

# A vedação dos efeitos financeiros retroativos nos convênios firmados pelo estado de São Paulo

Fábio Augusto Daher Montes<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Considerações iniciais. 3. A interpretação da expressão *efeitos financeiros retroativos* e o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado. 4. Conclusão. Bibliografia.

---

## 1. Introdução

Como sabido, convênios são ajustes nos quais os partícipes possuem interesse convergente e conjugam esforços para o seu atingimento<sup>2</sup>, não incidindo, ao menos por expressa disposição legal, o de-

---

1 Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

2 Maria Sylvia Zanella di Pietro define convênio como *a forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração* [Direito administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 319]. Conforme explica Gustavo Alexandre Magalhães, *o entendimento sustentado pela doutrina tradicional foi concebido por Hely Lopes Meirelles, ainda na década de 70, apontando a diversidade de interesses dos partícipes como base da distinção entre contratos e convênios: 'Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas a diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objeto comum, desejado por todos. [Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 118]*

ver de licitar<sup>3</sup>, mormente nos casos em que não há repasse de recursos financeiros.

A Lei federal nº 8.666/93, norma geral sobre o tema<sup>4</sup>, traz apenas um artigo específico sobre convênio<sup>5</sup>, sendo que os demais dispositivos aplicam-se aos convênios *no que couber*<sup>6</sup>, o que dificulta a compreensão

3 Neste sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro pontua que *resta assinalar, com relação ao convênio, que sua celebração independe de prévia licitação. O assunto já foi tratado no livro Temas polêmicos sobre licitações e contratos (2000:310-314), onde realçamos o que segue: 'Enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de know-how. Não se cogita de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666; no caput é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a 'estipulação de obrigações recíprocas' a que se refere o dispositivo. Há que se lembrar, contudo, que, não obstante a denominação de 'convênio', ou 'protocolo de intenções', ou 'termo de compromisso', ou outra qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade. Situação como essa é que o legislador quis coibir com a expressão seja qual for a denominação utilizada, inserida na parte final do parágrafo único do art. 2º' [Parcerias na Administração Pública. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 241. g.n.]. José dos Santos Carvalho Filho também assevera que a celebração de convênios, por sua natureza, independe da licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para a cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação [Manual de Direito Administrativo. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 244].*

4 Com efeito, assim dispõe a Constituição Federal:  
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

5 Artigo 116:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

[...]

6 Nos termos do próprio *caput* do artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93.

de seu regramento. Com efeito, há diversas dúvidas sobre o que seria ou não permitido na sua formatação, isto é, se a regra incidente nos contratos seria ou não cabível aos convênios.

Com isso, os entes federativos acabam por consolidar a regulamentação do convênio do modo que julgam mais adequado<sup>7</sup>, interpretando quais os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 lhe são aplicáveis e acrescentando outras regras e condições com as quais irão se relacionar com o parceiro<sup>8</sup>.

No Estado de São Paulo, atualmente, há uma peculiaridade.

Sob a égide do Decreto-Lei federal nº 2.300/83<sup>9</sup>, foi editada a Lei estadual nº 6.544/89, também dispondo sobre licitações e contratos. No mesmo passo do artigo 51, § 2º<sup>10</sup>, da lei federal, a lei estadual fixou dispositivo que expressamente veda que sejam atribuídos efeitos financeiros retroativos ao contrato administrativo:

Artigo 56 – É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta lei, bem assim as suas alterações sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.

---

7 Edmir Netto de Araújo, analisando o tema, pontua que *em se tratando de normas gerais, remanesce para as demais pessoas políticas a competência legislativa suplementar (art. 24, § 1º, da CF), como acontece no caso (CF, art. 24, § 1º) da competência concorrente; mas praticamente nada sobrou, na matéria específica de licitações e contratos administrativos, à complementação legislativa* [Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 696].

8 Nesse passo, a União editou o Decreto federal nº 6.170/07, que regulamenta de maneira pormenorizada os convênios por ela firmados, enquanto o Estado de São Paulo fixou o seu regulamento por meio do Decreto estadual nº 59.215/13, de modo muito mais sucinto.

9 Que dispunha *sobre licitações e contratos da Administração Federal*, sendo as normas gerais aplicadas aos demais entes federativos, conforme fixado em seu artigo 85.

10 Art. 51. *Todo contrato deve mencionar, no preâmbulo, os nomes das partes e de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação ou da dispensa, a sujeição dos contratantes às normas desde decreto-lei e às cláusulas contratuais.*

[...]

§ 2º *É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por este decreto-lei, bem assim às suas alterações, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.*

E essa regra é aplicada aos convênios, com fundamento no artigo 89<sup>11</sup> da mesma norma e no artigo 12 do Decreto estadual nº 59.215/13:

Artigo 12 – É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos convênios de que cuida o presente decreto, bem como às suas alterações (artigo 56 da Lei nº 6.544, de 22 de novembro de 1989).

Ocorre que disposição similar foi vetada<sup>12</sup> do projeto que resultou na Lei Federal nº 8.666/93, lei esta que revogou o Decreto-Lei federal nº 2.300/83, o que tornou a vedação explícita somente ao Estado de São Paulo. Apesar disso, prevalece o entendimento que a vedação permanece, de forma implícita, no âmbito federal<sup>13</sup>, o que

11 Artigo 89 – Os convênios e consórcios celebrados pela Administração centralizada e autárquica do Estado com entidades públicas ou particulares regem-se pelo disposto nesta lei, no que couber.

12 O vetado § 2º do artigo 61 dispunha ser *vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta Lei, bem como às suas alterações, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa, ressalvada a hipótese prevista na alínea “d” do inciso II do art. 65, quando os efeitos financeiros poderão retroagir à data do requerimento para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. Tal dispositivo foi vetado seguindo orientação da Advocacia-Geral da União pela *ausência dos pressupostos autorizadores da revisão de preços*, ou seja, por questões relacionadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme razões contidas no site [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/Vep335-L8666-93.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf). Acesso em: 19/04/17.

13 Marçal Justen Filho aduz que *a lei proíbe, implicitamente, que o contrato preveja efeitos financeiros retroativos a período anterior à sua lavratura. Ressalva-se a hipótese de contratação em situação de emergência, em que a formalização seja posterior à data de início da execução da prestação pelo particular*. [Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 864/865]. No mesmo sentido o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

*Abstenha-se de celebrar contratos com efeitos retroativos, evitando o risco de simulação de cumprimento anterior de formalidades, em desrespeito ao disposto nos artigos 60 e 61 da Lei nº 8.666/1993.*

[Acórdão 1077/2004 Segunda Câmara]

*Atente à necessidade de formalização das prorrogações contratuais porventura acordadas, abstendo-se de fazê-las com efeitos retroativos, em respeito ao art. 60, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.*

[Acórdão 1889/2006 Plenário]

Pode-se interpretar, outrossim, que a vedação no âmbito federal, no caso dos convênios, também decorre da expressão “*a ser executado*”, contida no artigo 116, § 1º, I, da Lei federal nº 8.666/93, que impediria que o ajuste abarcasse atividades pretéritas:

*Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*

*§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:*

demonstra que o estudo do tema é relevante nas duas esferas federativas.

Este artigo não tem a intenção de analisar as diversas controvérsias sobre o convênio, mas focar especificamente na interpretação desta regra. Visando aproximar-se da segurança jurídica almejada pela Administração Pública Estadual, será explicitado o posicionamento institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre o assunto.

## 2. Considerações iniciais

Preliminarmente, cabe esclarecer alguns pontos, de modo a evitar questionamentos sobre a aplicação do artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 aos convênios estaduais.

O primeiro ponto relevante é que o citado dispositivo é considerado, pela Procuradoria Geral do Estado, como norma suplementar, ou seja, é compatível com o regramento geral trazido pela Lei federal nº 8.666/93<sup>14</sup>. Aliás, esse não é o único dispositivo da lei estadual com essa natureza. A Lei estadual nº 13.121/08 inverteu as fases da licitação promovida pela Administração Pública Paulista, fixando que o envelope contendo as propostas deve ser aberto e apreciado antes do envelope contendo os documentos de habilitação da licitante<sup>15</sup>. Dessa forma, não

---

*I - identificação do objeto a ser executado; [g.n.]*

14 Até mesmo porque, como dito, prevalece o entendimento de que a vedação subsiste, de forma implícita, na esfera federal.

15 O artigo 40 da Lei estadual nº 6.544/89 passou a contar com a seguinte redação:

“Artigo 40 – A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:

I – realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

II – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;

III – verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

IV – julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório;

há qualquer incompatibilidade com a competência privativa<sup>16</sup> da União de estabelecer normas *gerais* de contratação<sup>17</sup>.

O segundo ponto é que essa regra, além de aplicável aos contratos, pode ser considerada como cabível aos convênios, já que não há qualquer razão que justifique a diferenciação em ambos os casos. Seguindo essa lógica e buscando afastar quaisquer dúvidas, o artigo 12 do Decreto estadual nº 59.215/13 replicou essa vedação.

Em terceiro lugar, o termo convênio é tratado no presente artigo em seu sentido lato, abarcando toda e qualquer forma de parceria. Assim, o raciocínio a ser aqui desenvolvido também será útil aos termos de parceria<sup>18</sup>, contratos de gestão<sup>19</sup>, termos de fomento, termos de colaboração<sup>20</sup> e demais formas de ajustamento.

Por outro lado, cabe ressaltar que é pacífico, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, que a celebração ou aditamento de convênio podem acarretar efeitos retroativos *não financeiros*, conforme explicitado pelo Parecer PA nº 186/07<sup>21</sup>:

A solução para situações desse jaez é a celebração de convênio de delegação com eficácia retroativa. Desde que não sejam atribuídas conse-

---

V – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;

VI – abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

VII – deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados;

VIII – se for o caso, abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação de tantos concorrentes classificados quantos forem os inabilitados no julgamento previsto no inciso VII deste artigo;

IX – deliberação final da autoridade competente quanto à homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, no prazo de 10 (dez) dias úteis após o julgamento.”

16 Artigo 22, XXVII da Constituição Federal.

17 Note-se que o termo *contratação* deve ser entendido em seu sentido lato, abarcando todas as formas de ajustamento.

18 Regidos pela Lei federal nº 9.790/99.

19 Regidos pela Lei federal nº 9.367/98 e Lei Complementar Estadual nº 846/98.

20 Regidos pela Lei federal nº 13.019/14.

21 No mesmo sentido o Parecer AJG nº 393/11.

quências de ordem financeira, não há empecilho à estipulação de efeitos retroativos em convênios, o que pode ser útil para o saneamento de irregularidades administrativas envolvendo o instituto da delegação externa, ou seja, de pessoa jurídica de direito público para pessoa jurídica de direito público.<sup>22</sup>

De igual modo, os convênios *por escopo*<sup>23</sup>, se executados em prazo excedente ao originariamente fixado, não infringem o citado comando legal, eis que o ajuste se extingue com a consecução do objeto, sendo o prazo meramente moratório<sup>24</sup>, e não extintivo.

Diante dessas premissas, cabe interpretar a expressão *efeitos financeiros retroativos* e explicitar como o tema vem sendo tratado pela Procuradoria Geral do Estado.

### **3. A interpretação da expressão efeitos financeiros retroativos e o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado**

Os contratos administrativos relacionam-se a uma prestação (execução de serviço, obra, entrega de bens, execução de projeto, etc.) e contraprestação (usualmente, o pagamento em dinheiro). Se a prestação do objeto já ocorreu sem a formalização necessária, a contraprestação irá se referir a evento ocorrido antes da assinatura do contrato, sendo este o efeito financeiro retroativo que o legislador buscou evitar. Este é o posicionamento externado por Carlos Ari Sunfeld<sup>25</sup>:

---

22 No mesmo sentido é o Parecer PA nº 127/10, que considerou viável a celebração de convênio com efeito retroativo cujo objeto era conferir à Procuradoria Geral do Estado o exercício da representação judicial, da consultoria e da assessoria jurídica da Fundação PROCON. Considerou-se que, por não haver repasses entre os partícipes, não havia violação dos artigos 56 e 89 da Lei estadual nº 6.544/89. O Parecer AJG nº 393/11, citando este precedente, também considerou viável ajuste com a Fundação PROCON, nos mesmos moldes.

23 Relacionados a um projeto específico e não a uma atividade de necessidade permanente cuja execução se protraí no tempo.

24 Tema já pacificado pelos Pareceres PA nº 157/09 e 48/13. Ainda que digam respeito aos contratos, não há dúvidas que a mesma lógica se impõe aos convênios.

25 Revista de Direito Público • RDP 86/79 • abr.-jun./1988, disponível em: [http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&cao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015b82b431df8ad39406&epos=4&spos=4&page=0&td=4&save\\_dSearch=&searchFrom=&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&cao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015b82b431df8ad39406&epos=4&spos=4&page=0&td=4&save_dSearch=&searchFrom=&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento), acesso em 19/04/17.

A dúvida seria a de saber se o pagamento de reajustes referentes a meses anteriores ao decreto importaria em atribuir efeitos financeiros retroativos a alterações contratuais, o que é vedado pela norma em comento.

A resposta é tranquilamente negativa, exsurgindo de modo cristalino. O que o decreto-lei pretende proibir, e com justa razão, é que fato novo gere efeitos financeiros no passado. Assim, fica proibido formalizar hoje a contratação de um serviço que se iniciou no passado sem atendimento dos requisitos da lei e pagar-se pelos trabalhos anteriores ao contrato. Fica igualmente interditado o pagamento, anterior à alteração do contrato, de acréscimo de obra só determinado pela alteração. [g.n.]

Portanto, busca-se com o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 que qualquer ajustamento que enseje despesa ao Estado seja previamente formalizado, com efetivo respaldo orçamentário<sup>26</sup> e cumprimento dos demais requisitos legais.

Com a existência da vedação, se o Estado assumir obrigação sem formalização prévia, o pagamento deverá se realizar sem lastro contratual, com fundamento no Decreto estadual nº 40.177/95<sup>27</sup>.

Aplicar essa regra a um contrato é relativamente simples, já que, como dito, há uma simples relação de prestação e contraprestação. Nesse caso, a vedação impede a assinatura de contrato ou aditamento que se refira a algo já executado.

A situação se complica um pouco na aplicação da regra aos convênios. Isso porque neles, por sua própria natureza, em regra o dinheiro é repassado para o partícipe contratar com terceiro. Um exemplo é o caso de o Estado ajustar com um determinado Município a construção de um equipamento público, repassando a ele um percentual do custo do projeto, nos termos fixados no plano de trabalho<sup>28</sup>.

Neste caso, como o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 deve ser interpretado? Parece claro que o convênio não pode servir para reembol-

---

26 Lembrando que, consoante disposto no artigo 60 da Lei federal nº 4.320/64: *é vedada a realização de despesa sem prévio empenho*.

27 O que ensejará a apuração da responsabilidade pela despesa irregular, nos termos do artigo 1º, IV, do decreto citado.

28 Elemento essencial do convênio, conforme artigo 116, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93.

sar eventuais obras realizadas antes da sua assinatura<sup>29</sup>. Mas e se, antes de firmado o convênio, o Município já tiver contrato assinado com terceiro? E se houver execução de um projeto modificado sem prévia readequação do plano de trabalho?

O tema vem sendo constantemente enfrentado pela Procuradoria Geral do Estado.

No Parecer AJG<sup>30</sup> nº 830/97, foi explicitado não ser viável incluir, no convênio, parcela de obra já executada:

12. Verifico, preliminarmente, que o cronograma físico de obras de fls. 111 indica o **mês de maio de 1993** como de início das ETAPAS/SERVIÇOS, o que não pode ser aceito, vez que o **convênio** foi assinado em **14 de julho de 1993 (fls. 39)**, bem como a prestação de contas de fls. 113/114 que discrimina despesas anteriores à referida data.

13. A aceitação de tais documentos implica atribuir efeitos financeiros retroativos ao ajuste, o que é vedado expressamente pelo artigo 56 da Lei nº 6.544/89, que lhe é aplicável por força do artigo 89.

14. Retroatividade essa também vedada pela Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, como decorre de leitura do artigo 116, eis que o seu parágrafo primeiro determina que a “celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter no mínimo as informações elencadas nos incisos I a VII, dentre os quais consta: **identificação do objeto a ser executado**.”

---

29 Vale destacar que há precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo relevando, de forma excepcional, a atribuição de efeito financeiro retroativo em convênio:

*As justificativas relacionadas à retroatividade do prazo de vigência do convênio podem ser aceitas, posto que, no meu entendimento, o ato administrativo amparou-se em orientação da fiscalização, que, em que pese cautelosa, se mostra, no caso concreto, desnecessária, frente aos fundamentos da decisão acima transcrita. Portanto, pelas razões expostas, há que se relevada a falha apontada pela fiscalização quanto à retroação do prazo de vigência do convênio [TC – 000802/010/10, 2ª câmara, j. 20/5/2014].*

30 Atualmente, o órgão corresponde à Assessoria Jurídica do Gabinete da Procuradoria Geral do Estado, conforme artigo 9º, I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15. Embora caiba ao Procurador Geral do Estado fixar a orientação jurídica da instituição, consoante artigo 7º, I, da mesma norma, é inegável que, enquanto não vier orientação contrária, os posicionamentos jurídicos da AJG podem ser considerados institucionais.

15. Destarte, o pedido de alteração de objeto, para ser acolhido, deverá estar compatibilizado com a legislação aplicável e demais cláusulas do ajuste. As obras, serviços e despesas ofertadas deverão ser posteriores à data de sua assinatura (14.07.93), e que foi o termo inicial de sua vigência (cláusula sexta).<sup>31</sup>

Já no Parecer AJG nº 961/06 foi defendido ser indevido que o repasse do convênio seja destinado a custear obrigações *assumidas*<sup>32</sup> pelo parceiro antes de sua celebração:

9.3. Quanto a este aspecto, o próprio Diretor Presidente da CPP busca demonstrar não existir no presente caso efeito financeiro retroativo com a celebração do convênio em ato posterior à contratação do Consórcio KPMG-GPMR, por entender que a vedação “tem como *ratio essendi* impedir a convalidação de pagamentos efetuados sem amparo contratual, o que não é absolutamente o caso concreto”, pois o Estado ainda não pagou a CPP e poderá nem vir a pagar.

9.4. Entretanto, este não é o nosso posicionamento. Não nos parece, com a devida *venia*, que a regra em análise tenha um campo de incidência tão específico. A nosso ver não se busca apenas evitar a convalidação de pagamentos sem cobertura contratual, esta é uma das consequências de não se poder atribuir efeitos retroativos aos convênios ou contratos – não se convalidar pagamentos efetuados, mas também pagamentos futuros acordados, uma vez ser o contrato a fonte geradora da obrigação de pagar, não importando se o pagamento já ocorreu ou poderá vir a ocorrer. Acreditamos que o legislador pretendeu com a regra coibir que no ajuste se abarque obrigações, que tenham ou possam vir a ter efeitos financeiros, por consequência, impede o cumprimento de uma obrigação anteriormente estabelecida, mas que não obedeceu ao regramento existente para a sua constituição.

9.5. E aqui necessário frisar não importar o fato de o Estado não ter pago a CPP, ou melhor, não ter reembolsado a CPP, ou ainda que po-

---

31 Ao aprovar o citado parecer, a chefia da AJG pontuou que *auxílios financeiros transferidos pelo Estado a Municípios, para execução de obras constantes do objeto de convênios, não se prestam ao ressarcimento de despesas realizadas anteriormente à vigência do ajuste.*

32 O que impediria que o repasse fosse destinado ao pagamento de contratos já assinados pelo parceiro, mesmo que não executados.

derá nem vir a fazê-lo em decorrência da possibilidade dos custos com a contratação destes serviços técnicos especializados virem a ser ressarcidos pelo parceiro privado vencedor do certame. Conforme acima consignado, não é o pagamento anterior ao ajuste que se busca evitar que seja convalidado, mas se busca evitar que uma relação anterior ao ajuste e que gere efeitos financeiros seja por ela abarcada. Dessa forma, o fato de não ter ocorrido o pagamento, ou o fato deste depender de uma condição suspensiva (a eficácia da cláusula de pagamento estar subordinada à ocorrência de um acontecimento futuro e incerto) não altera a situação, estando vedada da mesma forma a sua ocorrência. Portanto, como o Estado pode vir a ter que reembolsar a CPP dos custos diretos e indiretos efetuados, ainda que em momento futuro, mas por obrigação constituída antes da celebração do ajuste, estar-se-ia sim dando efeitos retroativos ao ajuste. [g.n.]

Contudo, tal ponto do parecer foi desaprovado pela chefia do órgão, nos seguintes termos:

Divirjo, entretanto, do referido pronunciamento, por não vislumbrar no ajuste que se pretende firmar efeitos financeiros retroativos. A avença, a esta altura, destina-se a regradar as medidas conjuntas com vista ao acompanhamento da execução de serviços que foram contratados e de oportuno ressarcimento, ‘no caso de não ser celebrado futuro contrato com o parceiro privado’. Os efeitos financeiros – o ressarcimento da CPP por parte do Estado – são, portanto, futuros e, ademais, incertos.

Conforme possível deprender, aqui se considerou não haver efeito financeiro retroativo no repasse visando ressarcir o parceiro de pagamento futuro. Não foi feita ressalva a respeito de o contrato do parceiro já ter ou não sido adimplido, ainda que em parte<sup>33</sup>.

Já o Parecer AJG nº 856/11, superiormente aprovado, adota explicitamente o posicionamento que veda apenas o repasse para custear serviço já executado:

6.1. Ora, como ressaltado no parecer de fls. 101/106, a atribuição de efeitos financeiros retroativos a convênios é vedada pelo artigo 89 da

---

33 Não há informações claras sobre se alguma parte do objeto contratual a ser coberto pelo convênio já havia sido executada.

Lei nº 6.544, de 22.11.1989, c.c. o artigo 56 do mesmo diploma legal, ou seja, os recursos financeiros estaduais não podem ser utilizados para quitar serviços já executados ou custear atividades já realizadas.

6.2. Note-se que, se vier à tona desrespeito à vedação acima mencionada, tal ocorrência implicará invalidação do ato e responsabilização de quem lhe deu causa, nos termos do citado artigo 56.

6.3. Destarte, a celebração da avença somente poderá ser concretizada se as circunstâncias fáticas assim o permitirem, isto é, se os trabalhos de sinalização ainda não ocorreram, ponto esse a ser devidamente esclarecido pela Pasta de origem e atestado expressamente nos autos. Em suma, desde que confirmada a não realização dos serviços de confecção de placas e de sinalização, inexistirão óbices à assinatura do instrumento de convênio, impondo-se, todavia, a atualização do plano de trabalho para indicar o efetivo período de execução do objeto do ajuste. [g.n.]

E na mesma direção seguiu o Parecer SubG<sup>34</sup> Cons. nº 19/13, assestando não ferir o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 a celebração de convênio para custear a *continuidade* de obra licitada e iniciada pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER e pela DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A<sup>35</sup>. Ou seja, o pagamento somente poderia custear obra que será realizada após o aditamento.

Nos termos desses precedentes, conclui-se que, para verificar se há efeito financeiro retroativo na assinatura de um convênio ou aditamento, deve-se analisar se as atividades nele previstas já foram realizadas. Em caso negativo, a assinatura do convênio ou do respectivo aditamento não conterà qualquer mácula. Em caso positivo, a medida será inviável, por ferir o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89.

---

34 A Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral é responsável pela fixação de orientações jurídicas da PGE, ressalvados os casos em que necessária a submissão ao Procurador Geral do Estado, conforme artigo 21, IX, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15.

35 Vale destacar que foram fixadas diretrizes para aproveitamento da contratação já efetivada, quais sejam: i) *existência de motivação técnica*; ii) *constatação de que as avenças foram firmadas respeitando a legislação de regência, em especial a Lei nº 8.666/93*; iii) *afirmação da efetivação do caráter competitivo do certame*; iv) *adequação de seus custos aos de mercado*; v) *manifestação fundamentada que ateste 'a viabilidade técnica e adequação legal e financeira da(s) contratação (es) e demonstre(m) que nova(s) licitação(es) acarretam ônus maior à Administração Pública'*.

Igual raciocínio pode ser adotado na hipótese de execução de um projeto modificado sem prévia readequação do plano de trabalho. Se o parceiro alterou o projeto objeto do convênio por sua conta e risco e já o executou, sem o devido aditamento, a Administração deverá glosar os valores correspondentes às atividades já realizadas.

Por conseguinte, as despesas relacionadas a obras, serviços ou compras executadas anteriormente à celebração do convênio, ou respectivo aditamento, devem ser ressarcidas, se for o caso, nos termos do Decreto estadual nº 40.177/95<sup>36</sup>. Se não cabível o ressarcimento, com fundamento no citado decreto, deverá ser restituído o valor utilizado indevidamente<sup>37</sup>.

No mais, resta indagar se essa vedação se aplica somente para os repasses do Estado ou abarca também os repasses do parceiro, isto é, se o Estado tiver contratado terceiro e este já tiver executado o objeto do ajuste, será lícita a assinatura de um convênio para custear a despesa?<sup>38</sup>

Neste caso, parece que a norma deve ser interpretada sistematicamente. Como dito, a vedação visa impedir a ocorrência de despesa sem respaldo orçamentário e preenchimento dos requisitos legais. Ou seja, trata-se de proteção ao erário estadual e ao princípio da legalidade, do que se infere que a vedação perderia parte de seu sentido se aplicada de forma irrestrita ao parceiro. Além disso, vedar por absoluto que qualquer parceiro, mesmo privado, auxilie o Estado a arcar financeiramente com uma atividade já executada, não parece a solução que melhor atende ao interesse público. E é isso o que ocorreria se a regra fosse transposta para os repasses do parceiro.

---

36 Vide Parecer AJG nº 1.507/06.

37 Sendo o caso tratado no Parecer AJG nº 1.086/02.

38 Mesmo havendo empenho orçamentário (essencial em toda assinatura de contrato que resulte despesa), pode haver situações excepcionais que acarretem a insuficiência financeira para respaldá-lo. Um exemplo disso é a superveniência de grave crise econômica, que pode resultar em arrecadação inferior à prevista para o período.

Destarte, interpretar que o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 se aplica somente aos repasses financeiros do Estado garante mais adequadamente a realização do fim público a que a vedação se destina, dando cumprimento ao artigo 5º da Lei estadual nº 10.177/98<sup>39</sup>.

Importante salientar que o posicionamento ora defendido não afasta a necessidade de apuração da responsabilidade pelo fato de haver despesa pública sem respaldo orçamentário e financeiro<sup>40</sup>.

Logo, não há prejuízo, já que os direitos do Estado permanecem preservados, assim como a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelas eventuais ilicitudes cometidas.

Vale ressaltar, contudo, que não há posicionamento institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre este ponto.

#### 4. Conclusão

Este artigo procurou abordar especificamente uma regra: a vedação de atribuição de efeitos financeiros retroativos, contida do artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89. Como visto, esta vedação engloba tanto os contratos quanto os convênios firmados pela Administração Pública. Além de implícita na esfera federal, essa regra está explícita na legislação estadual que trata da matéria.

No caso dos convênios, a Procuradoria Geral do Estado firmou entendimento de que a vedação impede apenas que os recursos repassados sejam utilizados para custear atividades realizadas antes da assinatura do termo ou do respectivo aditamento. Desta feita, não há óbices para que os repasses sejam destinados às despesas já licitadas e contratadas, contanto que a prestação correspondente, a cargo da empresa contratada pelo parceiro, não tenha ocorrido.

A princípio, a citada regra não se aplicaria no caso de os repasses financeiros serem do parceiro, muito embora ainda não haja posicionamento institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre tal ponto.

---

39 Artigo 5º – *A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige.*

40 Já que o artigo 60 da Lei federal nº 4.320/64 veda *a realização de despesa sem prévio empenho*. Ademais, a ordenação de despesa não autorizada caracteriza o crime previsto no artigo 359-D do Código Penal.

## Bibliografia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Revista de Direito Público • RDP 86/79 • abr.-jun./1988*, disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015b82b431df8ad39406&cepos=4&spos=4&page=0&td=4&savedSearch=&searchFrom=&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em: 19/04/17.

