



UNIBR – FACULDADE SÃO SEBASTIÃO

RICARDO DOS SANTOS BRAZ

**A RELAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COM O PODER
EXECUTIVO NA GESTÃO DE CONVÊNIOS COM O TERCEIRO
SETOR**

**SÃO SEBASTIÃO
2013**

RICARDO DOS SANTOS BRAZ

**A RELAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COM O PODER
EXECUTIVO NA GESTÃO DE CONVÊNIOS COM O TERCEIRO
SETOR**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado por **Ricardo dos Santos Braz**
como exigência do curso de graduação em
Direito da **UNIBR** sob a orientação do professor
Samir Toledo da Silva

SÃO SEBASTIÃO

2013

**A RELAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS COM O PODER
EXECUTIVO NA GESTÃO DE CONVÊNIOS COM O TERCEIRO
SETOR**

RICARDO DOS SANTOS BRAZ

BANCA EXAMINADORA

SAMIR TOLEDO DA SILVA
Orientador

ANTONIO CARLOS NISOLI PEREIRA DA SILVA
Examinador

ALEXANDRE RICARDO MACHADO
Examinador

CONCEITO FINAL: _____

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter guiado meus caminhos, dando força e inspiração, sem o qual nada teria feito.

A minha esposa Vilma, meus filhos Eloisa e Murilo, que incentivaram meus sonhos e estiveram sempre ao meu lado.

Aos meus colegas de classe e demais formandos pela amizade e companheirismo que recebi.

Ao Prof.º Samir, que me acompanhou, transmitindo-me tranquilidade.

RESUMO

A Administração Pública Moderna esta cada vez mais pautada nos Princípios da Transparência, eficiência e eficácia. Com o clamor cada vez maior por parte da sociedade na busca do aprimoramento das normas públicas. Assim hoje em dia não basta aos governantes colocarem serviços a disposição da comunidade, é preciso demonstrar que os recursos utilizados foram aplicados de forma lícita, justa e prioritariamente em ações que beneficiem a sociedade. Nesta seara, os mecanismos de fiscalização e controle da gestão e dos recursos públicos estão sendo cada vez mais aprimorados e fortalecidos como forma de inibir e coibir o mau uso dos recursos e bens públicos por parte de gestores inescrupulosos. Neste universo de abrangência legal indispensável estão os Tribunais de Contas, como órgão externos de fiscalização, indispensáveis para os tempos atuais de zelo e fiscalização da coisa pública. Porém com esta atribuição nobre, muitas vezes vem acompanhada de exageros que acabam criando uma relação estremecida e conflitante com o poder executivo. Este trabalho tem como objetivo analisar esta relação, com ênfase na fiscalização dos Convênios firmados entre o Poder Executivo e as Entidades do Terceiro Setor visando à formalização de ajustes para a realização de projetos colocados a disposição da sociedade com aporte de recursos públicos e assim estando sujeitos a fiscalização e controle dos Tribunais de Contas.

Palavras chaves: Tribunal de Contas, Convênios com o Terceiro Setor, Fiscalização das Contas do Poder Executivo.

ABSTRACT

The Modern Public Administration is increasingly guided the Principle of Transparency, efficiency and effectiveness. With the growing outcry from society in the pursuit of improved public standards. So nowadays not just the rulers put the provisions of community services is needed to demonstrate that the funds used were applied in a lawful , fair and priority actions in order to benefit society . In this area, the mechanisms for supervision and control of management and public resources are being increasingly improved and strengthened so as to inhibit and deter the misuse of public resources and assets by unscrupulous managers. In this universe of statutory scope indispensable are the Courts of Auditors and external auditing body, indispensable for the current period of care and supervision of public affairs. But with this noble assignment often comes with exaggerations that end up creating a shuddering and conflicting relationship with the executive branch. This work aims to analyze this relationship, with an emphasis on surveillance of Agreements signed between the Executive and the Third Sector Entities seeking to formalize adjustments to the realization of projects made □□available to the company with investment of public resources and thus are subject supervision and control of the Court of Accounts.

Key words: Court of Auditors, Covenants with the Third Sector, Supervision of the Executive Branch Auditors.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. O ESTADO DE DIREITO E A DIVISÃO CONSTITUCIONAL DOS PODERES	9
1. O Poder Legislativo e os Tribunais de Contas	11
2. Os Tribunais de Contas são órgão auxiliares ou autônomos	14
II. LEGISLAÇÃO EMBASADORA DAS AÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS	23
1. O Tribunal de Contas e a Constituição Federal.....	24
2. O Rito de apuração das contas pelo Tribunal de Contas, tipos de decisões e as consequências do Acórdão Final	29
III. O PODER EXECUTIVO E SUAS ATRIBUIÇÕES	42
1. Convênios Públicos – Definição, Formas e Finalidades.....	43
IV. A RELAÇÃO DO PODER EXECUTIVO COM O TRIBUNAL DE CONTAS NA ÓTICA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS CONVÊNIOS	48
1 – A necessidade de Lei Específica para firmar Convênios.	50
2 - A obrigação de devolver o saldo de Convênios no final do exercício independentemente da finalização do Termo.....	55
CONCLUSÃO	59
FONTES.....	61
BIBLIOGRAFIA	63

INTRODUÇÃO

Os Atos da Administração Pública são pautados em vários Princípios que devem ser observados e obedecidos, mas podemos dizer que um dos primeiros princípios a ser observado é o Princípio da Legalidade, assim qualquer ato praticado pelo Poder Público que não esteja expressamente autorizado pode ser anulado, e os agentes que derem causa a estes atos, podem ser responsabilizados tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial em processos de cunho civil ou criminal, inclusive com pena de ressarcimento aos cofres públicos pelos danos causados e inelegibilidade para cargos ou funções públicas ou políticos.

Nas atribuições inerentes do Poder Executivo, existem atos que só podem ocorrer mediante aprovação do Legislativo e outros considerados discricionários, onde a autorização ocorre de forma genérica pelo Legislativo cabendo ao Executivo a regulamentação, o detalhamento e a opção pela forma mais adequada de realização, cabendo ao Legislativo o Poder Originário Fiscalizador da execução da ação.

Os convênios da Administração Pública com entidades do Terceiro Setor estavam dentro destes atos jurídicos discricionários, porém com o advento da Lei 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, os Tribunais de Contas com base no artigo 26 §2º passaram a exigir que os convênios firmados com o Terceiro Setor através de Subvenção, Auxílios, Contribuições, Termos de Parceria e Convênios, só teriam validade se submetidos ao crivo do Legislativo individualmente, além de passar a normatizar a forma como estes ajustes deveriam ser firmados e executados pelo poder Executivo, impondo aos órgãos fiscalizados a obrigatoriedade de devolver os saldos de convênios anualmente, independente da finalização dos termos.

A problematização encontra-se na interferência dos Tribunais de Contas que por força da Constituição da República ora atuam como órgãos auxiliares do Poder Legislativo ora como Poder Autônomo, quando a partir da normatização de suas atribuições, passaram a exigir rotinas que a nosso entender extrapolam o direito Constitucional de Fiscalizar, entrando nas searas administrativas de competência do Executivo, interferindo no poder discricionário do Poder Executivo e afrontando o

Princípio da Independência dos Poderes consagrado no artigo 2º da Constituição da República.

Assim, para a realização deste trabalho no capítulo 1º começaremos abordando a definição de Estado de Direito e a divisão Constitucional dos Poderes com suas atribuições, formas de relacionamento e limites da independência. Colocado isto, será abordada, a relação do Tribunal de Contas como Órgão Auxiliar do Poder Legislativo X Órgão Autônomo de Fiscalização.

No capítulo 2º abordaremos as legislações embasadoras das ações dos Tribunais de Contas, partindo da Constituição da República, Constituições Estaduais, Leis específicas, a forma de atuação, o rito de apuração das contas e o alcance das decisões proferidas.

No capítulo 3º colocaremos as atribuições inerentes do Poder Executivo, a relação com o Terceiro Setor através das diversas formas de Convênios com as principais legislações a serem observadas.

Já no 4º capítulo, abordaremos a relação entre o Poder Executivo e o Tribunal de Contas, os conflitos gerados e a abordagem enfocando as exigências de Lei autorizativa para firmar convênios e a exigência de devolução dos saldos repassados através do convênio, no final do exercício anual.

E na conclusão, evidenciaremos se à problematização apresentada tem fundamentos para a exigência ou extrapolam o poder de fiscalizar dos Tribunais de Contas.

I. O ESTADO DE DIREITO E A DIVISÃO CONSTITUCIONAL DOS PODERES

O Estado de Direito deve ser entendido do ponto de vista em que, este Estado é regulado por Normas nas quais tanto os Poderes Públicos quanto a Sociedade estão submetidos, não importando, se é, para buscar seus direitos ou para cumprir suas obrigações.

No caso da República Federativa do Brasil a principal norma é a Constituição da República, na qual, estão expressos os Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos, a forma de constituição dos Poderes, a forma de organização do Estado, Princípios norteadores específicos a serem observados, entre outros assuntos, que servem de pilares para todas as outras normas produzidas, e que por esta razão, não podem contrariar o que nela esta contida, sob pena de se tornarem nulas os anuláveis por vícios de constitucionalidade.

Na doutrina de Norberto Bobbio, Liberalismo e democracia, (1988), temos:

“na doutrina liberal, Estado de direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio ‘invioláveis’ (Norberto Bobbio, 1988, p 18).

Assim no Estado de Direito, o que se busca é a procura permanente da promoção e preservação da Cidadania Plena, e no caso da Constituição Brasileira de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, os constituintes buscaram blindar certos direitos civis, sociais e políticos, de forma a protegê-los até mesmo de alteração do texto original, salvo para ampliar essas garantias, classificando-os como Direitos Fundamentais e/ou Clausulas Pétreas.

Logo no preâmbulo da Constituição Brasileira, já está definido, que a República Federativa do Brasil é regida por uma Constituição pautada em um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, buscando sempre a solução pacífica das controvérsias.

Já, as formas de funcionamento do Estado Brasileiro assim como a divisão dos poderes e relacionamento mútuo ganham abrigo logo nos primeiros artigos da Constituição, quando define que, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, assegurando que, os Poderes da União, são independentes e harmônicos entre si, compostos pelo Legislativo, Executivo e o Judiciário.

Assim, a divisão constitucional dos poderes é feita entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, cada qual com suas respectivas funções originárias e derivadas na organização da sociedade, expressando que a Independência dos Poderes é princípio a ser respeitado dentro de uma convivência harmônica.

Em linhas gerais, ao Poder Executivo cabe a função originária da administração do Estado propriamente dita, naquilo que diz respeito ao gerenciamento da máquina pública, assim como ao atendimento dos anseios da população por direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, ao trabalho, a moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados entre outros. Ao Poder Legislativo cabe prioritariamente, a formulação, discussão e aprovação de leis, as quais são pensadas conforme as demandas e anseios da sociedade por ele representada, além de fiscalizar o Poder Executivo quanto ao gerenciamento dos recursos captados da sociedade assim como a correta aplicação. E ao Poder Judiciário cabe o julgamento dos possíveis conflitos entre os Poderes Constituídos e ou, entre estes Poderes e a Sociedade, além dos conflitos da Sociedade nas relações individuais e coletivas, agindo de forma imparcial, pautada pela obrigatoriedade do cumprimento das leis, Guardiã das Constituições e promoção da Justiça, conforme estabelecido na Constituição Federal.

Para que essa estrutura de divisão de poderes funcione de forma harmônica dentro do Estado de Direito existem mecanismos constitucionais para impedir os abusos de poder ou o seu exercício ilegal. Tais mecanismos são garantias, no sentido de que estes não devem estar presos aos “desmandos” de qualquer um que assumo o poder.

Estes mecanismos nascem da interação desses poderes públicos, através da interdependência, e na visão de Bobbio em Liberalismo e Democracia, (1988), os mais importantes são:

1º - o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo (ou controle do próprio governo – representado pelo poder executivo – pelas assembleias de vereadores, deputados, e senadores); 2º – o eventual controle do parlamento no exercício do Poder Legislativo por parte de uma corte jurisdicional, isto é, pelo Poder Judiciário; 3º – uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central; (na relação Governo Municipal, Governo Estadual e Governo Federal); 4º uma magistratura independente do poder político. (Norberto Bobbio, 1988, p 19).

No entanto, não é possível determinar até que ponto as definições teóricas dos papéis e funções de cada poder aqui colocados – principalmente no tocante à imparcialidade, ao controle do abuso de poder e à autonomia de cada ente, de fato são coerentes com nossa realidade política e governamental.

Na verdade, a questão é complexa e, como foi colocado em editorial do jornal "Folha de S. Paulo" de 28/11/2005, intitulado Crise dos Poderes:

"é da essência da democracia que os Poderes interfiram uns nos outros, pondo em movimentação um sistema de freios e contrapesos concebido para moderar excessos e assegurar direitos. A tão propalada independência dos Poderes não deve ser confundida com autonomia plena".

Assim, estamos a cada dia nos defrontando com situações que ocorrem em uma linha imaginária com margens imperceptíveis do ponto de vista a uma perfeita compreensão se fazem parte das atribuições constitucionais ou ultrapassam os limites da independência dos poderes.

1. O Poder Legislativo e os Tribunais de Contas

O Poder Legislativo na esfera Federal é composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, formando o Congresso Nacional, na esfera Estadual pelos Deputados Estaduais nas Câmaras de Deputados e na esfera Municipal pelos Vereadores formando a Câmara de Vereadores, e como já foi dito, a função básica é produzir leis, mas também tem a função de fiscalizar as contas do Executivo, função esta que conta com o apoio dos Tribunais de Contas, que são seus órgãos

auxiliares, atribuição esta definida no artigo 71 da Constituição da República. Na esfera Estadual e Municipal além do estabelecido na C.R., tais atribuições vem prevista nas Constituições Estaduais e no que couber, nas Leis Orgânicas.

O primeiro problema desta relação encontra-se justamente no surgimento do Tribunal de Contas como Órgão Auxiliar do Poder Legislativo na função Constitucional de Órgão de Controle Externo dentro da Seção IX da Constituição Federal, que trata da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta, principalmente quanto ao alcance das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

São meramente opinativas, dependendo obrigatoriamente da chancela do Legislativo para surtir efeitos ou podem produzir seus efeitos de pronto, independentemente do aval do Legislativo.

Vejamos o que diz o Art. 71 da Constituição da República:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Pela leitura deste artigo, conclui-se que tem atribuição de órgão auxiliar do Poder Legislativo, como no disposto no inciso I do art. 71 ou de Órgão Autônomo, nos termos do inciso II do artigo 71.

Já o art. 74 ao tratar do sistema de controle interno dos três poderes, diz:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1.º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2.º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Assim, por força do artigo 74 da Constituição, a visão de Controle e Fiscalização engloba ainda, explicitamente as três esferas de Poderes, Executivo,

Legislativo e Judiciário, e em seu § 1.º, obriga os responsáveis pelo Controle Interno destes órgãos, a dar ciência ao Tribunal de Contas da União de qualquer irregularidade ou ilegalidade que tenham conhecimento.

Por força destes artigos vemos um paradoxo em relação à função dos Tribunais, pois se foram criados como órgão auxiliares do Poder Legislativo, na função institucional de Fiscalizar o Executivo, com o disposto no inciso II do art. 71 e art. 74, ambos da Constituição da República, ganhou o poder de fiscalizar irregularidades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo como auxiliares obrigatórios os Controles Internos destes órgãos que passaram a ter o dever institucional de informar aos Tribunais de Contas as irregularidade ou ilegalidade que tenham conhecimento em virtude da função.

2. Os Tribunais de Contas são órgão auxiliares ou autônomos

Para podermos avançar, é preciso saber quando os Tribunais de Contas atuam como órgão auxiliar do legislativo e quando atuam de ofício com poder de decisão, pois como vimos acima, são órgãos de apoio do Poder Legislativo na função de Controle Externo do Executivo, tendo que submeter a ele, os seus relatórios de fiscalização, mas também receberam a atribuição de fiscalizar os relatórios de irregularidades dos três poderes, sendo assim, as irregularidades do próprio Poder Legislativo.

Quando atua como auxiliar do Poder Legislativo, a função desempenhada ocorre dentro do Direito Constitucional em que cabe ao Legislativo convalidar, já quando atua com poder discricionário, mesmo tendo fundamentação constitucional, atua dentro do Direito Administrativo, propriamente dito, com decisões terminativas.

Quanto a esta dualidade de sistemas, a doutrina de Paulo Magalhães da Costa Coelho (2002), diz:

“Pode-se afirmar que modernamente existem dois grandes sistemas de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Um desses sistemas é denominado jurisdição ordinária, no qual os atos da administração pública se submetem à revisão perante o Poder Judiciário em sua quase-totalidade. É o denominado sistema da jurisdição única. A jurisdição denomina-se única porque tanto os atos dos particulares quanto aqueles emanados da administração pública se submetem à jurisdição comum.

Ao lado desse grande sistema, aliás, adotado pelo direito brasileiro, há outro igualmente importante, denominado, em oposição ao primeiro, jurisdição dúplice, como refere Seabra Fagundes. Aqui existirá um controle da

administração pública por Tribunais especializados em compor litígios de natureza contenciosa-administrativa. Nesse sistema mencionado de contencioso-administrativo, a administração pública não se submete à jurisdição comum, destinada a compor as lides privadas, mas sim a Tribunais com competência específica para a aferição dos atos administrativos.” Paulo Magalhães da Costa Coelho em Controle jurisdicional da administração pública, (2002, p 36).

Já Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais intitulado “limites da revisibilidade judicial das decisões dos tribunais de contas”, (1996), concluiu que:

“o exercício da função de julgar não é restrito ao Poder Judiciário. Os Tribunais de Contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O termo julgamento não pode ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada;

a melhor doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores admite pacificamente que as decisões dos Tribunais de Contas, quando adotadas em decorrência da matéria que a Constituinte estabeleceu na competência de julgar, não podem ser revistas quando ao mérito;”

Porém, quando dentro da função Constitucional de apreciar as contas do Chefe do Executivo, por mais bem embasada que esteja a decisão do Tribunal de Contas, quanto à irregularidade apontada, cabe ao Poder Legislativo ratificar a irregularidade, dentro do quórum estabelecido nas Constituições, para que surta os efeitos desejados, pois a decisão em última instância é “Política”. Neste sentido o Judiciário, já pacificou a matéria, como é possível observar no RESPE 10281.

RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. ELEIÇÃO MUNICIPAL. 2012. INELEGIBILIDADE. REJEIÇÃO DE CONTAS. PREFEITO. ATO DE GESTÃO. FRACIONAMENTO. LICITAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90, ART. 1º, I, g e l. PROVIMENTO.

1. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido (Grifado) de que a Câmara Municipal é o órgão competente para o julgamento das contas de prefeito, ainda que ele seja ordenador de despesas, cabendo ao Tribunal de Contas tão somente a emissão de parecer prévio. Ressalva do ponto de vista do relator.

2. A causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, l, da LC 64/90 pressupõe que a condenação por ato doloso de improbidade administrativa importe, concomitantemente, lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito. Precedentes. 102-81.2012.620.0019 Respe - Recurso Especial Eleitoral nº 10281 - Barcelona/RN Acórdão de 17/12/2012, Relator (a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/12/2012. 3. Recurso especial provido.

Apesar de pacificada a matéria sobre a competência para julgar as contas do Chefe do Executivo, existe uma Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, com relação aos casos em que o Poder Legislativo se omitir de apreciar o relatório de contas reprovadas pelo Tribunal de Contas, com fundamento no art. 31, § 2.º da C.R./88 que estabelece que o Parecer Prévio emitido pelo Tribunal de Contas, sobre as contas anuais do Prefeito, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara, vejamos:

REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 597.362-0 BAHIA – Ementa: REPERCURSÃO EXTRAORDINÁRIA GERAL RECONHECIDA. COMPETÊNCIA PARA JULGAR CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO. A questão posta nos autos --- competência exclusiva da Câmara Municipal para julgar as contas do Chefe do Executivo, atuando o Tribunal de Contas como órgão opinativo --- nitidamente ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

Trata-se de recurso extraordinário contra decisão em agravo regimental em recurso especial eleitoral, cuja emente tem o seguinte teor:

“Registro de candidato. Prefeito. Inelegibilidade. Art. 1º, I, G da Lei Complementar n.º 64//90. Competência.

1. A competência para o julgamento das contas de prefeito é da Câmara Municipal, cabendo ao Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio, o que se aplica tanto anualmente pelo Chefe do Executivo, quanto às contas de gestão ou atinentes à função de ordenador de despesas (Grifado).

2. Não há falar em rejeição de contas de prefeito por mero decurso de prazo para sua apreciação pela Câmara Municipal (Grifado), porquanto constitui esse Poder Legislativo o órgão competente para esse julgamento, sendo indispensável o seu efetivo pronunciamento.

Agravo regimental a que se nega provimento.”

...

No extraordinário interposto com alegada base no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, a recorrente articula com a transgressão do artigo 31 do mesmo diploma. Sustenta existir verdadeira presunção constitucional em favor do parecer do Tribunal de Contas, que só deixará de prevalecer se o Legislativo Municipal, por maioria qualificada de dois terços dos seus membros, decidir expressamente pela aprovação das contas. Em outros termos, omissa a Câmara, prevalece o entendimento do Tribunal de Contas, com a consequente inelegibilidade do ex-prefeito (Grifado). Conforme as razões do recurso, entendimento contrário resultaria na absoluta ineficácia do controle externo do Executivo Municipal e na violação do princípio da moralidade.

Sob o ângulo da repercussão geral, afirma que a questão jurídica trazida ao Supremo é relevante do ponto de vista jurídico e político, pois a solução da controvérsia interessa a todos os prefeitos, câmaras municipais e vereadores dos mais de cinco mil municípios brasileiros, além da coletividade. (Grifado)

Assim fica claro que a matéria está pacificada, quando das contas consideradas Irregulares pelos Tribunais de Contas, dos Chefes do Executivo e que, foram aprovadas pelo Legislativo, com maioria qualificada de dois terços de seus

membros, sendo a decisão dos Tribunais de Contas meramente opinativas, prevalecendo à decisão do Legislativo. Porém nos casos em que o Legislativo deixar de submeter à votação, o parecer prévio do Tribunal de Contas que opinou pela reprovação das contas do chefe do executivo, esta em aberto no Supremo Tribunal Federal, em virtude do texto do § 2º do art. 31 da C. R. que diz que este parecer prévio só deixará de prevalecer com a decisão dos membros da câmara municipal, assim, fica claro que a questão se volta apenas para os casos das contas reprovadas dos chefes dos executivos municipais e que não forem votadas pelo legislativo, e que a solução desta Repercussão Geral será adotada para todo o Brasil, com base na justificativa de que “a questão jurídica trazida ao Supremo é relevante do ponto de vista jurídico e político, pois a solução da controvérsia interessa a todos os prefeitos, câmaras municipais e vereadores dos mais de cinco mil municípios brasileiros, além da coletividade”.(Grifado)

Já na esfera do Direito Administrativo, constitucionalmente os julgamentos dos Tribunais de Contas se amparam ainda no artigo 37 da Carta Magna:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

...

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Para a interpretação deste artigo dentro do tema abordado, adotarei o conceito de Administração Pública exposto por Diogenes Gasparini no livro Direito Administrativo 13ª edição, (2008, p. 44), segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

“São exemplos da segunda utilização (sentido Técnico): a) administração pública = atividade administrativa; b) Administração Pública = Estado, consoante ensina, em nota de pé de página, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo, cit., p. 84), Desse modo, se grafada em minúsculas (administração pública), indica atividade administrativa ou função

administrativa; se registrada em maiúsculas (Administração Pública), significa Estado. Essa orientação é a que seguiremos.”

Assim, quando o artigo 37 da C. R. determina que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devem obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência entre outros exigindo probidade nos atos públicos, sai da esfera “Política”, da análise das contas do Chefe do Executivo, para a análise da Gestão dos Ordenadores de Despesas e de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, com ênfase na Probidade Administrativa, numa ampliação do artigo 70 da Constituição e seu parágrafo único, que estabelecia esta fiscalização ao Congresso Nacional por meio do Controle Externo que trata “da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, vejamos:

“Art. 70 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Alterado pela EC-000.019-1998).”

Cabe apenas ressaltar que nos casos de Contas rejeitadas por indícios de Improbidade Administrativa, mesmo que apuradas pelos Tribunais de Contas, o julgamento caberá ao Judiciário, com iniciativa do Ministério Público.

Este é o ensinamento do doutrinador José Castro Nunes em Teoria e Prática do Poder Judiciário, (1943), em que na p. 30 diz:

“É um juízo que se constitui sobre operações administrativas, limitado aos atos ou fatos apurados, seja para liberar o responsável, seja para o declarar alcançado em vista das irregularidades encontradas na sua gestão. O Tribunal de Contas estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base da acusação. Não julga a este, não o condena, nem o absolve, função da justiça penal. Fixa-lhe apenas a responsabilidade material, apurado o alcance. Outros aspectos da imputação pertencem por inteiro à justiça comum, que pode absolver o responsável alcançado, contanto que não reveja o julgado de contas, não negue a existência material da infração financeira”.

Agora vejamos o que diz o art. 168 da C. R. 1988:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

Com este artigo fica claro que o orçamento público é uno, sendo arrecadado principalmente pelo Poder Executivo e distribuído para todos os órgãos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ficando assim, toda a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial sujeitas ao controle Interno descrito no Art. 74 § 1º com as devidas comunicações ao Tribunal de Contas e com dever de atender aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência entre outros exigindo probidade nos atos públicos.

Para concluir, a competência do Tribunal de Contas para julgar as Contas dos Administradores e demais responsáveis por dinheiro bens e valores públicos, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, encontra-se no Art. 71, II da C. R., vejamos:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete (Grifado):

I - ...

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (Grifado);

O STF no exame do RE 132747, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1992, DJ 07-12-1995 PP-42610 EMENT VOL-01812-02 PP-00272, definiu que o Tribunal de Contas é competente para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, da administração direta e indireta, incluídas, as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, com exceção do Chefe do Poder Executivo, mesmo quando Ordenador de Despesas, cabendo esta atribuição privativamente ao Poder Legislativo.

Assim vejamos trechos do voto do relator defendendo esse posicionamento:

“... Nota-se, mediante leitura dos incisos I e II do artigo 71 em comento, a existência de tratamento diferenciado, consideradas as contas do Chefe do Poder Executivo da União e dos administradores em geral. Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto a emitir julgamento.

Já em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e às contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outras irregularidades de que resulte prejuízo para o erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo. Extravasa-o, para alcançar o do julgador. Isto está evidenciado não só pelo emprego, nos dois incisos, de verbos distintos – apreciar e julgar – como também pelo desdobramento da matéria, explicitando-se, quanto às contas do Presidente da República, que o exame se faz “mediante parecer prévio” a ser emitido, como exsurge com clareza solar, pelo Tribunal de Contas.

A afastar, a mais não poder, a ideia de julgamento das contas do Presidente da República pelo Tribunal de Contas da União, tem-se a regra do inciso IX do artigo 49 da Constituição Federal, de acordo com a qual compete, privativamente, ao Congresso Nacional, e não ao Tribunal de Contas da União, julgar, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo.

...

A própria Constituição Federal contém regra reveladora da competência do Poder Legislativo Municipal relativamente à fiscalização do Município, valendo notar que a expressão individual maior deste último está na figura do Prefeito. Preceitua o caput do artigo 31 que “a fiscalização do município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei”. A limitada atuação dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Municípios ou dos Conselhos, constata-se a existência, no próprio texto constitucional, de norma que os aponta como Órgão auxiliares da Câmara Municipal - § 1º - o que exclui, como é óbvio, a possibilidade de lhes ser reconhecida a autonomia suficiente à rejeição das contas dos prefeitos, ainda que apreciadas sob a forma parcial, ou seja, mediante submissão individualizada de processos relativos a licitações e contratos. Aliás, frente à regra constitucional, difícil é conceder a glosa parcial, a alcançar contrato por contrato firmado pela administração, isto quanto à situação não de simples administradores, mas do próprio Prefeito, em relação ao qual impõe a Lei Básica Federal a prestação de contas anuais - § 2º, do artigo 31, o que obstaculiza a rejeição, porque precoce e implementada por Órgão incompetente, de efeitos nefastos – a ponto de ensejar a inelegibilidade. No particular, o Acórdão atacado é até mesmo conflitante, no que a um só tempo reconhece ao Tribunal de Contas a competência de rejeitar contas parciais e revela que, anualmente, essas mesmas contas, em conjunto, são submetidas a julgamento da Câmara Municipal que decide de forma irreversível, com eficácia ex tunc.

A atividade meramente auxiliar não pode ser transmutada em decisória, ainda que se potencialize o preceito do § 2º do aludido artigo.”

Portanto os Tribunais de Contas, quando do julgamento das Contas anuais do Chefe do Executivo ou mesmo parciais atuam como Órgãos auxiliares do Legislativo, limitando-se a exarar parecer, não chegando, portanto a emitir julgamento e quando no julgamento dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, com exceção do Chefe do Poder Executivo, atuam como órgãos autônomos, não se fazendo apenas no campo opinativo, extravasando-o, para alcançar o do julgador.

Porém para o Chefe do Legislativo e Chefe do Judiciário, prevaleceu o entendimento de que a Constituição Federal não contemplou privilégio neste sentido, assim as contas destes, serão julgadas de forma terminativa pelo Tribunal de Contas, com base no inciso II do art. 71 da Carta Magna, dentro das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Esse entendimento é claro, quando da análise da ADI 2238/DF MC que tratava de vários artigos da Lei Complementar 101/2000, intitulada, Lei de Responsabilidade Fiscal especificamente no ponto da análise da constitucionalidade do art. 56, que estabelece que as Contas dos Chefes do Poder Legislativo, do Judiciário e do Ministério Público receberiam parecer prévio do Tribunal de Contas.

Vejamos:

“Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas. (Grifado)”

Porém, conforme voto do relator fls. 687/688, foi acatada da Cautelar nos seguintes termos:

“VOTO - O Senhor Ministro Ilmar Galvão- (Relator):...

...

24. Art. 56, caput.

O artigo prevê que as contas submetidas pelo Chefe do Poder Executivo a parecer prévio do Tribunal de Contas incluirão as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, disposição que, conforme acertadamente acentuado pelos autores,

contraria a norma do art. 71, II, da Carta, que confere competência aos Tribunais de Contas para o julgamento das contas de todos os administradores e responsáveis por dinheiros públicos, exceção, tão-somente, das contas prestadas pelo Presidente da República, em relação às quais lhe compete, apenas, emitir parecer prévio para apreciação pelo Congresso Nacional (art. 49, IX).

Meu voto por conseguinte, defere a cautelar, nesse ponto.”

Definido o alcance do Parecer emitido pelo Tribunal de Contas, em que, por disposição Legal estabelecida no Artigo 71 da Constituição, temos duas situações bem definidas:

1 – Atuação como auxiliar do Legislativo, emitindo parecer prévio, para as contas do Chefe do Poder Executivo, nos termos do inciso I do artigo 71 da C.F., e;

2 – Atuação como Órgão Autônomo e Independente, com poder de Julgamento no caso da análise das contas de todos os demais administradores e responsáveis por dinheiro público, inclusive dos Chefes dos Poderes Judiciário e Legislativo.

II. LEGISLAÇÃO EMBASADORA DAS AÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

Para Hely Lopes Meirelles em Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição, (2009, p.86):

“Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Por esses padrões é que hão de pautar todos os atos administrativos.”

Quanto ao Princípio da Legalidade, cabe o grande chavão utilizado por todos os Doutrinadores da matéria, ao distinguir o conceito de Legalidade aplicada à administração Pública da Legalidade aplicada à administração Privada, em que na iniciativa Privada é Legal tudo o que não contraria a Lei, enquanto que, na iniciativa Pública só é Legal o que a Lei expressamente autoriza.

Neste norte, todo e qualquer órgão ou agente da administração pública direta ou indireta, assim com suas autarquias e fundações, devem atentar para a Legalidade de seus atos.

E o Tribunal de Contas, como órgão público, mesmo para efetuar a fiscalização e saber até onde vão suas competências, se submete a um arcabouço legislativo que define seus “Poderes” e “Deveres”.

Hely Lopes Meirelles no livro Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição, (2009, p.92), diz ainda que:

“Os poderes e deveres do administrador público são os expressos, em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade, não se poderá indicar o que é poder e o que é dever do gestor público, porque estando sujeito ao ordenamento jurídico geral e às leis administrativas especiais, só essas normas poderão catalogar, para cada entidade, órgão, cargo, função, serviço ou atividade pública, os poderes e deveres de quem os exerce.” (MEIRELLES, Hely Lopes).

Os Tribunais de Contas se utilizam da Constituição Federal, Estadual, Leis Orgânicas, Leis Ordinárias, Leis Complementares, Decretos, Resoluções, Instruções Normativas, entre outros, para subsidiar seus trabalhos, os quais abordaremos, ora como instrumentos que legitimam o Poder Fiscalizatório, ora como fundamentos para a aplicação das sanções pecuniárias, porém abordaremos este tema, com ênfase nas atribuições e sanções, de fiscalização das contas públicas.

Assim adotaremos o significado da expressão “Contas” apresentado no artigo “Aspectos da Inelegibilidade por Rejeição de Contas” p. 4 disponível no site do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

“Contas representa o conjunto de atos dos responsáveis por dinheiro público, em determinado exercício e para determinada finalidade, trazidos à análise do Tribunal de Contas (SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo, RAMOS, Rosemeire da Silva Cardoso, MATEUS, Wilson Roberto)”.

Adotaremos ainda a definição de “Gênero de Contas” adotada no mesmo artigo, p. 5 em que:

“desprende as definições em Contas de Governo, Contas de Gestão e Contas de Campanha”.

Estando as Contas de Governo disciplinadas pelo inciso I do artigo 71 da CF/88, as Contas de Gestão no inciso II do artigo 71 da CF/88 e as Contas de Campanha disciplinadas pelo art. 28 e seguintes da Lei Eleitoral nº 9.504/97.

1. O Tribunal de Contas e a Constituição Federal

Conforme disposto na C.F./88, são órgãos auxiliares do Poder Legislativo em todas as esferas de Governo, onde na União recebe o nome de Tribunal de Contas da União, nos Estados-membros recebe o nome de Tribunais de Contas dos Estados, no Distrito Federal Tribunal de Contas do Distrito Federal, e nos Municípios Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, sendo que nos Municípios onde não existam, esta atribuição é conferida ao Tribunal de Contas do Estado.

O Brasil possui 34 Tribunais de Contas, sendo: 01 Tribunal de Contas da União, 26 Tribunais de Contas dos Estados, sendo 01 em cada estado, 01 Tribunal de Contas do Distrito Federal e 06 Tribunais de Contas dos Municípios, a saber: TCM do Pará, TCM do Ceará, TCM da Bahia, TCM de Goiás, TCM de São Paulo e TCM do Rio de Janeiro, não há registro de Conselhos Municipais de Contas.

O Tribunal de Contas da União está constitucionalmente instituído no nosso ordenamento jurídico por força do Artigo 71 da Constituição Federal, com duas funções bem definidas:

1 - A de Órgão auxiliar do Poder Legislativo, com a função de elaborar Parecer Prévio das contas Prestadas anualmente pelo Presidente da República (inc. I do Art. 71 da CF/88).

2 - A de Órgão responsável pelo julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inc. II do Art. 71 da CF/88).

Já os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios foram dispostos no art. 75 da Constituição da República e seu parágrafo único, estabelecendo ainda, que cabem as Constituições Estaduais disporem sobre estes Tribunais, respeitando as normas estabelecidas na seção IX da Constituição Federal, aplicando-se no que couber, à organização, composição e fiscalização ali estabelecidas.

No artigo 31 e seu parágrafo 1º da CF/88 temos que, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei, sendo que, como órgão de controle externo, a Câmara Municipal exercerá essa atribuição, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, conforme o caso, porém no parágrafo 4º do mesmo artigo impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou Órgãos de Contas Municipais.

Cabe ressaltar que, mesmo nos municípios que contam com Tribunais de Contas dos Municípios, os mesmos, não são órgão da esfera municipal, pois somente os Estados-membros têm autonomia deliberativa para dispor sobre os Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios nos termos do artigo 75, e § 4º do artigo 31, ambos da Carta Magna.

Esse entendimento fica claro, na ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-2-1995:

“Municípios e Tribunais de Contas. A Constituição da República impede que os Municípios criem os seus próprios Tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais (CF, art. 31, § 4º), mas permite que os Estados-membros, mediante autônoma deliberação, instituem órgão estadual denominado Conselho ou Tribunal de Contas dos Municípios (RTJ 135/457, Rel. Min. Octavio Gallotti – ADI 445/DF, Rel. Min. Néri da Silveira), incumbido de

auxiliar as Câmaras Municipais no exercício de seu poder de controle externo (CF, art. 31, § 1º). Esses Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios – embora qualificados como órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º) – atuam, onde tenham sido instituídos, como órgãos auxiliares e de cooperação técnica das Câmaras de Vereadores. A prestação de contas desses Tribunais de Contas dos Municípios, que são órgãos estaduais (CF, art. 31, § 1º), há de se fazer, por isso mesmo, perante o Tribunal de Contas do próprio Estado, e não perante a Assembleia Legislativa do Estado-membro. Prevalência, na espécie, da competência genérica do Tribunal de Contas do Estado (CF, art. 71, II, c/c o art. 75).” (ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-2-1995, Plenário, DJ de 10-2-2006.)”

Por isso é que se diz que os Tribunais de Contas são Órgão de origem Constitucional, porém não foi estabelecida uma estrutura organizacional dentro do estado, com um sistema hierárquico, em que haja um Tribunal Superior de Contas, com um Sistema com esferas diferentes e graus de recursos. Assim conforme disposto no artigo “Direito Processual de Contas: Manual de Boas Práticas Processuais nos Tribunais de Contas” p. 2:

“ os Tribunais de Contas sustentaram uma judicância sui generis na pessoa constituída. (SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo, CESTARI, Renata Constante, Artigo Direito Processual de Contas: Manual de Boas Práticas Processuais nos Tribunais de Contas disponível em <http://www4.tce.sp.gov.br/direito-processual-de-contas-manual-de-boas-praticas-processuais-nos-tribunais-de-contas-praticas-processuais-nos-tribunais-de-contas>)

Já o artigo 75 da C.F. estabelece que as regras da Seção IX da Constituição Federal aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, sendo reproduzidos nas Constituições dos Estados, do Distrito Federal e nas Leis Orgânicas dos Municípios, sendo que as Constituições dos Estados tem que dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos e sua integração.

O art. 73 da CF/88, determina que o TCU seja composto por nove Ministros, sendo um terço escolhidos pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, dos quais, dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal Ministros e dois terços pelo Congresso Nacional.

O art. 75, parágrafo único determina que o TCE seja composto por sete Conselheiros, sendo que no Estado de São Paulo o art. 31, § § 2º e 3º da CESP, estabelece que, dois serão escolhidos pelo Governador do Estado com aprovação

da Assembleia Legislativa, alternadamente entre os substitutos de Conselheiros e membros da Procuradoria da Fazenda do Estado junto ao Tribunal, indicados por este, em lista tríplice, por critérios de antiguidade e merecimento, quatro pela Assembleia Legislativa e o último, uma vez pelo Governador do Estado, e duas vezes pela Assembleia Legislativa, alternada e sucessivamente.

E o art. 151 da CESP determina que o Tribunal de Contas do Município seja composto por cinco conselheiros.

Por força do art. 73, combinado com o art. 75, ambos da CF/88 os Tribunais de Contas tem jurisdição em todo o território nacional, respeitados o seus respectivos perímetro de atuação, além de ter competência para eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Já por força do § 3º do mesmo artigo os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

O inciso VIII do art. 71 da CF/88, permite aos Tribunais de Contas, aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário e por força do § 3º deste mesmo artigo, as decisões que resultem imputação de débito ou multa tem eficácia de título executivo.

Já o inciso I do § 2º do art. 73 estabelece que dois terços dos Ministros do Tribunal de Contas serão compostos dentre os auditores e membros do Ministério Público junto aos Tribunais. Deste inciso, nos interessa a figura dos “Membros do Ministério Público junto aos Tribunais” que introduziu o Ministério Público como órgão de acompanhamento das decisões emanadas pelos Tribunais de Contas, os quais, vem sendo chamados de “Ministério Público de Contas”. Temos ainda tal previsão no artigo 130 da CF/88, dentro da seção I, capítulo IV, título IV, que trata do Ministério Público, dispondo que, aplicam-se as disposições da seção I, aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

E o nosso interesse neste caso é específico, decorre do fato de que o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do

Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da CF/88, e que, por imposição do art. 129, tem como função institucional, entre outras, o dever de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Assim se os Tribunais de Contas não conseguiram alcançar de forma terminativa as Contas do Chefe do Executivo, quando da reprovação de suas contas, dependendo da chancela do Legislativo, o Ministério Público tem a competência para promover a devida Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público, inclusive competência para Promover a Ação Civil Pública contra o Chefe do Executivo, desde que presentes os pressupostos da Lei, como nos casos definidos como de Improbidade Administrativa (§ 4º do art. 37 da CF/88).

Esse aliás é o contexto da Ação Civil Pública 419/2000 iniciada na 1ª Vara Cível da Comarca de Caraguatatuba movida pelo Ministério Público em face do Prefeito Antonio Carlos da Silva, que se encontra no STF, após o Tribunal de Justiça ter mantido a sentença de primeira instância, vejamos:

Processo Nº 126.01.2007.006928-3 - Sentença Proferida – resumo Sentença nº 442/2011 registrada em 08/06/2011 no livro nº 134 às Fls. 130/144: Posto isto, nos termos da fundamentação acima e com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba, Antonio Carlos da Silva e Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda., mas somente para condenar Antonio Carlos da Silva, com base nos artigos 12 e 21, ambos da Lei nº. 8.429/92 a: (i) ressarcir integralmente os danos causados em razão da contratação direta da Nutriplus, além de pagar multa civil equivalente ao dobro desse dano, tudo a ser apurado em fase de execução de sentença, e (ii) suspensão dos direitos políticos por até cinco anos. Sem sucumbência ou verba honorária, conforme estabelece o artigo 18, da Lei 7.347/85. Deixo de remeter os autos, de ofício, ao E. Tribunal de Justiça, pois nenhuma das pretensões contra a Municipalidade de Caraguatatuba foi acolhida, não se configurando a hipótese prevista no inciso I, do artigo 475 do Código de Processo Civil. P.R.I.

Nesta Ação promovida pelo Ministério Público Estadual a base da representação foi a decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como é possível extrair de parte da Sentença:

...Acontece que, a 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo reconheceu a irregularidade do ato que dispensou a licitação e

contratou diretamente a Nutriplus, por violação ao disposto no artigo 37, inciso XXI da Carta Magna. Essa decisão foi posteriormente confirmada pelo Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado. Com base nesses acontecimentos, propôs o Ministério Público do Estado de São Paulo a presente ação civil pública por ato de improbidade...

E dentro da fundamentação, foi invocado o Decreto-Lei nº 201/1967, que dispõe sobre Crimes de Responsabilidades dos Prefeitos e Vereadores, que estabelece que estes crimes são objetos de Ação Pública de julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores, por juízo singular (de primeira instância), com pena de reclusão de dois a dez anos, acarretando ainda a perda do cargo e a inabilitação pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargos ou função pública, eletivo ou de nomeação, estabelecendo ainda que os interessados na apuração da responsabilidade do Prefeito podem requerer a abertura do inquérito policial ou a instauração da Ação Penal pelo Ministério Público.

Aqui cabe uma observação, já que tanto o Tribunal de Contas quanto o Ministério Público trabalham juntos no processo de Prestação de Contas e gozam de autonomia dentro de suas respectivas atribuições, definidas na Constituição Federal, tramita na 10ª Vara da Fazenda Pública Estadual o Mandado de Segurança 0014743 – 02.2013.8.26.0053 impetrado pelo Ministério Público de Contas em face do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo versando sobre um possível cerceamento na atividade própria do Ministério Público de Contas, de remessa de cópia de Autos nos quais a representante do Ministério Público de Contas opinou pela emissão de Parecer Favorável, com as Ressalvas apontadas pela fiscalização do Tribunal de Contas, ao Promotor de Justiça da Comarca, e o Tribunal de Contas sustenta que o Ministério Público extrapolou suas competências, em virtude de que em nenhum momento suscitou o cometimento ou mesmo a presença indiciária de atividade delituosa ou ainda ato de improbidade, que poderia legitimar a ação por parte do M.P, sendo encaminhado tal relatório da fiscalização, pura e simplesmente, para medidas não próprias de outra Instituição, alegando em demonstração que pode ser interpretada como descabido senso de irrelevância da decisão final da Corte, a ser proferida com assento em disposição constitucional.

2. O Rito de apuração das contas pelo Tribunal de Contas, tipos de decisões e as consequências do Acórdão Final

Os Tribunais de Contas por força do disposto no art. 73 em que lhes conferem as atribuições do art. 96, ambos da C.F./88, adquiriu prerrogativa privativamente de eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Assim, na esfera infraconstitucional, os Tribunais de Contas são regulamentados por Leis que dispõem sobre a Lei Orgânica de Competência Legislativa e pelo Regimento Interno de prerrogativas próprias.

Na esfera Federal o Tribunal de Contas da União é regido pela Lei 8443/92 que Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e pelo Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002.

Já na esfera Estadual o poder dos Tribunais de Contas dos Estados, além da reprodução do previsto na C.F./88 nas respectivas Constituições Estaduais, são disciplinados também, por Leis Ordinárias, Leis Complementares, Decretos Leis e Regimentos Internos.

Neste momento passaremos a abordar especificamente a legislação referente ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, porém não a grandes alterações entre as Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados ou mesmo o da União, assim, com relação à natureza, competência e jurisdição pode-se dizer, que tratar-se de uma cartilha que todos rezam por força das previsões constitucionais.

A Constituição do Estado de São Paulo estabeleceu em seu art. 23 parágrafo Único, que a forma de criação e alteração das Leis Orgânicas deve ocorrer por meio de Lei Complementar, aprovada pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa, assim, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, esta disciplinada na Lei Complementar nº 709/1993.

Dedicou ainda à seção VI da COESP, exclusivamente ao Tribunal de Contas, que apesar de contar com apenas um artigo, o 31, e de ser uma reprodução do art. 73 da CF/88, destacou a importância do Órgão dentro da Carta Bandeirante, e na Seção VII que trata da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, reproduziu os demais artigos da Seção IX da C.F./88 que trata do mesmo tema, adequados a autonomia Estadual, dentro da territorialidade do Estado e o art. 151 da CESP, trata do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

A Lei Complementar nº 709/1993, estabelece que, compete ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, apreciar e emitir parecer sobre as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado e a prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios, com exceção do Município de São Paulo, que tem tribunal próprio, e julgar, no âmbito do Estado e dos Municípios, as contas dos gestores e demais responsáveis por bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, julgar convênios, aplicação de auxílios, subvenções ou contribuições concedidos pelo Estado e pelos Municípios a entidades particulares de caráter assistencial ou que exerçam atividades de relevante interesse público; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou instrumento congêneres, (art. 2º, I, II, III, X, XVII, da CESP);

Quanto a Jurisdição, o art. 14 estabelece que o Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, a qual abrange todos os responsáveis, bem como seus fiadores, herdeiros e sucessores, e qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre bens e valores públicos ou pelos quais o Poder Público responda, ou que, em nome deste assuma obrigações de qualquer natureza.

Os artigos 23 e 24 respectivamente determinam que quando da análise das contas do Governador do Estado e das contas da Administração Financeira dos Municípios o Tribunal de Contas emitirá apenas parecer prévio, porém esse parecer só deixará de prevalecer no caso da Conta do Governador por decisão dos membros da Assembléia Legislativa nos termos da Lei e no caso dos Prefeitos por decisão de 2/3 dos membros da Câmara Municipal.

Cabe ressaltar que tanto no caso das contas do Presidente da República quanto dos Governadores as Constituições não estabelecerão o quórum para aprovação das contas, assim o STF definiu que o quórum aplicado é de impeachment, com quórum qualificado de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados.

Já os processos de Tomadas de Contas disciplinados pelo capítulo III estabelecem no art. 27 que o processo de Tomada de Contas abrange os

ordenadores de despesa, gestores e demais responsáveis por bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual ou municipal, sendo instruído no setor competente daqueles órgãos, que o encaminhará ao Tribunal de Contas para julgamento.

O Art. 28 diz que as decisões nestes processos de Tomaz ou Prestação de Contas podem ser Preliminar, Final ou Terminativo, sendo que:

a) A Decisão Preliminar é aquela emitida pelo Relator ou Tribunal de Contas, antes do pronunciamento quanto ao Mérito das Contas, e nesta fase o Relator pode ordenar notificações, audiências dos responsáveis ou determinar outras diligências necessárias à instrução do processo;

b) A Decisão Final é aquela em que o Tribunal de Contas julga as contas em Regulares, Regulares com Ressalvas ou Irregulares.

As contas serão consideradas:

Regulares quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável, conforme disposto no art. 33, I da L. C. 709/93.

Regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal, de que não resulte dano ao erário, na forma do art. 33, II da L. C. 709/93, e.

Irregulares, quando comprovada omissão no dever de prestar contas, infração à norma legal ou regulamentar, dano ao erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou Antieconômico ou desfalque, desvio de bens ou valores públicos, conforme disposto no art. 33, III, a, b, c, d, da L. C. 709/93.

Nos casos em que as contas forem julgadas irregulares, havendo débitos, o Tribunal de Contas, condenará o responsável ao recolhimento da dívida atualizada monetariamente, acrescida de juros de mora, podendo, ainda, aplicar-lhe multa, e mesmo que não haja débitos, aplicará ao responsável a multa de até 2000 (duas mil) Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP)

c) E a Decisão Terminativa é a emitida pelo Tribunal de Contas ordenando o trancamento das contas consideradas Iliquidáveis.

Já o art. 32 da L. C. 709/93 define que quando do julgamento das contas pelo Tribunal de Contas em regulares, regulares com ressalvas ou irregulares, o Órgão deverá conforme o caso, definir a responsabilidade patrimonial dos gestores,

ordenadores de despesas e demais responsáveis por bens e valores públicos, e que diante de indícios de ilícito penal, determinar a remessa de peças ao Ministério Público, para a adoção das providências cabíveis.

O art. 37 determina ainda que nos casos onde não houver a devida Prestação de Contas, ocorreu desfalque, desvio de bens ou valores públicos ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, as autoridades administrativas, sob pena de responsabilidade e sem prejuízo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar, desde logo, a tomada de contas, comunicando o fato ao Tribunal de Contas, no prazo de 3 (três) dias.

Já o Título III da L. C. 709/93 trata dos recursos admissíveis, sendo que no art. 51, estabelecendo que em todos os processos submetidos ao Tribunal de Contas deverá ser assegurado o direito a ampla defesa ao responsável ou interessado. Aqui cabe dizer que hoje esta pacificado pelo STF que, além do princípio da Ampla defesa, deve ser observado ainda os princípios do Contraditório e o Devido Processo Legal, mesmo nos processos administrativos, como é possível verificar neste julgado:

“A Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (...) . MS 22.693 (DJe 13.12.2010) - Relator Ministro Gilmar Mendes - Tribunal Pleno.

Estas premissas vem dos Princípios Constitucionais, e assim legitimam, a jurisdição, tanto nos processos de cunho civil e penal, como nos procedimentos administrativos, conforme bem colocado por Rui Portanova, em Princípios do Processo Civil, (2003), na definição do conceito de Princípios:

“O princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito. Assim, aplica-se tanto na jurisdição civil e penal, quanto nos procedimentos administrativos. (PORTANOVA, Rui, 2003, p. 146).”

Com o advento do art. 52, são admissíveis nos processos de contas a cargo do Tribunal de Contas, recurso ordinário; pedido de reconsideração; agravo; embargos de declaração; e pedido de reexame, sendo legítimos para interpor estes

recursos, nos termos do art. 53, o interessado no processo, a Procuradoria da Fazenda do Estado, o Ministério Público e o Terceiro prejudicado.

O Recurso Ordinário, tem efeito suspensivo, das decisões finais do Conselheiro Julgador Singular e das Câmaras, interposto no prazo de 15 (quinze) dias, contados da publicação no Diário Oficial, da decisão objeto do recurso, formulado em petição em que constem os fundamentos de fato e de direito, dirigido ao Presidente do Tribunal que designará o Relator e será julgado pelas Câmaras, se interposto contra decisão ou despacho terminativo do feito do Conselheiro Julgador Singular; ou pelo Tribunal Pleno, se interposto contra decisão das Câmaras, conforme disposto no capítulo II do Título III da LC 709/1993.

O Pedido de Reconsideração com efeito suspensivo, caberá em decisão de competência originária do Tribunal Pleno, podendo ser formulado uma única vez, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da publicação da decisão no Diário Oficial, apresentado ao Conselheiro Relator do feito e, após devidamente instruído e apreciado pelo Plenário.

O Agravo, sem efeito suspensivo, é admitido em processo de natureza jurisdicional, de decisão preliminar ou despacho do Presidente ou do Conselheiro Relator, devendo ser interposto dentro de 5 (cinco) dias, contados da publicação no Diário Oficial ou ciência da parte da decisão ou por despacho objeto do recurso, tendo por fundamento a) ilegalidade ou imperfeita aplicação da lei; b) errônea ou imperfeita apreciação da prova dos autos; c) contradição com a jurisprudência do Tribunal de Contas; ou d) inoportunidade de providência determinada pela decisão preliminar ou despacho, quando a questão principal requerer por sua natureza, solução diversa. Interposto agravo, em petição fundamentada, poderá o Presidente ou Conselheiro, dentro de 5 (cinco) dias, reformar a decisão ou despacho; não o fazendo, será o recurso submetido a julgamento da respectiva Câmara ou do Tribunal Pleno.

Os Embargos de Declaração, admitidos nos julgamentos de competência de Conselheiro Julgador Singular, das Câmaras e do Tribunal Pleno, quando a decisão contiver obscuridade, dúvida ou contradição ou omitir ponto sobre o qual deveria pronunciar-se. Podendo ser opostos dentro de 5 (cinco) dias, contados da publicação da decisão, no Diário Oficial, em petição dirigida ao Conselheiro Julgador Singular ou Relator, na qual será indicado o ponto obscuro, duvidoso, contraditório ou omissivo.

O Pedido de Reexame é cabido nos casos de parecer prévio, emitido sobre as contas do Governador ou sobre a prestação anual de contas da administração financeira dos Municípios (Prefeito), com efeito suspensivo, apresentado ao Conselheiro Relator do feito e, após instruído na forma do Regimento Interno e será apreciado pelo Tribunal Pleno, podendo ser formulado somente uma vez, pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do Parecer no Diário Oficial.

Das decisões passadas em julgado nos processos de Tomas de Contas caberá ainda Pedido de Revisão e Revisão de Julgado.

A Ação de Revisão é admitida para as decisões passadas em julgado em processo de tomada de contas, não sendo admissível a reiteração do pedido, salvo se fundada em novas provas, por erros de cálculo nas contas; omissão ou erro de classificação de qualquer verba; falsidade de documentos em que se tenha fundado a decisão; superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida. sendo que a falsidade de documento somente será demonstrada por meio de decisão definitiva proferida em Juízo Cível ou Criminal, ou será deduzida e provada no processo de revisão, garantido pleno direito de defesa. O pedido deve ser apresentado ao Presidente do Tribunal de Contas, em petição fundamentada e documentada pelo dirigente, ordenador ou responsável, ou por seus herdeiros, sucessores ou fiadores, pela Procuradoria da Fazenda do Estado ou pelo Ministério Público, e pode acarretar em novo julgado pelo Tribunal Pleno, que manterá a decisão anterior ou, reformando-a no todo ou em parte, determinará as providências cabíveis. O prazo para o pedido é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Já a Ação de Rescisão de Julgado poderá ser apresentada pelo Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa, os Presidentes dos Tribunais, gestores ou dirigentes de órgãos da administração direta e autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual ou municipal, a Procuradoria da Fazenda do Estado e o Ministério Público, quando tiver sido proferido contra literal disposição de lei, se houver fundado em falsidade não alegada na época do julgamento ou ocorrer superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida ou a decisão exarada, sendo que a rescisão será julgada pelo Tribunal Pleno, podendo ser requerida uma só vez, até 5 (cinco) anos depois da publicação do julgado

rescindindo, sendo considerado um pedido autônomo e não suspenderá a execução do julgado rescindendo e somente diante de julgamento favorável do Tribunal poderá ser revisto, administrativamente, o ato que deu causa ao pedido de rescisão.

Sobre a Rescisão das decisões da Corte, o judiciário também adota, quando do controle judicial, sendo que fica claro que uma decisão do Tribunal de Contas pode ser anulada por ilegalidade manifesta e não somente por Formalidade, como é possível verificar em um trecho da decisão do STJ da 1ª Turma, Recurso Especial 8970/SP – Relat. Min. Humberto Gomes de Barros, Diário da Justiça, 09.03.93, p. 2533:

“É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas”

Na doutrina de Wolgran Junqueira Ferreira, temos que:

“O Tribunal de Contas, quando da tomada de contas de responsáveis por dinheiros públicos, pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal e, por, ilegalidade manifesta, já decidiu várias vezes o Supremo Tribunal Federal.(FERREIRA, Wolgran Junqueira. 1988, p. 617.

Essa posição é muito importante, uma vez que amplia entendimento defendido pelo Ministro Ayres Brito, que defende que as decisões dos Tribunais de Contas, só poderiam ser atacadas, quanto a Formalidade.

Pelas Ações de Revisão e Revisão de Julgado, entendemos que o que se busca é evitar demandas Judiciais, nos casos em que mesmo após o transitado em julgado do processo, o interessado tenha em mãos como provar vícios do processo, capazes de pedir a anulação da decisão no judiciário, pois estão ligadas a formalidade, e principalmente a aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

Dentro das Penalidades que o TCESP pode impor aos Ordenadores, Gestores e aos demais responsáveis por bens e valores públicos temos as Multas e Sanções dispostas no art. 101 e seguintes da LC 709/1993.

O art. 102 diz que o Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até 100% (cem por cento) do valor atualizado do dano causado ao erário, quando o Ordenador, Gestor ou o Responsável for julgado em débito.

Já o artigo 103 prevê que as entidades particulares de caráter assistencial ou que exerçam atividades de relevante interesse público, que não comprovarem, perante o Tribunal de Contas, a aplicação dos auxílios, subvenções ou contribuições recebidas do Estado ou dos Municípios ficam sujeitas às penas de devolução da importância objeto da glosa e suspensão de novos recebimentos, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

O Tribunal de Contas poderá ainda aplicar multa de até 2.000 (duas mil) vezes o valor da Unidade Fiscal do Estado de São Paulo (UFESP), aos responsáveis por contas julgadas irregulares de que não resulte débito, por ato praticado com infração à norma legal ou regulamentar, que não atender, no prazo fixado, sem causa justificada, diligência do Conselheiro Relator ou do Conselheiro Julgador Singular, ou de decisão do Tribunal de Contas, por obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinada, por sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas, ou na reincidência no descumprimento de determinação ou instruções do Tribunal de Contas, ou ainda deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal de Contas, sem motivo justificado, por Inteligência do artigo 104.

O Tribunal de Contas, por maioria absoluta de seus membros, poderá ainda aplicar a sanção de inabilidade para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, aos responsáveis por irregularidades consideradas graves infrações, por um período de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, conforme artigo 106 e declarar inidôneo para contratar com a Administração Pública, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, o licitante que, através de meios ardilosos e com o intuito de alcançar vantagem ilícita para si ou para outrem, fraudar licitação ou contratação administrativa (art. 108).

Poderá ainda solicitar aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto de bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e a sua restituição (art. 107).

O Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que foi revisado em 24 de novembro de 2010 por meio da Resolução nº 04/2010, TC-A-

020613/026/10, estabelece no seu artigo 1º os três níveis do Órgão deliberativos que é composto de um Tribunal Pleno, duas Câmaras e pelo Julgador Singular.

O Tribunal Pleno, com tratamento de Egrégio Tribunal, conforme disposição da Constituição do Estado de São Paulo é composto por sete Conselheiros, sendo dois escolhidos, pelo Governador do Estado com aprovação da Assembléia Legislativa, alternadamente entre os substitutos de Conselheiros e membros da Procuradoria da Fazenda do Estado junto ao Tribunal, indicados por meio de lista tríplice, segundo critérios de antiguidade e merecimento, quatro escolhidos pela Assembléia Legislativa e o último, uma vez escolhido pelo Governador, e duas vezes pela Assembléia Legislativa, alternada e sucessivamente.

As duas Câmaras são denominadas Primeira e Segunda Câmaras, com tratamento de Egrégia Câmara, compostas por três membros Conselheiros cada.

E o Julgar Singular constituído por um Conselheiro, ao qual compete apreciar as matérias apartadas dos pareceres prévios sobre contas municipais; julgar os contratos, convênios ou atos jurídicos análogos e aditivos celebrados pela administração estadual e municipal que não se enquadrem nas competências privativas deferidas às Câmaras, julgar as contas anuais das entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital o Município ou qualquer entidade da respectiva administração indireta ou fundacional seja detentor da maioria das ações ordinárias, julgar as contas anuais dos administradores das entidades autárquicas, dos ordenadores de despesa da administração centralizada municipal, dos responsáveis por fundos especiais dos Municípios, bem como as tomadas de contas em geral, julgar as contas anuais das fundações mantidas ou instituídas pelo Poder Público municipal, julgar as prestações de contas de adiantamentos destinados a verba de representação, de origem estadual, julgar as prestações de contas de auxílios, subvenções, contribuições, de origem estadual ou municipal, concedidos às fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual ou municipal, e às entidades particulares de caráter assistencial ou que exerçam atividades de relevante interesse público, apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e consórcios instituídos ou mantidos pelo Poder Público, no âmbito do Estado e dos Municípios excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de concessão de

aposentadorias, reformas e/ou transferência para reserva, pensões e complementação de proventos de aposentadoria e complementação do valor de pensões, no âmbito do Estado e dos Municípios, conforme disposto no art. 50 e incisos do Regimento Interno.

As Câmaras por sua vez, têm competência, tanto em matéria estadual, quanto municipal, tendo como competência privativa a apreciação de questões do Julgador Singular consideradas de alta indagação ou for conveniente o pronunciamento da respectiva Câmara, a critério do Julgador Singular, a emissão de parecer prévio sobre a prestação anual das contas dos Prefeitos Municipais, o julgamento das contas anuais prestadas pelas Mesas das Câmaras Municipais, o julgamento das contas anuais das entidades com personalidade jurídica de direito privado, de cujo capital o Estado, ou qualquer entidade de sua administração indireta ou fundacional seja detentor da totalidade ou da maioria das ações ordinárias, o julgamento das contas anuais das fundações mantidas ou instituídas pelo Poder Público estadual, o julgamento do recurso de agravo, quando se referir a despacho de Relator ou de Julgador Singular, inclusive quando mantida a decisão proferida por Auditor, em processos de sua competência, a tomada de providências de ordem coercitiva ou punitiva, nelas não se compreendendo as decorrentes das competências atribuídas ao Julgador Singular, bem como a assinatura de prazo, o julgamento das contas anuais dos ordenadores de despesa da administração centralizada e descentralizada, dos administradores das entidades autárquicas e dos responsáveis por fundos especiais do Estado, o julgamento de processos de despesas, em que houver inexigibilidade ou dispensa de licitação, exceto as que pelo valor estejam isentas de certame, o julgamento de contratos, convênios ou atos jurídicos análogos e seus aditivos, com valor individual ou na sua somatória, igual ao da modalidade licitatória da concorrência na data da celebração do ajuste que cuidem de alienação ou concessão ou permissão de direito real de uso de bens da administração centralizada e descentralizada, bem como daqueles relativos às concessões em geral, das Parcerias Público e Privada, o julgamento de contratos, convênios ou atos jurídicos análogos e respectivos aditivos, com valor individual ou na sua somatória, igual ao da modalidade licitatória da concorrência na data da celebração do ajuste, tanto da administração centralizada, quanto da descentralizada, a notificação, ressalvada a competência do Julgador Singular, do responsável em processo de tomada de contas, cuja defesa foi rejeitada, para, no

prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, recolher a importância devida, acrescida de juros de mora e correção monetária, independentemente de aplicação de multa, julgar os recursos contra as decisões proferidas pelo Julgador Singular, conhecer e decidir sobre o acompanhamento das concessões e parcerias, o julgamento do contrato de gestão, termos de parceria, convênios e da correspondente prestação de contas dos recursos públicos destinados às entidades do terceiro setor, conforme disposto nos art. 55 e 56 do Regimento Interno.

Já o Tribunal Pleno tem competência para julgar os recursos contra as decisões das Câmaras e contra suas próprias decisões, julgar agravo, na hipótese de despacho agravado ser de autoria do Presidente, ou, em processo de sua competência ter sido proferido pelo Conselheiro Relator, julgar os processos de uniformização da jurisprudência, de rescisão de julgado e de pedido de revisão, estabelecer prejulgados, decidir incidentes de inconstitucionalidade, julgar exceções de suspeição, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização de processos que lhe devam ser submetidos, obrigando a seu cumprimento, sob pena de responsabilidade, decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Capítulo IX do Título VII do Regimento Interno, decidir sobre denúncias encaminhadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, solicitar para exame editais de licitação, na forma da lei, e, se for o caso, sustar o procedimento, até o final da decisão do processo, aplicando as sanções e medidas previstas nos arts. 106 a 109 da Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993, decidir sobre a inscrição de enunciado na Súmula de Jurisprudência do Tribunal, conforme disposição dos artigos 53 e 54 do Regimento Interno.

As decisões do Tribunal Pleno ou das Câmaras ocorrerão, conforme o caso das seguintes formas:

a) Acórdãos, quando se tratar de decisões em processo de tomada de contas, bem como do exame da legalidade de qualquer despesa, desde que não tenham forma específica, para aprovação de preliminar de não conhecimento, para decisões que importem em sustar despesas ou arguir, perante a Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal, qualquer ilegalidade, para decisões em prejulgados em processo oriundo das Câmaras, para; pedidos de revisão e de

rescisão de julgado ou para outras decisões que, a seu juízo, devam ser apresentadas dessa forma nos termos do art. 114, I do Regimento Interno.

b) Deliberação, quando se tratar de incidente de inconstitucionalidade, de decisão em prejulgados em resultado de consulta do Presidente ou das Câmaras, ou em outras decisões que, por sua importância, devam ser apresentadas por essa forma conforme disposto no art. 114, II do Regimento Interno.

c) Pareceres, quando se tratar das contas anuais do Governador do Estado ou da administração financeira dos municípios que não tiverem tribunal próprio, para consultas e outras decisões, quando for requerido e aprovado pelo Tribunal Pleno, conforme disposto no art. 114, III do Regimento Interno.

d) Resoluções, quando se tratar da aprovação do Regimento Interno do Regulamento de sua Secretaria, das unidades administrativas ou de suas alterações, da aprovação de instruções gerais ou especiais, relativas ao controle externo ou de outras decisões que, por sua natureza, devam ser apresentadas dessa forma nos termos do art. 114, IV do Regimento Interno.

e) Decisões Simples, quando se tratar de questões de natureza administrativa interna, de ordem de arquivamento, de mero deferimento ou de caso que admitam essa apresentação, conforme disposto no art. 114, V do Regimento Interno.

Cabe aqui ressaltar que, nossas cortes judiciais vem, mantendo entendimento de que das decisões dos Tribunais de Contas, não cabem revisão no Judiciário quanto à materialidade, uma vez que são eles os Órgãos constitucionalmente instituídos para essa finalidade, porém ao analisarmos parte voto do Ministro relator Humberto Gomes de Barros no Recurso Especial nº 8.970/SP da decisão no STJ, temos:

“É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas.”

Assim, as decisões dos Tribunais para serem questionadas judicialmente quanto à materialidade, somente mediante comprovada ilegalidade manifesta, senão resta a análise da formalidade, pois a reanálise das Contas por outro Órgão caracterizaria o bis in idem.

III. O PODER EXECUTIVO E SUAS ATRIBUIÇÕES

A Constituição Federal estabelece em seu art. 86 que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, a Constituição do Estado de São Paulo no art. 37 diz que o Poder Executivo é exercido pelo Governador, que exercerá a direção superior da Administração Estadual com o auxílio dos Secretários de Estado, nos termos do inciso II do art. 47 e as Leis Orgânicas dos Municípios estabelecem que o Poder Executivo é exercido pelo Prefeito com o auxílio dos Secretários Municipais, Diretores ou outros cargos de confiança definidos nas Leis Orgânicas Municipais.

Dentro das atribuições inerentes ao Poder Executivo estão, exercer a direção superior da administração, e praticar atos administrativos nos limites da lei.

Os Atos Administrativos podem ser Vinculados ou Discricionários.

Hely Lopes Meirelles no livro Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição, (2009, p.147), nos ensina que:

“Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (MEIRELLES, Hely Lopes.).

Já em relação aos Atos Discricionários Hely Lopes Meirelles, (2009) diz na p. 149, que:

“Atos Discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito).

E dentro dos atos considerados Discricionários encontram-se os Convênios firmados com o Terceiro Setor, apesar dos Tribunais de Contas não terem este entendimento, exigindo rotinas de Atos Vinculados.

1. Convênios Públicos – Definição, Formas e Finalidades.

Mais uma vez usaremos os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2009) para a definição de Convênios Administrativos:

“Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. 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 diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2009).”

A Administração se utiliza de varias formas de Convênios para o desenvolvimento de atividades com o Terceiro Setor, podendo, conforme o caso, receber nomenclaturas diversas.

Assim a primeira distinção ocorre quanto à finalidade dos repasses e estão descritas na Lei Complementar 4.320/64, na qual os Convênios classificam-se em Subvenções, Auxílios, ou Contribuições e estão relacionadas ao tipo de destinação dos recursos públicos alocados, podendo ser Corrente, voltada para o custeio e manutenção de atividades ou de Capital relacionada a investimentos, obras e compra de equipamentos.

As Subvenções Sociais destinam-se à operação e manutenção da entidade beneficiada, ao custeio de entidades voltadas à Assistência Social, Cultural, Saúde e Educação, despojadas de intuito lucrativo e cujo patrimônio, em caso de encerramento das atividades, reverta-se à instituição congênere ou ao Poder Público, de acordo com os art. 12. §§ 2º e 3º, I, art. 16, parágrafo único, e art. 17 da Lei nº 4.320, de 1964.

Os Auxílios são Transferências de Capital destinadas a investimentos (obras, equipamentos e materiais permanentes) que outras pessoas de direito privado, também despojadas de intuito lucrativo e cujo patrimônio, em caso de encerramento das atividades, reverta-se à instituição congênere ou ao Poder Público,

independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas derivadas diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especial anterior, de acordo com os art. 12. § 6º e art. 21 da Lei nº 4.320, de 1964.

As Contribuições podem ter destinação Corrente ou de Capital, dependendo, para tanto, daquilo que se previu na lei instituidora do repasse, possuem caráter permanente, precisando de instrumento congênera para revogar-lhe a eficácia, não havendo a necessidade de, a cada ano, editar lei renovando os efeitos da contribuição. Por outro lado, às despesas obrigatórias de caráter continuado, necessitam de estudo de impacto orçamentário-financeiro, declaração do ordenar da despesa quanto à compatibilidade orçamentária, compensação financeira, entre outras medidas aludidas no art. 17 da LRF, e estão definidas no art. 12, §§ 2º e 6º da Lei nº 4.320/64, sendo à do § 2º destinadas as Contribuições de Custeio e as do § 6º as Contribuições de Capital.

A segunda distinção ocorre quanto ao tipo de Convênio, sendo que até o advento da Lei das OSCIPs eram basicamente quatro tipos de convênios previstos, sendo três os estabelecidos pela Lei 4.320/64, Convênios de Subvenção Social, Convênios de Auxílios e Convênios de Contribuições, sendo o mais comum o Convênio de Subvenção Social, e o quarto um Convênio firmado com amparo apenas no art. 116 da Lei nº 8666/92.

Os Convênios de Subvenção Social por força do artigo 16 da Lei 4.320/64 estão restritos as Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos de caráter assistencial ou cultural, na prestação de serviços essenciais de Assistência Social, Médica ou Educacional, assim as entidades que não tem estas finalidades estabelecidas em seus estatutos, estão impedidas de firmar convênios para o recebimento de Subvenções Sociais, com o Poder Público no desenvolvimento de Projetos e Ações Sociais.

Os Auxílios são destinados a equipar, construir ou ampliar instalações de Entidades Privadas sem fins Lucrativos de prestação de serviços de interesse público, como nos casos das Santas Casas.

As Contribuições quase nunca são utilizadas e podem ser destinadas para o Custeio ou Investimentos, sendo geralmente utilizadas para projetos de duração mais longa e sem uma contrapartida direta em bens ou serviços da entidade beneficiada, sendo mantida a exigência de ser Entidade Privada sem fins Lucrativos.

Como disposto acima, a forma mais comum de repasse ao Terceiro Setor é a Subvenção Social e por ter restrições para a escolha da entidade, em virtude do enquadramento em Entidade de caráter Assistencial ou Cultural voltadas para a Assistência Social, Médica ou Educacional, quando a Administração Pública se via necessitada de firmar um Convênio com certa entidade para o desenvolvimento de uma Ação ou Projeto Específico, que não se enquadrava nestes critérios, socorria-se do art. 116 da Lei 8666/92, para firmar Convênios, que juridicamente podemos definir como Convênios Inominados, uma vez que não se enquadravam nas especificações da Lei 4.320/64, geralmente pela finalidade estatutária.

Vejamos o que diz o referido artigo da Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993:

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

...

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:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 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.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Portanto, como no referido artigo, o procedimento é para a realização de Convênios e não vincula o objeto a atividade de Assistência Social, Médica ou Educacional e nem a instituições privadas ao caráter assistencial ou cultural, excepcionalmente o Poder Executivo se utiliza deste dispositivo, com a vantagem de que por força do § 2º, fica claro que não é necessária à autorização Legislativa, com Lei Específica, ficando apenas obrigado a entidade ou órgão repassador, a dar ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva após a assinatura do convênio.

Já com o advento da Lei 9790/99 que dispõe sobre qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, considerada o marco do Terceiro Setor, introduziu a possibilidade de se firmar Termos de Parcerias com o Poder Público, e assim, as possibilidades de realização de Projetos e Ações de interesse mutuo ampliaram-se.

Isso se deu em virtude do disposto nos arts. 2º e 3º da lei supracitada, que aumentaram os tipos de entidades que poderiam firmar Termo de Parcerias assim como as finalidades estatutárias, vejamos:

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

I - as sociedades comerciais; II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas

fundações; V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; IX - as organizações sociais; X - as cooperativas; XI - as fundações públicas; XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

O parágrafo único do art. 3º definiu ainda que a execução dos projetos, programas, planos de ações correlatas, ocorrerão diretamente pelas entidades, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a órgãos do setor público que atuam nas áreas afins. Assim passou a ser possível firmar Termos de Parcerias além dos Projetos, Programas e ações de interesse comum, também para a prestação de serviços intermediários de apoio a órgãos do setor público.

Outra grande inovação apresentada por esta lei foi, a possibilidade de se remunerar os dirigentes da entidade que atuam efetivamente na gestão executiva e aqueles que a ela prestam serviços específicos, correspondente a sua área de atuação, inclusive nos Termos de Parcerias que utilizam Recursos Públicos, conforme disposto no inciso VI do art. 4º da Lei 9.790/99.

IV. A RELAÇÃO DO PODER EXECUTIVO COM O TRIBUNAL DE CONTAS NA ÓTICA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DOS CONVÊNIOS

A relação dos Tribunais de Contas com o Poder Executivo, não é das mais tranqüilas, principalmente pela função constitucional dos Tribunais de Contas de serem Órgãos Fiscalizadores de Contas Públicas.

E no caso dos Convênios com o Terceiro Setor, trata-se de um item dentre muitos outros que são analisados, porém com contornos de apartados, já que mesmo dentro das Constituições aparecem destacados:

Na Constituição Federal tal dispositivo encontra-se no inciso II do art. 74:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - ...

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (Grifado)

Já na Constituição do Estado de São Paulo encontra-se no inciso II e o inciso VII do art. 33:

Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

...

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, incluídas as fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; (grifado)

...

VII - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados ao Estado e pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;

Temos ainda que, no dever de fiscalizar as Contas, o Tribunal de Contas pode propor providencias a serem adotadas pelos responsáveis pela gestão destes convênios sob pena de não o fazendo, aplicar sanções aos responsáveis. Vejamos o eu diz o art. 71, incisos VIII e IX da Constituição da República:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

...

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

Mesmo na legislação Infraconstitucional a fiscalização dos convênios aparecem em destaque, como no inciso XVII do art. 2º da L. C. 709/93 que trata da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Artigo 2º - Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete:

...

XVII julgar convênios, aplicação de auxílios, subvenções ou contribuições concedidos pelo Estado e pelos Municípios a entidades particulares de caráter assistencial ou que exerçam atividades de relevante interesse público;

Os Tribunais de Contas tem competência para editar Resoluções e Instruções gerais ou especiais, relativas ao controle externo, e no caso do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo existem duas Instruções específicas para a normatizando a Fiscalização de Controle Externo. As Instruções Nº 01/2008 – que normatiza a Fiscalização na esfera Estadual e as Instruções Nº 02/2008 – que normatiza a Fiscalização na esfera Municipal.

As Instruções nº 01/2008 dedica a seção VII aos Termos de Parceria firmados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a Seção VIII aos Convênios firmados com entidades não-governamentais sem fins lucrativos e a Seção XIII as Transferências de recursos a entidades não-governamentais sem fins lucrativos por meio de Auxílios, Subvenções e Contribuições, as Instruções nº 02/2008 dedica a seção IX aos Termos de Parceria firmados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a Seção X aos Convênios firmados com entidades não-governamentais sem fins lucrativos e a Seção XIV as Transferências de recursos a entidades não-governamentais sem fins lucrativos por meio de Auxílios, Subvenções e Contribuições.

O problema ocorre quando os Tribunais de Contas extrapolam suas competências, com imposições de rotinas que, muitas vezes ultrapassam o limite do “emitir Normas Reguladoras da Fiscalização Externa”, interferindo na Independência

dos Poderes, principalmente porque, devido ao poder exercido pelo Órgão sobre todas as contas da Administração Pública, estes Órgãos fiscalizados muitas vezes, preferem cumprir essas exigências, a ter que entrar com representações judiciais contra estes atos, correndo o risco de sofrer uma fiscalização muito mais severa do Tribunal de Contas de uma forma geral.

Dentro desta problemática, na esfera do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, existem dois pontos relacionados a este conflito, que estão gerando apontamentos pelas equipes de fiscalizações dos Tribunais de Contas, quando da fiscalização dos convênios nas mais diversas modalidades com entidades do Terceiro Setor, sendo que um está explicitamente exposto nas Instruções 1 e 2 que é a exigência de Lei Específica para cada convênio e a outra encontra-se nos relatórios de Auditoria na forma de Recomendações, que trata da exigência de Devolução dos Saldos dos Recursos repassados através dos Convênios as entidades, no final do exercício, mesmo que o convênio ainda esteja em vigor, interferindo diretamente no poder discricionário do Poder Executivo de gerir os convênios e na Independência dos Poderes.

1 – A necessidade de Lei Específica para firmar Convênios.

Os convênios com o Terceiro Setor sempre foram considerados como atos Discricionários, porém com o advento da Lei Complementar 101/2000, em virtude da redação do artigo 26 § 2º, os Tribunais de Contas começaram a apontar como irregulares os convênios firmados com entidades do Terceiro Setor que não fossem especificamente autorizados pelo legislativo, exigindo que cada Convênio, deva ter uma Lei Específica em que conste o nome da entidade beneficiada, o valor conveniado, o objeto do convênio e os demais termos imprescindíveis a sua realização, assim como submetidos ao legislativo novamente, a cada aditivo proposto.

Vejamos o que diz o referido artigo:

“Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou débitos de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais. (Grifado)
§ 1º

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.”(Grifado)

Agora vejamos o texto abaixo extraído do Manual básico Repasses Públicos ao Terceiro Setor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. ↑

Outra questão de relevante interesse a ser analisada é a concernente à necessidade de autorização legislativa para que se possa firmar um Convênio. A redação do § 2º, do artigo 116, da Lei de Licitações, torna claro que Convênio é matéria estritamente administrativa e que a Administração, após estabelecê-lo, tão-somente dará ciência ao Legislativo. Ademais, o STF já se pronunciou acerca da matéria e vem decidindo que é inconstitucional a norma que exige autorização legislativa para que se firme um Convênio, notadamente, por ferir a independência dos Poderes (ADI 770, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ 20/09/2002).

Todavia, é de se destacar que, com o advento da Lei Complementar no 101, de 04/05/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a destinação de recursos para cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atendendo às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e estar prevista na Lei Orçamentária Anual (LOA) ou em seus créditos adicionais; nesse sentido é o artigo 26 do citado diploma legal. Note-se que o dispositivo em comento regula a destinação de recursos públicos para a iniciativa privada, nada mencionando acerca da celebração de convênios, razão pela qual não conflita com o entendimento sufragado pelo STF; ou seja, a autorização legal reclamada pela LRF não é exigência para assinatura de Convênio, mas sim para determinadas espécies de repasses para o setor privado: aquelas destinadas a cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas.

Assim fica claro que mesmo com o posicionamento do STF os Tribunais de Contas insistem em fazer uma interpretação diferente, e isso se deve ao § 2º do art. 26 da Lei Complementar 101/2000 não ter sido contestado na ADI 2238 MC/DF, e que por isso continua vigente, mesmo contrariando o posicionamento já pacificado pela mais alta corte do país.

Porém para tentar demonstrar que a redação desse parágrafo foi um equívoco do legislador, criando sentido que ultrapassa a independência dos poderes, interferindo diretamente na função discricionária do Executivo, partiremos da legislação que disciplina a Relação com o Terceiro Setor.

Para se analisar este artigo se faz necessário compreender o conceito de subvenções definidas nos artigo 12, § 3º, com as devidas distinções contidas nos incisos I e II da Lei Federal 4320/64.

Assim temos no § 3º do art. 12 da Lei Federal 4320/64:

Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

...

§ 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.

Portanto, as Subvenções são as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se entre Subvenções Sociais, que são as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, das Subvenções Econômicas, que são as que se destinam a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Já nos artigos 16, 18 e 19 da Lei Federal 4320/64 temos:

Art. 16. Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.

Art. 18. A cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.

Parágrafo único. Consideram-se, igualmente, como subvenções econômicas:

a) as dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais;

b) as dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

Assim os artigos 16 e 18 da Lei Federal 4320/64 diferenciam claramente as finalidades de cada uma delas e deixa claro no artigo 19 que se remete ao artigo 18, que a exigência de autorização em lei específica ocorre apenas para as Subvenções Econômicas, o que entendemos que tem uma lógica de ser, afinal os recursos públicos não tem a finalidade de financiar setores produtivos ao bel prazer dos administradores, interferindo na livre concorrência, assim para que sirvam aos

objetivos definidos no artigo 18 devem ser criteriosamente efetuadas por Lei Específica.

Portanto, já que os Tribunais de Contas estão interpretando o Artigo 26 da LC 101/00 da forma que melhor lhe convém, mesmo contrariando a jurisprudência pacificada do STF.

Porém, ficando claro, que o texto do art. 26 da LRF, refere-se especificamente a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou défits de pessoas jurídicas com necessidade de autorização por lei específica, e o seu § 2º ao incluir as subvenções, reporta-se ao texto das Subvenções definidas no Artigo 12 da Lei 4320/64, ficando claro o enquadramento da regra as Subvenções Econômicas que já apresentavam tal exigência em seus arts. 18 e 19 e não as Subvenções Sociais tratadas no artigo 16.

Ademais, mesmo que a intenção tenha sido a de incluir as Subvenções Sociais, entendemos ser indiferentes se para assinatura de Convênio ou para determinadas espécies de repasses para o setor privado, pois a questão é que uma Lei Complementar não pode prevalecer sobre um princípio constitucional.

Neste sentido praticamente todos os Estados Brasileiros já entraram com pelo menos uma ADIs contra normas que exigiam a submissão de Lei específica para a formalização de convênios, como as: ADI 165-5 MG, ADI342-9 PR, ADI 462-0 BA, adi 676-2 RJ, ADI 770-0 MG, ADI 1.857-2 SC, sendo que em todos o pronunciamento do STF é o mesmo, com na ADI 676-2:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS, ACORDOS, CONTRATOS E ATOS DE SECRETÁRIOS DE ESTADO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. I. - Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembléia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes. C.F., art. 2º. II. - Inconstitucionalidade dos incisos XX e XXXI do art. 99 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. ADI 676 / RJ - RIO DE JANEIRO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 01/07/1996 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Agora vejamos o que diz o inciso II do art. 48 combinado com o art.47, ambos das Instruções nº 2:

Artigo 47 - Os repasses de recursos a entidades do Terceiro Setor, caracterizados como auxílios, subvenções e contribuições, somente

poderão ser concedidos pelas prefeituras nos termos das exigências contidas na Lei Federal nº 4.320/64 e no artigo 25 da LCF nº 101/00 (LRF).

Artigo 48 – A formalização da transferência dos recursos indicados no artigo anterior deverá estar autuada em processo próprio em que conste, no mínimo:

I – (...)

II - lei autorizadora do repasse, contendo: entidade beneficiária; valor concedido e sua destinação;

Portanto o inciso II do art. 47 das Instruções Normativas 2 do TCESP, extrapola inclusive o conceito de Lei Específica estabelecido no art. 26 da LRF ao determinar que a Lei Autorizativa do repasse deva conter a entidade beneficiada, o valor concedido e sua destinação, o que impõe ao Executivo uma Lei para cada Convênio Firmado.

Se uma Lei Complementar não pode contrariar a Constituição Federal, o dizer de uma Instrução Normativa, que tem apenas a função de dispor sobre normas disciplinares que deverão ser adotadas na execução ou fiscalização de alguma atividade, ação ou programa.

Assim já se pronunciou o Judiciário:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE INSCRIÇÃO NO CNPJ/MF. INVIABILIDADE. LEI N. 5.614 /70. PRECEDENTES.1. Excede os limites estabelecidos pela Lei n. 5.614 /70 e contraria o princípio do livre exercício da atividade econômica instrução normativa da SRF/MF que restringe o deferimento da inscrição no CNPJ apenas às pessoas jurídicas cujos sócios estejam em dia com as obrigações tributárias.2. Recurso especial Improvido REsp 508473 PR 2003/0024463-9, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento 20/11/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 06.02.2007 p. 278.

Do mais, a exigência de Lei específica para realização de despesas, ocorre quando não houver previsão orçamentária na LOA adequadas a LDO e ao PPA, portanto desde que haja esta previsão, que pode ser através de Créditos específicos os Dotações Globais que atendam a despesas, não há que se falar em uma lei específica.

Para reforçar esse entendimento, vejamos alguns conceitos das parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor para a realização de convênios extraídas da legislação do Município de São Sebastião/SP.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias do Município de São Sebastião para o exercício de 2014, Lei Municipal 2250/2013, no seu artigo 19 diz que na realização de ações de competência do Município, poderá este adotar a estratégia de transferir

recursos a instituições privadas sem fins lucrativos, desde que especificamente autorizada em lei municipal e seja firmado convênio, ajustes ou congêneres, pelo qual fique claramente definidos os deveres e obrigações de cada parte, a forma e os prazos para prestação de contas.

Nestes termos a exigência de Lei Específica, qual seja, Lei que autoriza a firmar Convênios, como a Lei Municipal nº 1739/05 que é específica para a celebração de Convênios e conceder Subvenções, porém os deveres e obrigações de cada parte, a forma e os prazos para prestação de contas ocorrem no convênio, ajuste ou congêneres.

E na elaboração do PPA, LDO e LOA, são criadas as ações específicas para repasses ao terceiro Setor como a ação “contratos e convenio com entidades publicas e privadas para desenvolvimento de projetos e atividades ambientais”, da Secretaria de Meio Ambiente de São Sebastião, atendendo a exigência de que o Poder Público não pode realizar despesas sem lei instituidoras.

Portanto, partindo do pressuposto de que todo ato público deve atender os Princípios Constitucionais entre os quais os descritos no artigo 37, ou seja, princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, não questionamos a necessidade de Lei autorizadora para firmar convênios com entidades do Terceiro Setor, mas a escolha da entidade que ira executar o convênio é um ato discricionário do executivo, pois não importa qual a entidade que executará o programa ou ação, desde que atenda os requisitos da lei e execute o termo. Já no caso de uma subvenção Econômica que é um ato vinculado de repasse de recurso a um setor econômico tem que ser claramente definido e justificado, exigindo-se a autorização Legislativa específica.

Inclusive esta vedação encontra-se no inciso VIII do art. 167 da CF/88:

Art. 167. São vedados:

(...)

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

2 - A obrigação de devolver o saldo de Convênios no final do exercício independentemente da finalização do Termo

O TCESP vem apontando nos relatórios de auditoria a recomendação para que as Entidades do Terceiro Setor que tem ajustes firmados com o Poder Público devem devolver aos Cofres Públicos, o saldo recebido não utilizado durante o exercício, até 31 de dezembro de cada ano, independentemente de finalização do ajuste.

Vejamos o apontamento do Processo TC nº 810/007/10 que tem como órgão concessor a Prefeitura Municipal de São Sebastião as Associações de Pais e Mestres das Escolas do Município, analisado pela equipe da UR 07.4 São José dos Campos fls. 294, item 3:

“Por oportuno, sugerimos recomendação ao órgão repassador e respectivas entidades beneficiárias, para que seja devolvido em 31 de dezembro do exercício do repasse, eventual saldo não aplicado até aquela data (ou seja, não comprometido com obrigações a pagar no início do exercício seguinte), excluindo-se de imediato tal saldo das aplicações do Ensino daquele exercício. Evitando-se assim eventual confusão do saldo anterior com recursos repassados no exercício seguinte e o dever de comprovação de sua tempestividade e efetiva aplicação, em separado”

Essa imposição é mais absurda ainda que a da Lei Específica, uma vez que não tem respaldo nenhum em legislação, apenas uma suposta interpretação com base nos princípios da Tempestividade e Efetividade de aplicação, e mesmo quanto à justificativa de que constam dentro do índice de aplicação na educação, uma vez que o montante é sabido e evidenciado nos relatórios, assim basta, uma orientação para que estes valores repassados sejam excluídos dos cálculos de Aplicação no ensino.

Assim, ocorre que, mesmo sendo um parecer da equipe técnica o Julgador Singular com base neste relatório, notificou os responsáveis pelas entidades para apresentar prestação de contas completas ou promover a restituição do valor recebido devidamente atualizado e assinalou prazo para que o órgão concessor, informasse as providências adotadas, objetivando a regularização da matéria, sob pena de aplicação de multa, sem analisar cada item do relatório, o que significa que o Julgador Singular, acatou o parecer da equipe técnica por inteiro, inclusive quanto à recomendação de devolução do saldo.

E conforme disposto no § 1º do art. 31 da Lei 709/93, nos casos de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido

ciência, feitas em processo de tomada ou prestação de contas, o órgão poderá ter suas Contas Rejeitadas pelo Tribunal de Contas.

Cabe dizer que dentro de um convênio existe previsão de recursos para varias finalidades, compra de material e insumos, prestação de serviços, contratação de pessoal entre outros, conforme plano de trabalho, e o Órgão Público para que não responda solidaria e ou subsidiariamente com a entidade conveniada, por eventuais ações trabalhistas e previdenciárias, deve fiscalizar a execução do termo exigindo o atendimento das normas inclusive trabalhistas.

Assim foi a decisão do STF na ADC nº 16 em que a suprema corte, por maioria dos ministros, se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993”, havendo consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Vejamos agora o que diz trecho do relatório de apontamentos da equipe técnica no Processo TC nº 810/007/10 as fls. 293, item 1:

“... e nos demais casos, o montante de R\$ 836.402,32, corresponde a gastos com pessoal (salários, 13º, férias, rescisões, cestas básicas, encargos sociais, etc.), ou seja 86,59 % do total aplicado em conjunto, pelas APMs...” (Grifado)

Ocorre que os convênios são firmados por um ano com a possibilidade de aditivo até o limite de cinco anos, nos termos da lei 8.666/92, e dentro destes convênios firmados, está incluída a previsão de recursos para a Rescisão sem justa causa, que poderá ocorrer a qualquer momento ou no final do termo de convênio, sendo repassada essa fração mensalmente, e que no caso de não se efetivar até o final do termo, em virtude de dispensa por justa causa ou pedido de demissão,

ocorrerá à devolução. Porém com a exigência de devolução dos saldos anualmente, essas entidades poderão ficar descobertas para a rescisão final, podendo ser acionadas judicialmente em ações trabalhistas e o Município ser arrolado juntamente, já que a fiscalização quanto aos encargos trabalhistas está falha.

CONCLUSÃO

Com este trabalho é possível evidenciar que os Tribunais de Contas exercem função constitucional, ora atuando como Auxiliares do Poder Legislativo, ora com Órgão Autônomo.

Não tem esferas distintas e independentes de decisão, e quanto às decisões emanadas, fazem coisa julgada, não cabem recursos ao Judiciário, quanto à materialidade, mas somente sobre formalidade ou ilegalidade manifesta.

As decisões dos Tribunais de Contas alcançam todos os responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, direta ou indiretamente, cabendo conforme o caso, aplicação de multas, impedimentos de contratar com a administração pública, exercer cargos públicos, eletivos e comissionados, responder penal e civilmente perante o judiciário.

Falta hoje uma instância superior e moderadora a exemplo do que ocorre com o Judiciário por meio do Conselho Nacional de Justiça, a fim de evitar abuso de poder, pois algumas das exigências impostas pelos Tribunais de Contas aos Órgãos fiscalizados, parece que extrapolam as competências fiscalizatórias, como as exploradas neste trabalho.

Assim ao impor ao Executivo, por meio de Instrução Normativa a obrigatoriedade de Lei Específica, contendo a entidade beneficiada, o valor concedido e sua destinação, para a formalização dos Convênios, está interferindo diretamente na seara de competência do Executivo, afrontando a Constituição quanto à independência dos poderes, além de afrontar o posicionamento da mais alta corte do país, o STF que em sucessivas e recorrentes decisões, já firmou entendimento, que as normas que subordinam a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia das Casas Legislativas Estaduais ou Municipais, ferem o princípio da independência dos Poderes, além de transgredir os limites do controle externo previsto na Constituição Federal. assim, entendemos ainda que pela recorrência das ações neste sentido, o tema deve ser objeto de edição de súmula pelo STF, para evitar essa demanda de processos que batem a porta do Judiciário, afrontando a Constituição Federal.

Quanto à exigência de devolução dos saldos de Convênios anualmente, independentemente da conclusão dos termos, os Órgão dos Poderes Executivos devem socorrer-se do Judiciário, não só por interferir na Independência dos Poderes, mas principalmente por estar caracterizada em uma das mais gritantes formas de transgredir os limites do controle externo previsto na Constituição Federal, por não estarem estabelecidas em nenhuma legislação, podendo caracterizar ainda afronta ao Princípio da Legalidade e Abuso de Poder.

Ficou evidenciado ainda que a relação entre os entes federados, apesar da tentativa de manter bem embasa nas mais diversas formas de legislações, com raízes na Constituição Federal, não garantem a harmonia plena entre os poderes, cabendo ao Judiciário, impor os limites de uma linha imaginária que não é fixa e a todo momento esta sendo questionada por um prisma diferente, que na verdade corresponde a essência da Democracia através da busca da Justiça nas mais diversas formas dentro do sistema de freios e contra pesos, onde cada ente busca ocupar os espaços ainda livres e assim muitas vezes avançando além do permitido, cabendo nestes casos, ao Judiciário estabelecer a “RESOLUÇÃO DA LIDE” a luz da Legislação.

FONTES

ADI 2238/DF MC que tratava de vários artigos da Lei Complementar 101/2000, Disponível em <http://www.stf.jus.br> . Acessado em 09/10/2013

.ADI 687, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-2-1995. Disponível em <http://www.stf.jus.br> . Acessado em 09/10/2013

ADI 165-5 MG, ADI342-9 PR, ADI 462-0 BA, adi 676-2 RJ, ADI 770-0 MG, ADI 1.857-2 SC Disponível em <http://www.stf.jus.br> Acessado em 12/10/2013

Editorial do jornal "Folha de S. Paulo" de 28/11/2005, intitulado Crise dos Poderes, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2811200501.htm>. Acesso em 18 out 2013

Lei nº 4.320, de 1964 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 out. 2013.

Lei nº 8666/92.Lei de Licitações Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 out. 2013.

Lei Complementar nº 101/2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 out. 2013.

Lei Complementar nº 709/1993 Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, disponível em <http://www.tce.sp.gov.br> Acessado em 10/07/2013.

Lei 9790/99 Lei das OSCIPs. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 out. 2013.

Lei Municipal 2250/2013. Lei de Diretrizes Orçamentárias do Município de São Sebastião para o exercício de 2014, disponível em www.saosebastiao.sp.gov.br Acessado em 10/10/2013.

Lei 8443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União Disponível em www.tcu.gov.br Acessado em 10/07/2013

Mandado de Segurança 0014743 – 02.2013.8.26.0053 impetrado pelo Ministério Público de Contas em face do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 10ª Vara da Fazenda Pública Estadual. Disponível em <http://www.tj-sp.jus.br> Acessado em 24/08/2013.

Mandado de Segurança 22.693 (DJe 13.12.2010) - Relator Ministro Gilmar Mendes - Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br> . Acessado em 09/10/2013

Processo TC nº 810/007/10 fls. 291 / 296

Resolução nº 04/2010, TC-A-020613/026/10. Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, disponível em <http://www4.tce.sp.gov.br> Acessado em 10/07/2013.

Recurso Especial nº 8.970/SP decisão no STJ, proferida pelo relator Ministro Humberto Gomes de Barros Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acessado em 09/10/2013

Recurso Especial 132747, STF Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1992, DJ 07-12-1995 PP-42610 EMENT VOL-01812-02 PP-00272, Disponível em <http://www.stf.jus.br> Acessado em 12/10/2013.

Recurso Especial 132747, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1992, DJ 07-12-1995 PP-42610 EMENT VOL-01812-02 PP-00272, Disponível em <http://www.stf.jus.br> . Acessado em 06/07/2013.

Recurso Especial 8970/SP STJ da 1ª Turma, – Relat. Min. Humberto Gomes de Barros, Diário da Justiça, 09.03.93, p. 2533, disponível em Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acessado em 09/10/2013

Resolução TCU nº 155 Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, Disponível em www.tcu.gov.br Acessado em 10/07/2013.

Repercussão geral em recurso extraordinário 597.362-0 Bahia – ementa: repercussão extraordinária geral reconhecida. Competência para julgar contas do chefe do executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br> . Acessado em 06/07/2013

SÃO PAULO. Constituição do Estado, disponível em <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>. Acessado em 10/07/2013.

TSE - Recurso Especial Eleitoral REspe 10281 RN (TSE) Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ELEI%C3%87%C3%83O+MUNI+CIPAL.REJEI%C3%87%C3%83O> Acessado em 04/07/2013.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição Federal. 15 ed. São Paulo: vade-mécuns; Saraiva: 2013.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. Teoria das formas de governo. Trad. de Sergio Bath. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002.

Comissão de Direitos do Terceiro Setor da Ordem dos Advogados do Brasil. *Cartilha Terceiro Setor*. São Paulo. 2005.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988. Campinas: 1ª ed., vol. II, 1989, p. 617-618.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, 13ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2008

Instruções 01/2008 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo Área Estadual, disponível em http://www4.tce.sp.gov.br/vw_instrucoes. Acessado em 10/07/2013.

Instruções 02/2008 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo Área Municipal, disponível em http://www4.tce.sp.gov.br/vw_instrucoes. Acessado em 10/07/2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 3ª Edição. Editora Fórum. 2005.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Revista do Tribunal de Contas da União. Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. Brasília: Edição Nº 02 de 1998 - Ano XVI.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Revista do Tribunal de Contas da União. Limites à Revisibilidade Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. Brasília: v. 27, n. 70, 1996.

Manual básico Repasses Públicos ao Terceiro Setor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2007; disponível em www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/2007_repasses_terceiro_setor.pdf

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35.ed. 839. São Paulo, Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 26 Edição, Editora Malheiros.

NUNES, José de Castro. Teoria e Prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4.^a edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2003, p. 146.

REIS, Heraldo da Costa. MACHADO JR, J. Teixeira. A Lei 4.320 Comentada. 28^a Edição, Editora IBAM, 1998.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo, RAMOS, Rosemeire da Silva Cardoso, MATEUS, Wilson Roberto, "Aspectos da Inelegibilidade por Rejeição de Contas" p. 4 <http://www4.tce.sp.gov.br/aspectos-da-inelegibilidade-por-rejei-o-de-contas> cessado em 25/09/2013

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo, CESTARI, Renata Constante, Artigo Direito Processual de Contas: Manual de Boas Práticas Processuais nos Tribunais de Contas disponível em <http://www4.tce.sp.gov.br/direito-processual-de-contas-manual-de-boas-praticas-processuais-nos-tribunais-de-contas-praticas-processuais-nos-tribunais-de-contas> Acessado em 28/09/2013.