simplesmente, seguir a tal norma geral a respeito do tema, ou seja, a IN 01/97 da STN...

Só essas singelas ponderações, acredita-se, bastam para afastar os argumentos contrários da Auditoria: 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).*

A razão pela qual se pretende alterar o decreto de convênios é também singela: se o ente de direito público ocupa o terreno e ali construiu, v.g., uma escola, tal situação pode traduzir desapropriação indireta. Mas neste caso, sabe-se, o ente público não perde a posse da área, à qual deu destinação pública. Mas deverá, quando muito, indenizar o particular lesado.

Tenha-se, a respeito, a lição de **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**:

*“Desapropriação indireta é a que se processa sem observância do procedimento legal; costuma ser equiparada ao esbulho e, por isso mesmo, pode ser obstada por meio de ação possessória. No entanto, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, deixando que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, pois os bens expropriados, uma vez incorporados ao patrimônio público, não podem ser objeto de reivindicação (art. 35 do Decreto-lei n. 3.365/41 e art. 21 da Lei Complementar n. 76/93)” (Direito Administrativo, Atlas, 13ª ed., 2001, p. 170/171).*

Logo, a transferência de recursos em tal situação é válida e atende o interesse público, v.g., para reforma de escolas construídas em área rural em que o Município não tem o título de propriedade. Com isso, a norma sugerida flexibiliza a atuação estatal, sem perder de vista a segurança jurídica necessária para a transferência e boa utilização do recurso.

No que tange à segunda alteração proposta - acréscimo do art. 44 ao Decreto Estadual 43.635/03, especificando que as normas do decreto só se aplicam aos convênios que envolvam transferência de recursos, se aplicando aos convênios de cooperação técnica apenas no que couber - também não se pode concordar com o parecer da Auditoria.

Com efeito, proclamou a Auditoria que “*entendemos desnecessário o acréscimo pretendido, uma vez que o mesmo encontra-se está previsto no já mencionado preâmbulo e no art. 1º do referido Decreto (...)*”.

De início, cabe registrar, a parte inicial da alteração se dirige apenas a clarear, esclarecer, para que não reste margem de dúvida quanto à aplicabilidade do decreto apenas aos convênios que importam transferência financeira.

Técnica redacional semelhante foi utilizada no paradigma tão admirado pela Auditoria, qual seja IN 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, que assim dispõe:

*“Art. 39. Não se aplicam as exigências desta Instrução Normativa aos instrumentos:*

*I - cuja execução não envolva a transferência dos recursos entre partícipes (...)*”.

E no art. 1º da mesma IN 01/97, bem como no seu preâmbulo, se proclama, da mesma forma que no decreto estadual, que a normatização interna se dirige apenas aos convênios que envolvam transferência de recursos...

Logo, acredita-se, não se pode acoimar de ociosa ou desnecessária a alteração pretendida. Tanto isso é certo que constitui objeto de constante indagação dos órgãos estatais junto a esta Consultoria a aplicabilidade ou não do Decreto Estadual 43.635/03 aos convênios de cooperação técnica.

Ademais, a segunda parte da alteração sugerida é bem diversa, e não tem equivalência no Decreto, ou seja, não se trata de norma ociosa como pretendeu a Auditoria.

Com efeito, a segunda parte da norma amplia a incidência do Decreto também para os convênios de cooperação técnica no que couber, ou seja, nas normas do decreto que não conflitem com a finalidade e o objeto do convênio de cooperação técnica, como, v.g., só permitir assinatura de convênio de cooperação com entidades que se encontrem regulares perante a Fazenda

Estadual.

Nesses termos, por qualquer ângulo que se examine o art. 44 da sugestão de alteração, não se pode declará-lo de ocioso.

Cabe, por fim, ressaltar que as alterações sugeridas foram apresentadas por demanda da própria Administração estadual, e, evidentemente, encontra-se no âmbito do poder discricionário da Administração promover ou não tais alterações, para melhor adequar as normas de assinatura de convênio às realidades administrativas.

A Administração, no seu soberano juízo de conveniência e oportunidade, pode até entender que não é o caso de alterar o decreto.

Todavia, se deseja alterá-lo, ou adaptá-lo às novas realidades fáticas, as sugestões apresentadas, com a devida vênua da Auditoria, não são ilegais ou contrárias à legislação federal (não incluído no conceito de legislação federal, evidentemente, o ato administrativo denominado instrução normativa), ou desnecessárias.

Não há, pois, obstáculo jurídico ou legal na adoção das proposições apresentadas por esta Advocacia Geral do Estado para alteração do Decreto Estadual 43.635/03.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se, pois, pela legalidade e possibilidade jurídica das alterações no Decreto 43.635/03 sugeridas por esta Advocacia-Geral do Estado, quais sejam, inserção do § 2º ao art. 4º e acréscimo do art. 44 ao decreto estadual que regulamenta a assinatura de convênio no âmbito da Administração estadual, ficando no âmbito da discricionariedade administrativa adotar ou não a proposta de alteração.

Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007

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