



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO – FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

O TCE-SP, as Fundações de Apoio e a Constituição Federal

The Sao Paulo Court of Audit, Supporting Foundations and the Federal Constitution

João Batista Tavares

Resumo: A Constituição Federal ampliou sobremaneira as competências dos Tribunais de Contas, concentrando-as na Seção da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, que compreende os arts. 70 a 75, sendo certo que, para as cortes estaduais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sedimentou o entendimento de que a elas se aplica, compulsoriamente, o modelo federal quanto à organização, composição e fiscalização, em respeito ao princípio da simetria, presente no art. 75 da CF/88. No tocante à fiscalização, até os dias atuais, a Corte de Contas paulista ainda não se harmonizou com as competências previstas na CF/88. Além desse grave problema, foi também identificado que, no processo de elaboração de leis no Estado de São Paulo, infelizmente, não foi respeitado o princípio da simetria constitucional. Essa situação, ao longo do tempo, resultou em danos incalculáveis ao desenvolvimento dos projetos de ciência, tecnologia e inovação, bem como ao aprimoramento da própria administração pública paulista, que se encontra defasada em relação aos demais estados-membros, notadamente no relacionamento com fundações de apoio.

Palavras-chave: controle externo; competência; ciência e tecnologia; marco legal.

Abstract: The Federal Constitution has exceedingly increased the powers of the Audit Courts, concentrating them on the Section of Accounting, Financial and Budget Auditing, which comprises articles 70 and 75, observing that for the state courts, the jurisprudence of the Supreme Court (STF) consolidated the opinion that they are compulsorily subjected to the federal model of organization, composition and auditing due to the symmetry principle found in article 75 of the Federal Constitution (CF/88). Concerning auditing, up to the present, São Paulo State Audit Court has not yet come into agreement with the powers foreseen in CF/88. Besides that serious problem, one also managed to identify that in the process of law drafting within São Paulo State, unfortunately the principle of constitutional symmetry has not been taken into account. Such a situation has overtime resulted in incalculable damage to the development of science, technology, and innovation projects, as well as to the improvement of São Paulo State own administration, which is delayed in relation to the other member states, mainly in its relationship with supporting foundations.

Keywords: external control; power; science and technology; legal boundary.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n1p204-238>

Artigo submetido em: setembro de 2016

Aprovado em: dezembro de 2016

A INFLUÊNCIA SOBRE A POLÍTICA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO EM FACE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO ALÉM DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS

João Batista TAVARES*

Sumário: 1 Introdução; 2 A posição do Tribunal de Contas da União – TCU sobre o procedimento dispensado às fundações de apoio; 3 A pesquisa realizada junto aos Tribunais de Contas Estaduais – TCEs; 4 Considerações sobre a correta interpretação do princípio setorial da fiscalização contábil, financeira e orçamentária inserto na CF/88; 5 Considerações acerca de algumas leis paulistas. Afronta ao Princípio da Simetria; 6 O manual de fundações do Tribunal de Contas do Estado. Defasagem de duas décadas; 7 Da necessária obediência ao art. 75 da Constituição Federal pelos Tribunais de Contas dos Estados; 8 O impacto sobre a política de Ciência, Tecnologia e Inovação do Estado de São Paulo em face do exercício do controle externo além dos limites constitucionais; 9 Conclusão; 10 Referências bibliográficas.

1. Introdução

No tocante aos procedimentos praticados pelos Tribunais de Contas em nosso país, principalmente as Cortes estaduais, constata-se a existência de um vácuo normativo nessa área de controle externo, o que pode levar por vezes à extrapolação de competências, como no caso que pretendemos apresentar neste estudo. Objetivando eliminar essa deficiência, tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 40/2016, para estabelecer um padrão nacional do processo de controle externo dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Defende-se a pertinência dessa propositura, pois ela contribuirá com a efetividade do princípio da simetria constitucional previsto no art. 75 da CF/88, e, como consta da justificativa da proposta, o legislador visa: estabelecer diretrizes fundamentais e assegurar as garantias processuais às partes sujeitas ao julgamento de contas; definir as atribuições dos agentes que conduzem a instrução e o julgamento do processo de controle externo a cargo do TCU e demais Tribunais de Contas.

Diferentemente do Poder Judiciário, que possui o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, cuja missão concentra-se no aperfeiçoamento do trabalho do sistema judiciário

* Advogado, Procurador Jurídico de Fundações, Bacharel em Ciências Econômicas, Técnico Superior em Administração Universitária, Pós-graduando no programa lato sensu de especialização em Direito Administrativo da PUC-SP/COGEAE. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8431606430363900>. Contato: jbtavares.adv@uol.com.br

rio brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, bem como do Ministério Público, em que existe o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que atua no fortalecimento e aprimoramento do órgão, assegurando sua autonomia para um trabalho responsável e socialmente efetivo, no caso dos Tribunais de Contas inexistente tal instância de nivelamento, fato que pode levar a excessos que influem no desenvolvimento do Estado-membro, como se pretende demonstrar neste estudo.

Com efeito, a inclusão no rol de jurisdicionados de entidades de direito privado que não integram a Administração Pública, delas exigindo a realização de concursos públicos; a caracterização de excepcional interesse público como justificativa em suas contratações por tempo determinado; submissão à Lei nº 8.666/93; publicação de vencimentos de seus empregados privados etc., são exemplos do procedimento da fiscalização exercida além dos limites constitucionais.

No caso do TCESP, em 22 de setembro de 2015, protocolizou-se um pedido em que se comprovou a necessidade da sua harmonização com o modelo federal de fiscalização, praticado há mais de 20 anos pelo TCU e outros 23 TCs estaduais, que não julgam contas de entidades privadas. Depois de transcorridos catorze meses de tramitação, o TC-034387/026/15 foi a julgamento na 35ª Sessão do Tribunal Pleno, realizada no dia 30.11.2016, ocasião em que os senhores conselheiros decidiram pelo indeferimento e arquivamento do pedido, condenando ao *status quo* os projetos de ciência, tecnologia e inovação do Estado de São Paulo.

Entre os inúmeros argumentos superficiais, desprovidos de fundamentos no ordenamento jurídico vigente, sobretudo nas competências estabelecidas pela Constituição Federal, e, também, não atendendo aos elementos essenciais de uma decisão judicial, especialmente aqueles do art. 489, § 1º do Código de Processo Civil, chama a atenção um trecho do parecer do Secretário-Diretor Geral daquela Corte, e que também integrou o voto da conselheira-relatora Cristiana de Castro Moraes, que se reproduz para, em seguida, tecer os comentários pertinentes:

De outra maneira, o *modus operandi* de cada Tribunal em relação à *forma de fiscalizar* – sempre dentro das competências previstas nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal – por óbvio não tem minucioso assento constitucional, lastreando-se em normas e regimentos internos de cada corte de contas (grifos nossos).

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado (BARROSO, 2013, p. 399) e, quanto aos Tribunais de Contas, como se sabe, suas competências estão delineadas na Constituição Federal e legislação esparsa como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), sendo certo, contudo, que no ordenamento jurídico vigente no Brasil inexistente Lei que autorize Tribunal de Contas a julgar contas de entidade privadas que não integrem a Administração Pública.

O Estado Democrático de Direito vigente em nosso país, para o seu reconhecimento, pressupõe que administrados e administradores se submetam e cumpram as Leis postas e o exercício de poder sem respaldo na lei fere inúmeros princípios constitucionais, sobretudo o da legalidade. Assim, em face desse entendimento firmado pelo TCESP, traça-se um paralelo com uma situação análoga, recorrendo-se a um trecho de um parecer elaborado pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins (1998, p. 19-20) acerca da imunidade tributária das fundações de apoio às instituições de ensino superior:

Se se admitisse que as leis ordinárias de cada uma das 5.500 entidades federativas do país é que deveriam definir tais requisitos, poderíamos ter 5.500 proposições diferentes para a aceitação da imunidade por parte dos poderes tributantes, com razoáveis possibilidades de se eliminar tal imunidade pela criação de requisitos inviáveis de serem atendidos.

Claramente, nesta hipótese, *estar-se-ia perante o absurdo de a imunidade desejada pelo constituinte submeter-se aos caprichos do legislador ordinário* e, dependendo do grau de dificuldades financeiras da Unidade Federativa, criar dificuldades para o gozo da imunidade constitucional. (grifos nossos)

Em que pese tratar-se de matérias distintas, contudo, *mutatis mutandis*, as palavras do douto Ives Gandra cabem perfeitamente para caracterizar o posicionamento inaceitável apresentado pelo TCESP. Segundo pesquisa de Natália Paiva e Juliana Sakai (2014) “Quem são os Conselheiros dos Tribunais de Contas”, no Brasil, existem 34 tribunais, o Tribunal de Contas da União, 26 TCs estaduais, o do Distrito Federal e outros 6 TCs municipais. Este fato revela que a justificativa do TCESP desafia a lógica jurídica, pois caso fosse admitido que cada Corte de Contas pudesse definir sua competência, ou seja, o âmbito de incidência do controle externo, seria possível ter 34 situações diferentes, o que configuraria claramente, nesta hipótese, o absurdo dos órgãos jurisdicionados ficarem submissos aos caprichos de cada Tribunal, criando o caos em face da insegurança jurídica que se instalaria em nosso país.

Felizmente, o art. 1º de nossa Constituição prescreve que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, e a Constituição, ainda, prevê a existência do Supremo Tribunal Federal como o guardião da Carta da República e o remédio constitucional da Reclamação, para a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões da Suprema Corte.

2. A posição do Tribunal de Contas da União – TCU sobre o procedimento dispensado às fundações de apoio

Com esse enfoque e embasado nas decisões da Corte Constitucional brasileira em plena consonância com a prática adotada pelo TCU, passamos doravante a examinar a *Decisão n.º 230*, de 31 de maio de 1995, do *Egrégio Tribunal de Contas da União*, que desobrigou as fundações de apoio constituídas ou instituídas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior de apresentarem prestação de contas diretamente àquela Egrégia Corte Federal de Contas.

Importante consignar preliminarmente que, preocupados com a eventual vigência atual de uma decisão tomada há mais de duas décadas, requeremos àquele Sodalício, do qual recebemos prontamente a confirmação de que a mesma encontra-se em plena vigência hodiernamente, posto que as fundações de apoio não figuram dentre os órgãos e entidades jurisdicionadas do TCU, listados na *Decisão Normativa TCU n.º 140/2014*.

Como se pode aferir pela leitura da decisão a seguir colacionada, o posicionamento da egrégia Corte de Contas da União ocorreu após a vigência da Lei Federal n.º 8.958/94, denominada como o *Marco Legal das Fundações de Apoio*. No âmbito do TCU, a proposta originou-se com a representação formulada pela 6ª Secretaria de Controle Externo - SECEX, sendo que o Pleno prolatou a *Decisão n.º 230/95-TCU*, em 31 de maio de 1995, dispensando as fundações de apoio de lhe apresentarem contas diretamente a partir do exercício de 1994, a qual se reproduz a seguir:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
1. ESTÃO DESOBRIGADAS *as fundações de apoio constituídas ou instituídas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior* de apresentarem diretamente ao Tribunal de Contas da União Prestação de Contas, nos termos das disposições e princípios constantes da Lei n.º 8.958, de 20 de dezembro de 1994, aplicando-se à espécie o art. 33 e seu parágrafo único da IN-TCU n.º 06, de 08 de junho de 1994; (...)”.

Do Relatório que integra o Acórdão do TCU, reproduzimos trechos da manifestação do *Ministério Público* inserta no corpo do relatório e que convenceram os Ministros a aprovar a propositura da 6ª SECEX:

“Observe-se que a Lei n.º 8.958/94 não exige que as fundações de apoio apresentem contas diretamente ao TCU, por isso entende-se derogada a decisão do Tribunal de 25/03/92, que trata da matéria. (grifo nosso)

(...)

Com efeito, à primeira vista, chama a atenção a provável existência no atual posicionamento do TCU quanto à matéria sob análise, de

uma superposição de esforços e ações públicas de controle. (grifo nosso)

(...)

9. Como sabemos, o Tribunal de Contas da União fiscaliza a aplicação dos recursos federais transferidos a entidades públicas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, através de inspeções e auditorias, bem como por ocasião do exame dos processos de tomadas ou prestações de contas dos órgãos / entidades repassadores dos recursos, que são os responsáveis pela verificação do regular emprego dos recursos transferidos e pela aprovação das respectivas contas. *A ação fiscalizadora a cargo deste Tribunal alcança diretamente a unidade beneficiária apenas na ocorrência de denúncias envolvendo irregularidades na aplicação daqueles recursos ou quando instauradas as competentes tomadas de contas especiais pelas autoridades responsáveis. (grifo nosso).*

(...)

21. Por isso, o Tribunal de Contas da União, *para evitar superposição de controles, que pode se revelar contraproducente e até antieconômico, se reserva para examinar e julgar as prestações de contas das subvenções sociais quando instauradas as competentes Tomadas de Contas Especiais por iniciativa das unidades repassadoras, ou por exigência dos órgãos de controle interno.* (grifo nosso).

(...)”

É importante registrar que a Lei nº 12.863/13 possibilitou o enquadramento do relacionamento das universidades públicas estaduais com suas fundações de apoio no âmbito de incidência da Lei nº 8.958/94, uma vez que estas entidades se enquadram perfeitamente no conceito de Instituição Científica e Tecnológica a que se refere o art. 2º, V, da Lei nº 10.973/04.

Diante da posição adotada pela Corte Federal de Contas, procedemos consulta aos Tribunais de Contas Estaduais para conhecer o comportamento adotado em relação à análise das contas das fundações privadas.

3. A pesquisa realizada junto aos Tribunais de Contas Estaduais – TCEs

Considerando os excessos cometidos pela fiscalização do controle externo, notadamente, tratando entidades do direito privado que pertenciam à Administração Direta ou Indireta do Estado de São Paulo, foi formulada consulta a todos os Tribunais Estaduais de Contas do Brasil, sendo que 17 (dezessete), incluindo o do Distrito Federal, responderam que seguem o mesmo procedimento em vigor no Tribunal de Contas da União – TCU. Em relação aos TCEs dos Estados da Bahia, Mato Grosso do Sul, Acre, Rondônia, Roraima e Maranhão, extraímos a informação dos Atos

Normativos expedidos pelos Tribunais Plenos respectivos, totalizando, assim, 23 (vinte e três) Tribunais de Contas Estaduais que seguem o modelo do TCU, como se pode ver a seguir:

a) *MINAS GERAIS*

As fundações privadas que recebem recursos públicos em razão de parceria devem prestar contas para a entidade ou órgão repassador. Assim, o Tribunal de Contas analisa a prestação de contas junto ao órgão ou entidade concedente dos recursos, somente envolvendo a entidade privada quando existir denúncia de ilícitos ou prejuízos ao erário, conforme Cláudia de Carvalho Picinin – Coordenadora da Secretaria da Ouvidoria.

b) *RIO DE JANEIRO*

“De acordo com as Deliberações TCE nºs 198/96 e 200/96, Seção V (Dos Auxílios e Subvenções), as Prestações de Contas dos Auxílios e Subvenções serão prestadas por intermédio do órgão concedente.” Ouvidoria do TCE/RJ.

c) *ESPÍRITO SANTO*

“A atuação desta Corte harmoniza com o modelo adotado pelo Tribunal de Contas da União, ou seja, exerce fiscalização direta sobre os órgãos da administração pública do Estado e dos Municípios, incluídas as fundações e as sociedades por eles instituídas ou mantidas, alcançando de forma indireta os convênios celebrados com instituições privadas”. William Denarde Meira – Coordenador da Ouvidoria.

d) *PARANÁ*

“Até o final de 2011, as entidades privadas que recebiam recursos públicos efetuavam suas prestações de contas diretamente ao TCE-PR. A partir da implantação do SIT (Resolução 28/2011), a prestação de contas passou a ser encaminhada via sistema pelo Órgão concedente dos recursos. Entretanto, na atuação, a entidade recebedora já passa a fazer parte como interessada no processo, e será parte para responder a contraditórios e poderão ser-lhe aplicadas as sanções em decorrência de suas impropriedades.” Ouvidoria TCE/PR.

e) *SANTA CATARINA*

“No caso das entidades privadas, este TCE-SC fiscaliza as prestações de contas junto aos órgãos concedentes dos recursos, tal qual desempenhado pelo TCU.” Ouvidoria/TCE-SC.

f) RIO GRANDE DO SUL

“O padrão de fiscalização do TCE/RS, quando há destinação de recursos para Fundações Privadas instituídas para apoio, *é baseado na análise dos processos de prestação de Contas junto ao Órgão ou Entidade concedente dos recursos.*” Elson Varela Schemes – Escola Superior de Gestão e Controle Interno – TCE-RS.

g) GOIÁS

“Em resposta a sua demanda, *informamos que o TCE/GO segue o modelo do TCU.*” Ouvidoria do TCE-Goiás.

h) MATO GROSSO

“No Estado de Mato Grosso, as regras de concessão, prazos, prestação de contas, instauração de tomada de contas especial, etc. estão dispostas na Instrução Normativa SEPLAN/SEFAZ/CGE nº 01/2015 (que é uma norma editada pelo próprio Poder Executivo Estadual). *Neste caso, o próprio órgão que concede os recursos é que vai analisar a prestação de contas dos recursos transferidos, ou seja, verificar se a aplicação dos recursos atendeu as regras estabelecidas no Convênio. Caso o órgão detecte irregularidades (erros insanáveis, desvios, desfalque de dinheiro ou fraudes), é o próprio órgão concedente que deverá instaurar um Processo de Tomada de Contas Especial, que posteriormente será analisado in loco pela equipe de auditoria do Tribunal ou será encaminhado ao Tribunal mediante solicitação do relator das contas.*” Gabriel Liberato Lopes – Consultor de Orientação ao Fiscalizado.

i) MATO GROSSO DO SUL

Conforme documento denominado “*Resultado do sorteio de Unidades Jurisdicionadas, para os exercícios de 2014 e 2015*”, realizado na 29ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, do dia 11 de dezembro de 2013, conforme determina o artigo 239 e seu Parágrafo único, do “Regimento Interno do Tribunal de Contas”, não se encontra dentre os órgãos ou entidades jurisdicionadas nenhuma Fundação de Direito Privado, somente Fundações Públicas criadas por Leis.

j) DISTRITO FEDERAL

“*Temos a informar que o TCDF adota a mesma sistemática utilizada pelo TCU na fiscalização dos recursos públicos repassados às Fundações Privadas.* Vale indicar que a prestação de contas de ajustes celebrados com essas entidades é apreciada, em uma primeira instância, pelo Ordenador de Despesas do Órgão ou Entidade do Distrito Federal concedente dos recursos.” Adalton Cardoso Flores – Secretário de Controle Externo.

k) TOCANTINS

“Quando o repasse é feito mediante convênio, a prestação de contas é feita via órgão repassador do dinheiro. Todos os responsáveis pelo processo, incluindo os dirigentes das fundações ou entidades privadas, podem ser penalizados por ilícitos na aplicação dos recursos.” Lauri Meyer – Assessor de Comunicação – TCE-TO.

l) BAHIA

Conforme Resolução TCE/BA nº 59, de 5 de maio de 2015, que estabelece as áreas de atuação das Coordenadorias de Controle Externo, *não se encontra dentre os órgãos ou entidades jurisdicionadas nenhuma Fundação de Direito Privado*, somente Fundações Públicas, criadas por Leis.

m) PARAÍBA

“Informa que este TCE/PB analisa o processo de prestação de contas junto ao órgão concedente dos recursos, apontando a irregularidade conforme o caso, no relatório de auditoria.” Ouvidoria do TCE-PB.

n) PERNAMBUCO

“Não exige que as prestações de contas das fundações privadas, quando estas recebem recursos públicos, sejam feitas diretamente a ele. A análise é feita de forma indireta, quando da prestação de contas dos órgãos ou entidade que celebrou o convênio ou repassou recursos para a referida fundação privada. Em suma, as fundações privadas devem prestar contas ao órgão/entidade do qual recebeu recursos públicos. Não o fazendo, cabe ao órgão/entidade adotar providências com vistas à instauração de Tomada de Contas Especial para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa competente, devendo a conclusão dos trabalhos ser remetida ao TCE/PE.” Gustavo Rocha Diniz – Assessor Técnico.

o) PARÁ

“Segundo a Secretaria de Controle Externo deste Tribunal, a fiscalização é feita conforme a regra constante do art. 7º do Regimento Interno do TCE-PA (RITCE-PA), aprovado pelo Ato nº 63, de 17.12.2012, a jurisdição do Tribunal alcança os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado mediante convênios, acordo, ajuste ou outros congêneres.

Desta forma, ao regular o procedimento a ser adotado, no art. 141, o RITCE-PA define que a prestação de contas de auxílios, contribuições e subvenções repassados por órgãos e entidades da administração pública estadual utilizando os instrumentos jurídicos acima mencionados *será encaminhada, pelo recebedor dos recursos,*

diretamente ao órgão ou entidade concedente, no prazo e forma definidos no Regimento e na Resolução nº 18.589, de 27-05-2014.

O concedente dos recursos, por sua vez, após a análise da prestação de contas recebida do conveniente (entidade pública ou privada recebedora dos recursos) e manifestação do controle interno do órgão ou entidade e da homologação da autoridade competente, fará a remessa ao Tribunal de Contas.” Odilon Inácio Teixeira – Conselheiro Ouvidor do TCE-PA.

p) CEARÁ

“O Tribunal de Contas do Estado do Ceará segue o modelo TCU, ou seja, não exige prestação de contas periódicas diretamente das fundações privadas instituídas para apoio, relativas a recursos públicos estaduais recebidos para a execução de projetos de interesse público. *Essas entidades não são unidades jurisdicionadas do TCE.* Porém, havendo denúncia de ilícitos ou prejuízos ao erário, na utilização dos recursos estaduais a elas repassados, caberá a atuação do órgão de controle externo estadual.” Maria Karoline Oliveira Morais Cavalcante – Ouvidoria do TCE-CE.

q) RIO GRANDE DO NORTE

“Informamos que o TCE/RN segue o modelo mencionado pelo requerente da informação como adotado pelo TCU, o que se extrai da Resolução nº 004/2013-TCE, a qual se encontra disponível na internet no seguinte endereço eletrônico: <http://www.tce.rn.gov.br/Legislacao/ResolucoesTce>.” Ouvidoria do TCE-RN.

r) AMAPÁ

“O controle externo exercido por esta Corte de Contas compreende as fiscalizações de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e é realizado por meio das Auditorias, Tomada de Contas, Tomada de Contas Especial e Inspeções nos poderes e órgãos jurisdicionados.

Neste sentido, esclarecemos que esta Corte de Contas é responsável pela análise das prestações de contas dos órgãos ou entidades da administração direta e indireta de quaisquer dos Poderes Públicos Estaduais ou Municipais, incluídas as fundações, empresas e sociedades instituídas, mantidas ou subvencionadas pelo Estado ou Município, concedentes dos recursos públicos.

Assim, seguindo o modelo utilizado pelo TCU, podemos afirmar que *o TCE/AP analisa os processos de prestação de contas dos órgãos ou entidades concedentes dos recursos públicos às fundações privadas.*” Karina Torres Lima – Diretora da Área de Controle Externo em exercício.

s) RORAIMA

Conforme Lista das Unidades Jurisdicionadas, republicada na DOE nº 2470, de 25/02/2015, *não se encontra, dentre os órgãos ou entidades jurisdicionadas, nenhuma Fundação de Direito Privado*, somente Fundações Públicas criadas por Leis.

t) *RONDÔNIA*

Segundo informações obtidas junto à Secretaria Geral de Controle Externo deste Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, *as Fundações recebem os recursos públicos através de convênio e suas prestações de contas ficam à disposição desta Corte no órgão concedente*. Caso a fundação privada não preste contas, o órgão concedente executa uma Tomada de Contas Especial – TCE nos moldes da Instrução Normativa 21/2007, de 05/07/2007 – publicada no DOE nº em 05/07/2007 –, e, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior ao fixado no art. 13 da referida Norma, a TCE deverá ser encaminhada ao Tribunal para julgamento. Caso contrário, segue os termos do parágrafo único do mesmo artigo. Quanto à fiscalização junto à entidade privada, essa se dará caso tenha ocorrido denúncia ou na falta de prestação de contas. DOe TCE-RO. 9.1.15, pág. 13.

u) *ACRE*

Conforme *INFORME* de Distribuição de processos para o Biênio 2015/2016 no Tribunal de Contas do Estado do Acre, *não se encontra, dentre os órgãos ou entidades jurisdicionadas, nenhuma Fundação de Direito Privado, somente Fundações Públicas, criadas por Leis*.

v) *AMAZONAS*

Informa, com fundamento na Lei 2.324/96, na Resolução 04/2002-TCE/AM e na Resolução nº 12/2012 – TCE/AM, que:

- Todos os recursos repassados para instituições públicas ou privadas, inclusive Fundações de Apoio, a título de transferências voluntárias são fiscalizados por este TCE/AM;
- Os processos de prestação de contas de transferências voluntárias são apresentados separadamente, apartados das contas gerais dos órgãos e entidades jurisdicionados;
- As entidades convenientes prestam contas para os órgãos concedentes. Estes, após apreciação, encaminham a prestação de contas para o TCE/AM.

w) *MARANHÃO*

Conforme Instrução Normativa nº 018, de 3 de setembro de 2008, que dispõe sobre a sistemática de fiscalização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres celebrados pela Administração Direta e Indireta do Estado e

dos Municípios e pelos demais órgãos e entidades dos Poderes Públicos Estadual e Municipal, inclusive pelo Ministério Público Estadual e Tribunal de Contas do Estado, encontra-se na subseção III – Dos Convênios Celebrados com Entidades Privadas, art. 10, o seguinte procedimento:

Art. 10. Toda entidade de direito privado, que receba recursos do poder público estadual ou municipal, por meio de convênio, *deverá prestar contas de todos os valores recebidos junto ao concedente*, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do término da vigência do A pesquisa realizada junto aos Tribunais de Contas Estaduais – TCEs

Como se pode aferir pelas respostas acima, as Cortes Estaduais de Contas obedecem ao modelo de fiscalização previsto na Constituição Federal e praticado pelo Tribunal de Contas da União desde maio de 1995, revelando que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é o único que ainda resiste em se harmonizar com o modelo federal, acumulando um atraso jurisprudencial lamentável em se tratando da Corte do Estado mais importante do país. Com efeito, esse comportamento além de suas competências constitucionais, como se verá neste estudo, causa impacto no desenvolvimento da Administração Pública Estadual e dos Municípios, além de prejudicar o desenvolvimento dos projetos de pesquisas realizados com a iniciativa privada e outros órgãos de fomento e as universidades públicas.

4. Considerações sobre a correta interpretação do princípio setorial da fiscalização contábil, financeira e orçamentária inserto na CF/88

Uma vez descrito o cenário vivenciado pelas Fundações de Apoio no Estado de São Paulo, procurar-se-á doravante demonstrar a necessidade de o aplicador do direito bem agir à luz do que determina a norma constitucional, notadamente em relação aos Tribunais de Contas, enquanto responsáveis pelo controle da legalidade dos atos da Administração, no que se refere a matérias que envolvam recursos públicos, cujas decisões repercutem diretamente no desenvolvimento das Administrações Públicas Estaduais e Municipais.

Em que pese as decisões das Cortes de Contas possuírem natureza administrativa e embora *não se enquadrem na qualificação de Administração Pública* (Barroso, 2002, p. 236), também estão adstritas aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que são aplicados à Administração Pública.

Assevera também Barroso (2002, p. 229) que, com a ascensão da ideologia liberal e a consagração da separação de Poderes, os Estados democráticos, há mais de duzentos anos, organizam-se atribuindo as funções estatais de legislar, administrar e julgar a órgãos diversos. Como corolário de tal ordenação de Poderes, é nota essencial desta modalidade de Estado a submissão de todas as atividades dos cida-

dãos e dos órgãos públicos a normas gerais preexistentes, recebendo tal peculiaridade a designação de *princípio da legalidade*.

Com suas competências inseridas no art. 71 da CF/88 e em leis esparsas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº 101/2000, as Cortes de Contas no exercício de sua função fiscalizatória têm que munir-se da boa hermenêutica constitucional a fim de atender ao interesse público e enquadrarem-se na exata medida da jurisdição estabelecida pela lei, evitando o cometimento de excessos e o exercício da fiscalização sem o necessário respaldo legal.

A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade, conforme lição de Maximiliano (2011, p. 253), de forma que a supremacia sobre as demais leis exige que sua interpretação deva ser à luz dos princípios constitucionais.

A propósito, segundo Canotilho (2003, p. 1200), interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição, com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada, sendo a Constituição brasileira escrita e apresentada tecnicamente na forma codificada que Bonavides (2016, p. 87) leciona que “são aquelas que se acham contidas inteiramente num só texto, com os seus princípios e disposições sistematicamente ordenados e articulados em títulos, capítulos e seções, formando em geral um único corpo de lei”.

As disposições constitucionais que se referem ao princípio da fiscalização contábil, financeira e orçamentária encontram-se inseridas na Seção IX do Capítulo I do Título IV, que cuida da Organização dos Poderes, especificamente nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal.

Em que pese o supracitado princípio encontrar-se em posição topográfica apartada dos princípios da Administração Pública, elencados no art. 37, *caput*, o fato relevante é que a doutrina reconhece que esse princípio setorial integra o rol de princípios constitucionais da administração pública brasileira e que se aplica a todos os entes federativos, em respeito ao princípio da simetria constitucional.¹

¹ O PRINCÍPIO DA SIMETRIA. Com o fim da ditadura, com a consagração de um regime democrático, a boa doutrina tornou-se livre da amarra ideológica. Direito não é Filosofia, quer dizer, não é elaborado pelo mero prazer da elucubração teórica. As normas jurídicas são editadas para resolver conflitos sociais, de modo que a compreensão de seu sentido e seu alcance não pode dar-se com os olhos fechados para a realidade. Toda norma jurídica deve ser interpretada com a atenção voltada para a realidade social. A compreensão do dever-ser não pode ser efetuada com total abstração do ser, pois o dever-ser é estabelecido para o ser. Diante disso, tornaram-se correntes teorias doutrinárias restritivas das competências estaduais e municipais. A boa doutrina passou a ter, no tema, uma postura mais apropriada à realidade brasileira. Evidente que não negou o federalismo e a autonomia municipal, consagrados no texto vigente, mas passou a defender uma interpretação da divisão constitucional de competências apropriada para o federalismo brasileiro, para um federalismo por desagregação ou de formação centrífuga, cuja realidade embate-se com a autonomia federativa de tantos entes estaduais e municipais. Essas explicações

Princípios setoriais ou *especiais* são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Nas palavras de Barroso, “eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos” (2013, p. 352), justamente como é o caso da seção que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária insculpida na Carta da República.

A análise setorial também encontra ressonância na lição do catedrático Canotilho, a qual discorre sobre a análise do “sector normativo” como processo parcial do processo global de concretização das normas constitucionais, conforme segue:

Relevante para o processo concretizador não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de norma. O significado do texto aponta para um *referente*, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo) mas também a uma *racionalidade material*. Compreende-se, pois, que: (1) seja necessário delimitar um *domínio ou sector de norma* constituído por uma quantidade de determinados elementos de facto (dados reais); (2) os elementos do domínio da norma são de diferente natureza (jurídicos, económicos, sociais, psicológicos, sociológicos); (3) a análise do domínio da norma seja tanto mais necessária: (a) quanto mais uma norma reenvie para elementos não-jurídicos e, por conseguinte, o *resultado* de concretização da norma dependa, em larga medida, da análise empírica do domínio de norma e (b) quanto mais uma norma é aberta, carecendo, por conseguinte, de concretização posterior através dos órgãos legislativos. (CANOTILHO, 2003, p. 1219, grifos do autor)

Encabeça a referida Seção IX, o art. 70, o qual estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial recai sobre a União e sobre as entidades da administração direta e indireta e, nos termos do art. 75, estabelece a Carta Magna que as normas constantes naquela seção 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.

Continuando com a lição de Canotilho (2003, p. 1203), quanto ao âmbito de proteção da norma constitucional, vemos que:

estão na base do princípio da simetria, formulado pela jurisprudência constitucional brasileira. Ele foi inicialmente enunciado pelo STF no RE 74.193-GB, julgado em 27.4.1973, DJU 29.6.1973, tendo por relator o Min. Aliomar Baleeiro. No acórdão, assentou o Ministro que os Estados devem guardar simetria com o “modelo federal em matéria de divisão, independência e competência dos três Poderes, assim como princípios reguladores do funcionalismo público”. Estabelecia-se, nesses termos, a principal base teórica do federalismo brasileiro. Pode-se enunciar-lo nos seguintes termos: ressalvada expressa disposição constitucional (da Constituição da República, por óbvio) em sentido contrário, aplicam-se aos Estados e aos Municípios os princípios e as regras constitucionais fixados para a União. A partir desse leading case, o princípio da simetria vem sendo reiteradamente invocado pelo STF. Passou a ser, de fato, uma regra fundamental para a compreensão do sistema federativo brasileiro (MARTINS, 2015, p. 92, grifos do autor).

O âmbito de protecção significa a delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma. Este âmbito é, tendencialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente.

Citando o ensinamento de Alessandro Groppali no tocante à classificação das fontes empregadas na interpretação, no caso a doutrinária, Bonavides (2016, p. 449) entende que:

A interpretação doutrinária é aquela que deriva da doutrina, dos doutores, dos mestres e teóricos do direito, dos que, mediante obras, pareceres, estudos, ensaios jurídicos intentam precisar, a uma nova luz, o conteúdo e os fins da norma, ou abrir-lhe caminhos de aplicação a situações inéditas ou de todo imprevistas. A autoridade dessa interpretação depende naturalmente do grau de reputação intelectual e da força lógica dos argumentos expendidos pelos seus autores, podendo, aliás, desempenhar indiretamente um importantíssimo papel na complementação das sobreditas formas interpretativas.

Pois bem, diante dessas lições magistrais acima demonstradas, nada melhor para esclarecer sobre o âmbito de incidência da norma prevista no *caput* do art. 70 do que recorrer ao mestre José Afonso da Silva (2014, p. 471, grifos nossos).

O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO DISPOSITIVO É A ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA DA UNIÃO, numa redação nada precisa, quando fala em “fiscalização [...] da União e das entidades da administração direta e indireta”. É que, rigorosamente, não existem “entidades” da Administração direta. Existem “órgãos” da Administração direta. “Entidades” é termo que se aplica, em Direito, a uma unidade que tem existência autônoma. “Entidade” = de “ente”, “ser”, objeto que tem existência real. A Administração direta não se integra de “entidades”, porque constitui o conteúdo de uma entidade (aqui, a União). A Administração indireta, sim, estrutura-se em entidades, seres que existem com personalidade própria, autônomos em relação à Administração direta, à União.

Mas, embora, o dispositivo tenha seu campo de incidência na Administração direta e indireta da União, contém regras que se estendem a Estados e Municípios [...].

A Constituição é a Lei Maior do País, em que estão garantidos os direitos e deveres dos cidadãos. Nessa mesma toada é a lição de Maximiliano (2011, p. 255): “A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos”.

Como não poderia deixar de ser, a lição dos doutrinadores está em perfeita consonância com os dispositivos da *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*, cujo conteúdo dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis em nosso país, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Aqui se reproduzem alguns artigos para melhor compreensão:

Art. 1º A elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis obedecerão ao disposto nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. As disposições desta Lei Complementar aplicam-se, ainda, às medidas provisórias e demais atos normativos referidos no art. 59 da Constituição Federal, bem como, no que couber, aos decretos e aos demais atos de regulamentação expedidos por órgãos do Poder Executivo.

[...]

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a *indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas*;

II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;

III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber. (grifos nossos)

Ainda, na Seção da Estruturação das Leis, o *art. 7º da Lei Complementar nº 95/98* estabelece que:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva;

IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei

considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa (grifos nossos).

Diante das técnicas de elaboração, redação e alteração das leis regulamentadas pela Lei Complementar nº 95/98, para a boa técnica de interpretação recomenda-se a utilização do método de hermenêutica constitucional clássico, ou método jurídico, que na verdade é aquele utilizado para interpretar outras leis, valendo-se para tanto dos mesmos elementos, como se denota da lição de Canotilho.²

Urge ainda consignar que esse mesmo raciocínio jurídico deve ser aplicado em relação à própria Lei Orgânica do TCESP, a *Lei Complementar nº 709/93*, que, no art. 1º, estabelece:

Art. 1º O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, órgão destinado à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e de seus Municípios, auxiliar do Poder Legislativo no controle externo, tem sua sede na cidade de São Paulo e jurisdição em todo o território estadual. (grifos nossos)

Ainda no art. 2º da referida lei, estabelece as competências do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, dentre as quais se encontram aquelas insertas nos incisos X e XVII, que se referem a:

X - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou instrumento congêneres; e

[...]

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. (grifos nossos)

Como se depreende dos textos constitucionais e infraconstitucionais, inexistem dispositivos que autorizem o TCESP a julgar contas de entidades privadas e parceiras do Poder Público. Nosso país, em recente passado, atravessou período de exce-

² O método jurídico parte da consideração de que a constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Interpretar a constituição é interpretar uma lei (tese da identidade: interpretação constitucional = interpretação legal). Para se captar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se os cânones ou regras tradicionais da hermenêutica. O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização como elementos interpretativos: (i) do elemento filológico (= literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iv) do elemento teleológico (= elemento racional); (v) do elemento genético.

A articulação destes vários factores hermenêuticos conduzir-nos-á a uma interpretação jurídica (= método jurídico) da constituição em que o princípio da legalidade (= normatividade) constitucional é fundamentalmente salvaguardado pela dupla relevância atribuída ao texto: (1) ponto de partida para a tarefa de mediação ou captação de sentido por parte dos concretizadores das normas constitucionais; (2) limite da tarefa de interpretação, pois a função do intérprete será a de desvendar o sentido do texto sem ir para além, e muito menos contra, o teor literal do preceito. (2003, p. 1210, grifos do autor)

ção, em que pouca importância se dava à correta interpretação e aplicação da norma. Em crítica aos métodos de interpretação, adverte Bonavides (2016, p. 495), quanto à eventual extrapolação dos limites das competências:

Mas a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” *contra legem*, posto que aparentemente ainda aí à sombra da lei, é perniciosa, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas consequências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições.

Competência não se presume! Em breve lição de Maximiliano (2011, p. 216), denota-se estreita relação com o *Princípio da Legalidade*, pelo qual ao administrador só é dado fazer aquilo que a lei autoriza e determina. Nessa mesma toada caminha outro mestre sobre o referido princípio, asseverando que o mesmo “É o fruto da submissão do Estado à lei. *É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei* e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 103, grifos nossos).

Não é demais lembrar que o exercício de poder fora dos limites prescritos pela Constituição Federal constitui abuso de autoridade. Em vigor desde 1965, a Lei nº 4.898/65 estabelece, no art. 4º, que constitui abuso de autoridade o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou *jurídica*, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal. Com efeito, as penalidades aplicadas pelo TCESP às entidades privadas, por não atenderem aos princípios da administração pública presentes no *caput* do art. 37 da CF/88, tipificam abuso de autoridade e afrontam o princípio da legalidade. E, ainda, a exigência da realização de concurso público para uma fundação de apoio que, por vezes, induz a Justiça Trabalhista a entender tratar-se de servidor público, determinando a reintegração do empregado, que fora legalmente dispensado em face de finalização de convênios ou de algum projeto, com o pagamento de todos os direitos trabalhistas.

Ilustram, ainda, essas breves considerações sobre o Princípio da Legalidade as sábias palavras de Bobbio, Matteucci e Pasquino (2007, p. 674, grifos nossos), com a indispensável lição filosófica:

Na linguagem política, entende-se por Legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que o *poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da Legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas*. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre Legalidade e legitimidade, costuma-se falar em

Legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; *o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis*. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; *o contrário de um poder legal é um poder arbitrário*. Quem detém o poder não o detém nem o exerce sempre de forma arbitrária, assim como nem sempre quem exerce o poder arbitrariamente é detentor unicamente de um poder de fato. Com base nesta acepção do termo *Legalidade*, entende-se por princípio de Legalidade aquele pelo qual todos os organismos do Estado, isto é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar no âmbito das leis [...]

Destarte, malgrado os órgãos técnicos do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo terem historicamente trilhado uma interpretação equivocada acerca das disposições afetas ao controle externo previsto na Constituição Federal e em norma infraconstitucional, a conclusão lógica que emerge das considerações apontadas recai no sentido de que *o âmbito da fiscalização pelo TCESP deve concentrar-se somente nos órgãos e entidades da Administração direta e indireta do Estado e dos Municípios paulistas*.

5. Considerações acerca de algumas leis paulistas. Afronta ao princípio da simetria

Embora ainda não disponha de ampla lição doutrinária, o princípio da simetria constitucional, hodiernamente, encontra-se amplamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como bem assentou Martins. Também conhecido por princípio do paralelismo das formas, tal princípio exige que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem, tanto quanto for possível, em suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas, os princípios fundamentais e as regras de organização do Estado (notadamente relativas a sua estrutura, forma de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos e limites de atuação) existentes na Constituição Federal.

Nesse particular, o Legislador paulista não vem adotando o princípio da simetria em relação à prescrição contida na Seção IX do Capítulo I do Título IV, da Carta Magna de 1988, não reproduzindo corretamente o que nela está insculpido. Por essa razão, Miguel Reale Júnior (1991, p. 70-74), concentrando atenção nos dispositivos da Carta Federal e da Estadual, especificamente no item 3 do seu parecer, aborda a matéria da seguinte forma:

3. A Constituição

Cumprir verificar que tal disciplina legislativa casa-se inteiramente com o disposto na Constituição Federal de 1988, que, quanto ao

controle externo a ser realizado pelo Tribunal de Contas, estabelece que a este compete:

‘Art. 71... 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’.

Assinale-se que, durante o processo constituinte, o projeto da Constituição até o segundo turno estabelecia: ‘fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público’.

A redação para o segundo turno trouxe a correção da aditiva: ‘instituída e mantida pelo Poder Público’.

A Constituição do Estado de São Paulo reproduz com erro a norma da Constituição Federal, pois estabelece a alternativa ‘instituída ou mantida’. É flagrante neste caso a afronta à disposição contida no art. 75 da CF, que impõe às constituições estaduais, no que tange à fiscalização, a reprodução do contido na norma constitucional federal.

Como assinala Raul Machado Horta: ‘As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior’ (Poder Constitucional do Estado-membro, RDP 88-10, 1988).

Com efeito, o art. 75 da CF estabelece que as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se no que couber ‘à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados [...]’.

A reprodução é compulsória e importa em reconhecer que a exigência de ambas as condições previstas na norma constitucional federal deve prevalecer, cabendo a fiscalização do Tribunal de Contas apenas com relação às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”. (REALE JÚNIOR, 1991, p. 70-74, grifos nossos).

Referido equívoco também está presente nos arts. 2º e 27, da Lei Orgânica do TCE/SP, afrontando igualmente o princípio da simetria constitucional. A propósito, em seu compêndio sobre o conflito de normas, a mestra Diniz (2014, p. 46) ensina que “o princípio *lex superior* quer dizer que em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência em relação à de nível mais baixo. Assim, p.ex., a Constituição prevalece sobre uma lei”. Nesse sentido, dúvidas não restam de que prevalece a redação constante no inciso II do art. 71 da CF/88, devendo ser desconsiderada a redação do art. 32 da CE/SP e artigos correspondentes da Lei Complementar nº 709/93.

Segundo Maximiliano (2011, p. 104), entre os processos de interpretação legislativa, o *Processo Sistemático* consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Arremata, ainda, o ilustre professor:

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, *contrastado* pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até a verdade geral. (MAXIMILIANO, 2011, p. 104)

Assim, para bem interpretar os arts. 2º e 27 da Lei Orgânica do TCESP, necessário se faz perquirir o que prevê a Constituição Federal a respeito da matéria. É de se notar, como já mencionado, *que não se identifica, no caput do art. 70, qualquer intenção do Constituinte em concentrar a ação fiscalizatória do controle externo sobre fundações de direito privado, não integrantes da Administração indireta da União, Estados, Distrito Federal ou dos Municípios.*

Noutro dispositivo legal, a Lei Complementar nº 846/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, o Legislativo paulista também afrontou o art. 75 da CF/88, na medida em que determinou, no art. 12, a submissão do balanço das entidades privadas à análise pelo TCESP. Cabe aqui registrar que a Procuradoria Geral da República, por meio da Assessoria Jurídica Constitucional, encontra-se analisando o cabimento de propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade do referido dispositivo, autuado sob nº 1.00.000.007416/2016. Referida deficiência legislativa concorreu com a injusta penalização dessas entidades privadas que prestam inestimáveis serviços à sociedade, por mais de duas décadas, até que arguida no TC- 6025/026/16, em 22.2.16, a referida inconstitucionalidade do dispositivo acima indicado que resultou com publicação da Resolução TCESP 02/16, em 7/4/2016.

No tocante à política de ciência, tecnologia e inovação a situação não foi diferente. As fundações de apoio contribuem no processo de articulação das universidades públicas e dos institutos de pesquisas públicos do Estado, constituindo-se em mecanismo imprescindível na gestão administrativa e financeira necessária à execução de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação.

A Lei federal nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, já em sua redação original, reconheceu a importância das instituições de apoio, prevendo no inciso VII do art. 2º que deveriam ser instituições criadas sob o amparo da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Atualmente, no Brasil, além da Lei federal, os Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina, Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Tocantins contemplaram em suas respectivas leis de inovação a figura das instituições de apoio. No Distrito Federal, existe Projeto de Lei que também contempla a figura das instituições de apoio, criadas sob o amparo da Lei nº 8.958/94, com a finalidade de dar apoio aos referidos projetos.

No Estado de São Paulo, vigora a Lei Complementar nº 1049/2008, a qual dispõe sobre medidas de incentivo à inovação tecnológica, à pesquisa científica e tecnológica, porém, infelizmente, essa lei não reproduziu e nem regulamentou o relacionamento dos seus institutos de pesquisa e das universidades públicas estaduais com as fundações de apoio, dificultando o pleno desenvolvimento dos projetos, motivo pelo qual se entende, neste estudo, que os projetos de inovação não se desenvolveram na medida em que requeria o Estado que possui a maior economia do país.

Com efeito, e lamentavelmente, esses equívocos nos projetos do Legislativo paulista apresentam um cenário de grandes dificuldades para as fundações de apoio, além de um criticável empoderamento indevido de sua Corte de Contas, comportamento que, infelizmente, prejudica não só a plena atuação da administração pública, mas também repercute no desenvolvimento do próprio Estado, uma vez que, julgando sem respaldo na Constituição Federal, incute-se grande insegurança jurídica naqueles que atuam em processos de contratação de despesas públicas, afrontando, também, o caráter dinâmico do Direito.

6. O manual de fundações do Tribunal de Contas do Estado. Defasagem de duas décadas

Estando a Constituição Federal prestes a completar a terceira década de sua promulgação, cumpre destacar que, no ordenamento jurídico pátrio, desde a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, coexistem duas modalidades de Fundação Pública, a saber: a de direito privado e a de direito público. As Fundações Públicas de direito privado são criadas nos moldes do art. 37, XIX, da Constituição Federal, ou seja, mediante lei autorizadora e expedição de decreto do Poder Executivo, cujo estatuto social deverá ser levado a registro, diferentemente das Fundações Públicas de direito público, que são criadas diretamente por lei específica, sem a necessidade de qualquer registro para aquisição da personalidade jurídica.

Infelizmente, ainda, hodiernamente, desprovido de qualquer fundamentação jurídica, o TCESP mantém como jurisdicionadas fundações de direito privado que não pertencem à Administração Indireta do Estado de São Paulo, conforme se comprova no Manual Básico – O Tribunal e a Administração Indireta do Estado (Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2012, p. 50, grifos nossos), sendo relevante indicar que a própria Corte paulista reconhece que extrapola sua competência constitucional, como se pode verificar a seguir:

A fiscalização do TCESP alcança 3 (três) tipos de entidade fundacional; um deles, tal qual depois melhor se verá, não é instituído, nem mantido pelo Poder Público.

São essas as espécies de fundação jurisdicionada:

1 - A fundação típica é instituída e mantida pelo Poder Público;

2 - A fundação de apoio é instituída, mas não mantida pelo Poder Público; e

3 - A fundação conveniada não é instituída, tampouco mantida pelo Poder Público.

O referido “manual” reconhece que as fundações de apoio são instituídas, *mas que não são mantidas pelo Poder Público*, bem como admite que *as fundações conveniadas não são instituídas e nem mantidas pelo Poder Público*. Ora, se as fundações de apoio e as conveniadas não são mantidas com recursos públicos, não há razão jurídica para serem incluídas no rol das entidades jurisdicionadas e terem suas contas julgadas por aquela Corte de Contas. Contudo, a Corte paulista insiste em tratá-las como se públicas fossem, causando imensos prejuízos às universidades públicas e ao desenvolvimento de projetos de pesquisas:

TC-001469/026/13 RELATOR: Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo – Decisão de 16/08/2016 – Acórdão Publicado no Diário Oficial em 15/09/2016:

(...)

Contribui para a crítica situação financeira, com poucas perspectivas de melhorias futuras, a forma como a USP vem preenchendo seus postos de trabalhos, inclusive as acumulações sem qualquer medida específica e efetiva de acompanhamento da compatibilidade de horários, nos casos em que ocorrem o acúmulo de cargos, empregos ou funções públicas e, ainda, a constatação de existência de servidores submetidos ao Regime de Dedicção Integral à Docência e à Pesquisa (R.D.I.D.P.) que ocupam cargos, funções ou empregos em outros órgãos da Administração Pública (FUSP, FCTH, FFM e FUVEST)(...). (grifo nosso).

Em outro julgado, comprovando ausência de uniformização das decisões, o TCESP, sob a relatoria do conselheiro Renato Martins Costa, reconhece a verdadeira natureza jurídica das fundações de apoio:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

PRIMEIRA CÂMARA – SESSÃO DE 28/10/2014 – ITEM 21

TC-000208/003/12

Contratante: Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP.

Contratada: Fundação de Desenvolvimento da Unicamp – FUNCAMP.

Voto: [...]

Sucedo que a FUNCAMP – Fundação para o Desenvolvimento da Unicamp é entidade privada, já que criada por ato do Conselho Diretor da Unicamp e não por lei em sentido estrito, *razão pela qual não integra a Administração Pública*. [...]. (grifos nossos).

Em que pese a corretíssima posição do Conselheiro-Relator, acima colacionada, o fato é que o manual básico, originalmente elaborado décadas atrás, ainda trata as fundações de apoio como entidades públicas, contrariando todo ordenamento aplicável às mesmas. Vejamos:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DIRETORIA-GERAL

PROCESSO: 00001116.989.15-3

DESPACHO DE 27/01/2016

[...]

Relembro que a FUNVET está classificada nesta Corte como Fundação de apoio e, nesse sentido, conforme entendimento exarado dos autos do TCA-34749/026/03, tais entidades beneficiam-se de certa flexibilidade das normas fiscalizadoras deste Tribunal, em especial quanto à contratação de pessoal destinada ao cumprimento de suas atividades finalísticas.

É cediço, entretanto, que existe distinção entre contratações destinadas às referidas atividades fim e aquelas direcionadas à manutenção das atividades meio, ou seja, se de ordem finalística, adotar-se-á por parâmetros seus próprios estatutos e regimentos internos;

caso contrário, tais contratações deverão ser precedidas de concurso público, nos termos do artigo 37, II da Constituição Federal.

[...]

Diante do exposto, manifesto-me pelo conhecimento e, quanto ao mérito, pelo não provimento do Recurso em epígrafe (grifo nosso).

Mas, o que também causa estranheza é o fato de que o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, que foi instituído pela Lei Complementar nº 1.110, de 14/5/2010, com a competência de promover a defesa da ordem jurídica, *como guarda da lei e fiscal de sua execução*, infelizmente, também segue o referido manual, que, como já foi demonstrado, não encontra respaldo no ordenamento jurídico, concluindo no processo supracitado da seguinte forma:

No caso em exame, em se tratando de atividade-meio, sujeita, portanto, ao regular concurso público de provas e/ou de provas e títulos, nos termos fixados pelo artigo 37, II, da Constituição Federal, [...] (grifos nossos).

Todavia, mantém o posicionamento quanto o conhecimento do recurso ordinário e, no mérito, pelo não provimento (grifos do autor). Rafael Antonio Baldo – Procurador do Ministério Público de Contas. Processo TC 1116/989/15 (Recurso contra sentença proferida no TC 72/989/14-8).

Importante neste momento exercitar o direito comparado com outra Corte de Contas Estadual, trazendo-se à baila um trecho do parecer do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais que se encontra acostado nos autos do Processo nº 695824, de autoria do Dr. Glaydson Santo Soprani Massaria, procurador-geral, que, além de dignificar a sagrada instituição “*Ministério Público*”, também se posiciona na mesma linha prescrita pela majoritária doutrina, cujo conteúdo deve servir de paradigma para o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo:

[...]

19. No que tange à Decisão Normativa mencionada não restam dúvidas de que a mesma configura diploma de hierarquia inferior à lei. *Assim, como ato normativo do Tribunal de Contas, o mesmo não pode inovar na ordem jurídica e tampouco estabelecer normas contra ou ultra legem, bem como criar direitos, obrigações, proibições e medidas punitivas.*

20. Desta feita, a DN nº 01/2012, como ato normativo expedido no exercício da competência regulamentar do Tribunal de Contas, previsto no inciso XXIX do art. 3º da sua Lei Orgânica, está adstrita aos limites da Lei Complementar nº 120/2011, *sendo-lhe vedado criar direitos e obrigações não previstos na lei, bem como editar regras jurídicas novas nos casos em que esta restou silente.*

21. No presente caso, a decisão normativa editada, além de ter extrapolado os limites das regras contidas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas, adentrou em matéria reservada à lei formal.

22. Reitere-se que, se ao decreto (considerando sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro como um exercício de competência normativa regulamentar do chefe do Poder Executivo) é expressamente vedada a inovação na ordem jurídica, ainda que favorável ao contexto normativo da lei que pretende regulamentar, não há sequer de se cogitar a possibilidade de inovação jurídica por qualquer outro ato normativo infralegal.

[...] (grifos nossos).

Diante dessa realidade vivenciada na Corte de Contas do Estado de São Paulo, cabe clamar às autoridades constituídas nos Poderes Executivo e Legislativo, além do Ministério Público Estadual e Seccional da OAB-SP, para que concentrem um pouco mais atenção sobre os procedimentos adotados por essa Corte de Contas, posto que os mesmos vêm refletindo direta e negativamente no desenvolvimento do Estado e seus Municípios, onde se constata grande insegurança jurídica a todos os jurisdicionados e àqueles inconstitucionalmente incluídos nesse rol, como as fundações de apoio.

7. Da necessária obediência ao art. 75 da Constituição Federal pelos Tribunais de Contas dos Estados

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção 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.

Apenas como exemplo, dentre os muitos julgados da Suprema Corte que comprovam a *compulsoriedade* da submissão das Cortes Estaduais ao modelo federal, vale citar trecho do Acórdão da ADI 3.715 – TO, publicado em 30/10/2014, em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, assevera que “*A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros*” (grifos nossos). E, ainda:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA – TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL – LIMITAÇÃO DE SEUS PODERES – INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE APROVAÇÕES FICTAS – DIVERGÊNCIA COM O MODELO FEDERAL – MEDIDA CAUTELAR – DEFERIMENTO PARCIAL.

– Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de

Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa Instituição surgida nos albores da República.

A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso mesmo, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, tema de irrecusável relevância.

O regramento dos Tribunais de Contas estaduais, a partir da Constituição de 1988 – inobstante a existência de domínio residual para sua autônoma formulação – é matéria cujo relevo decorre da nova fisionomia assumida pela federação brasileira e, também, do necessário confronto dessa mesma realidade jurídico-institucional com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, construída ao longo do regime constitucional precedente, proclamava a inteira submissão dos Estados-membros, no delineamento do seu sistema de controle externo, ao modelo jurídico plasmado na Carta da República. [...] ADI 215-5 – Paraíba – Medida Liminar. Relator: Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 07/06/1990 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno (grifos nossos).

Importa ainda registrar que o comando insculpido no art. 75, da CF/88, deve ser compulsoriamente adotado pelos Tribunais de Contas estaduais, conforme reiterada, mansa e pacífica jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal (STF). Precedentes: ADI 215, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7/6/1990, Plenário, DJ de 3/8/1990; ADI 849, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11/2/1999, Plenário, DJ de 23/4/1999; ADI 916, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2/2/2009, Plenário, DJE de 6/3/2009; ADI 1.964, rel. Eros Grau, julgamento em 14/4/2010, Plenário, DJE de 17/6/2010; ADI 4.416, rel. Edson Fachin, julgamento em 6/10/2010, Plenário, DJE de 27/10/2010; ADI 3.307, rel. Cármen Lúcia, julgamento em 2/2/2009, Plenário, DJE de 28/5/2009; ADI 3.715, rel. Gilmar Mendes, julgamento em 21/8/2014, Plenário, DJE de 29/10/2014.

Além dos julgados acima, releva trazer outra decisão do Supremo Tribunal Federal, que, embora referente ao TCU, aplica-se integralmente às Cortes estaduais, justamente por força do princípio da simetria:

"O TCU não tem competência para julgar as contas dos administradores de entidades de direito privado. A participação majoritária do Estado na composição do capital não transmuda seus bens em públicos. Os bens e valores questionados não são os da administração pública, mas os geridos considerando-se a atividade bancária por depósitos de terceiros e administrados pelo banco comercialmente. Atividade tipicamente privada, desenvolvida por entidade cujo con-

trole acionário é da União." (MS 23.875, rel. min. Nelson Jobim, julgamento em 7-3-2002, Plenário, DJ de 30-4-2004)

Diante da comprovada farta jurisprudência assentada pela Suprema Corte acerca dessa matéria, importante ilustrar com a lição de Maximiliano (2011, p. 147, grifos nossos):

A jurisprudência é a fonte mais geral e extensa de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais, evita que uma questão doutrinária fique eternamente aberta e dê margem a novas demandas: portanto diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias.

Além da jurisprudência pacificada há muito tempo pelo STF, a boa doutrina também é uníssona no entendimento de que os Tribunais de Contas estaduais devem compulsoriamente se submeter ao modelo federal, consoante o disposto no art. 75 da CF/88, infelizmente, restando apenas o TCESP que ainda se mantém refratário a essa harmonização.

É a esses Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e aos Conselhos de Contas Municipais (também Estaduais) que se dirige o art. 75, para declarar que as normas estabelecidas nos arts. 70 a 74 se aplicam, no que couber, à sua organização, composição e fiscalização, assim como ao Tribunal de Contas do Distrito Federal. A expressão “no que couber”, aí, só tem sentido normativo de mera adaptação do texto à organização estadual e municipal, como se dissesse: “onde se lê ‘Tribunal de Contas da União’, leia-se ‘Tribunal de Contas do Estado’” etc.; “onde se lê ‘ministros do Tribunal de Contas da União’, leia-se ‘conselheiros do Tribunal de Contas do Estado’” etc. (SILVA, 2014, p. 479).

Outros doutrinadores de igual quilate também lecionam nesse mesmo sentido, assim, cabe recorrer à lição de Carvalho Filho (2016):

É mister acentuar, neste ponto, que as funções básicas dos Tribunais de Contas em geral são exatamente as que constam do art. 71 da CF, muito embora as normas sejam aplicáveis diretamente à Corte de Contas federal. Significa dizer que, *pelo princípio da simetria constitucional*, os demais Tribunais de Contas não podem inserir, em sua competência, funções não mencionadas na Constituição Federal. Referidos Tribunais devem adotar, como modelo de competência, as funções constantes do art. 71 da CF. Esse entendimento, aliás, já expressamente abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma irreparável, a nosso ver. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 1068, grifos nossos).

Consoante a lição do mestre Bandeira de Mello (2015, p. 974):

Todas as disposições constitucionais atinentes ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização incumbentes aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal – cujos membros designam-se Conselheiros e serão em número de sete – bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, atendidas as disposições estabelecidas nas respectivas Constituições estaduais (art. 75 e parágrafo único).

Em parecer acostado no processo STF – ADI nº 374 – do emitente Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com a sapiência do doutrinador, em situação absolutamente análoga ao ora retratado neste estudo e, até mesmo, em face também do próprio TCESP, cabe destacar a resposta dada à pergunta sobre quais as normas previstas na Constituição Federal e relativas à *organização, composição e fiscalização financeira* pelo Tribunal de Contas da União são aplicadas aos Tribunais de Contas dos Estados.

16.1. Segundo já se enfatizou, dispõe o art. 75 da Constituição Brasileira:

“As normas estabelecidas nesta seção 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”.

Claramente, pois, em tudo o que couber (ou seja, em tudo o que não for impossível a aplicação da norma, em vista das diferenças de estrutura entre a União – por exemplo, a estrutura bicameral do Legislativo –, de um lado, e os Estados, ou o Distrito Federal, ou o Município, de outro), as regras previstas na Constituição Brasileira relativamente ao Tribunal de Contas da União se aplicam aos Tribunais de Contas dos Estados (grifos nossos).

Na mesma linha doutrinária, Medauar (2015, p. 456, grifos nossos) leciona que “as normas da Constituição Federal sobre o Tribunal de Contas da União aplicam-se aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 75).

Para Carlos Ayres Britto (2001), ex-ministro do Supremo Tribunal Federal (STF):

De lembrar que as disposições constitucionais sobre o Tribunal de Contas da União se reproduzem nas Constituições e Leis Orgânicas dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, respectivamente, por expresse desígnio da própria Lei Maior do País.

Assim, diante de todo o exposto, resta claro que, “nos âmbitos estadual e municipal, as normas sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária aplicam-se aos respectivos Tribunais e Conselhos Municipais, conforme artigo 75” (DI PIETRO, 2016, p. 899, grifos nossos).

8. O impacto sobre a política de ciência, tecnologia e inovação do Estado de São Paulo em face do exercício do controle externo além dos limites constitucionais

Em tópico antecedente, demonstrou-se o modo como a Corte de Contas paulista trata as universidades públicas e suas fundações de apoio caracterizando grande desrespeito para com a Academia, ofensa ao princípio da autonomia universitária e abuso de poder no julgamento das contas de entidades de direito privado que não integram a Administração direta e indireta do Estado de São Paulo. Pois bem, esse cenário vivenciado pelos professores universitários e pesquisadores públicos, sem sombra de dúvida, traz um clima de insegurança jurídica e até mesmo de receio ante a fiscalização exercida pelo TCE/SP sobre os pagamentos de bolsas meritariamente pagas pelas fundações de apoio aos professores e cientistas, com recursos repassados por empresas investidoras em inovação tecnológica, portanto, de origem privada ou por entidades de fomento à pesquisa e inovação.

Em face do exercício da função fiscalizatória praticada de maneira inconstitucional pela Corte de Contas paulista, revela evidente que esse cenário vem causando impacto negativo sobre a execução dos projetos de pesquisas no Estado de São Paulo. Esse resultado pode ser comprovado na revista *Pesquisa FAPESP* de Novembro de 2016, que retratou o ranking de patentes de invenção no Brasil de 2015. Não obstante se ressalte que as Universidades brasileiras ampliaram esforços para transferir conhecimento para a sociedade, observa-se nos dados extraídos da revista e complementados pelos dados de 2014, colhidos junto ao sítio do INPI, que as Universidades paulistas apresentaram significativa queda nos registros de pedidos no ano de 2015:

Gráfico 1 – A queda dos registros de pedidos de patentes das Universidades Estaduais paulistas:

	2014	2015
USP	74	44
UNICAMP	73	52
UNESP	31	33

Poder-se-ia justificar esse cenário como resultado da grave crise que assola o nosso país. Mas, se realmente fosse esse o derradeiro motivo, atingiria também universidades de outros Estados, o que não aconteceu, pois, como a própria revista *Pesquisa FAPESP* informa, a Universidade Federal de Minas Gerais foi a que mais registrou patentes em 2015, com o total de 56, com sensível acréscimo em relação a 2014, quando foram depositados 40 pedidos, apesar de Minas Gerais enfrentar

crise financeira mais aguda que São Paulo. Enquanto as universidades paulistas regridem, aquela vinculada à União está avançando.

Caso o Estado de São Paulo, outrora conhecido como a locomotiva do Brasil, em razão de seu peso na economia nacional, continue reservando o tratamento hodiernamente dispensado às suas universidades públicas como simples órgãos públicos e às suas instituições de apoio como entidades públicas, para atingir o objetivo de diminuir a distância abissal existente para o mundo desenvolvido será um caminho ainda mais longo ou mesmo impossível, em face das dificuldades que atualmente estão emperrando o desenvolvimento dos projetos de pesquisas em parcerias com a iniciativa privada.

Não há dúvida que seria extremamente benéfico para o Estado de São Paulo que a Corte Estadual de Contas reconhecesse a importância dessas parcerias das universidades públicas com o setor privado, que se constitui na operacionalização da política de ciência, tecnologia e inovação. Com efeito, seria extremamente bem-vinda para o estímulo do desenvolvimento de nosso país, cuja interface é feita pelas fundações de apoio, já que a maioria das competências brasileiras encontra-se justamente no interior das universidades públicas e dos institutos de pesquisas.

É sempre preciosa a lição de Hernan Chaimovich (2000, grifos nossos) – em *Brasil, ciência, tecnologia: alguns dilemas e desafios* – quando afirma que, em nosso país, “a produção de ciência e boa parte da tecnologia se realizam na universidade pública”. E, mais adiante, comprova que, “no Brasil, a produção de ciência é realizada quase na sua totalidade nas universidades públicas”. Por fim, destacamos outra constatação do cientista: “É preciso também salientar que, sem a participação dos cientistas na gerência das prioridades, os investimentos raramente obtêm qualquer sucesso”.

O recente marco legal de ciência, tecnologia e inovação trouxe estímulos ao desenvolvimento desse setor e, reconhecendo expressamente a importância das fundações de apoio como mecanismo fundamental na implementação dos projetos, em diversos artigos fez referência a essas entidades, a começar pela conceituação que está presente no art. 2º, VII: *fundação de apoio*: fundação criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, projetos de desenvolvimento institucional, científico, tecnológico e projetos de estímulo à inovação de interesse das ICTs, registrada e credenciada no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e das demais legislações pertinentes nas esferas estadual, distrital e municipal.

As Fundações de Apoio, por serem de natureza privada, são muito importantes para o desenvolvimento dos projetos de ciência, tecnologia e de inovação, pois fazem a interface entre o conhecimento científico gerado no interior das universidades e institutos de pesquisas públicos e as empresas investidoras em projetos de

inovação ou em projetos de P & D, encomendados, por exemplo, pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos de distribuição de energia elétrica que são estimuladas a aplicar percentual da receita operacional líquida em programas de eficiência energética no uso final.

É igualmente importante registrar que foi a Lei federal nº 8.958/94 que inovou no ordenamento pátrio trazendo a figura jurídica das fundações de apoio, inaugurando no Brasil uma nova forma de relacionamento do Poder Público com as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Posteriormente, assistiu-se à inserção das Organizações Sociais por meio da Lei federal nº 9.637/98, seguida pela Lei nº 9.790/99, que criou as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e, finalmente, mais recentemente as Organizações da Sociedade Civil de que trata a Lei nº 13.019/14. É certo que na origem essas entidades possuem a mesma natureza jurídica, isto é, na grande maioria, são fundações e associações de direito privado sem finalidade lucrativa, revelando já passar da hora de o legislador pensar na elaboração de um código de relacionamento do Poder Público com o terceiro setor, que, atualmente, compreende entidades fundamentais para a implementação de políticas públicas nas áreas de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente, ciência, tecnologia e inovação.

9. Conclusão

É com muita perplexidade que chegamos ao final deste trabalho constatando que um dos Estados mais poderosos da nação encontra-se numa condição de letargia profunda em relação à sua administração pública, notadamente no relacionamento entre o Poder Público, suas universidades e as entidades privadas sem finalidade lucrativa que colaboram com o Estado. O empoderamento indevido de sua Corte de Contas irradiou insegurança jurídica em todos aqueles que atuam na Administração direta e indireta. Não é preciso ser um catedrático para saber que, para o bom desenvolvimento de projetos de ciência, tecnologia e inovação, os pesquisadores necessitam de estímulos e de segurança jurídica, requisitos atualmente frágeis em face de uma Corte de Contas sobrepondo-se ao princípio da autonomia universitária e à própria Constituição Federal, reduzindo as Universidades estaduais ao nível de um simples órgão público.

Não se pode atribuir a diferença do resultado da UFMG em relação às Universidades paulistas apenas ao fato de o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais exercer sua competência estritamente nos limites da CF/88, como demonstrado neste estudo, e nem ao fato de a UFMG integrar a administração pública federal e o TCU ter dispensado as fundações de apoio de lhes prestarem contas diretamente desde maio de 1995. Contudo, não se pode desconsiderar que o procedimento fiscalizatório atualmente aplicado às Universidades estaduais paulistas e suas fundações de apoio, muito provavelmente, ao estabelecer uma cultura do re-

ceio em inovar, pode estar interferindo negativamente no desempenho destas, em face da insegurança jurídica que permeia as instituições.

É notório que as competências do TCU previstas na Constituição Federal aplicam-se compulsoriamente na ação fiscalizatória das Cortes estaduais e municipais, de sorte que o controle externo recai exclusivamente sobre a Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos, sendo esta a posição pacificada pela Suprema Corte, além de comungada em uníssono pela esmagadora maioria dos mais respeitados doutrinadores brasileiros que se dedicaram ao tema. Além disso, o que se defende neste estudo é que a Corte de Contas paulista harmonize seu procedimento fiscalizatório nos limites estabelecidos pela lei e praticados por todos os demais Tribunais de Contas brasileiros.

Ao aproximar-se do primeiro centenário de existência, o TCE-SP reclama por uma urgente e profunda atualização de seus procedimentos. A recente criação da Comissão Permanente de Análise de Jurisprudência pela Resolução nº 10/2016 constitui-se numa boa sinalização de mudança. Como primeira atribuição dessa comissão toma-se a liberdade de sugerir a atualização da jurisprudência em relação às fundações de apoio, conforme restou amplamente comprovado neste estudo. Adicionalmente, releva consignar que a implantação do processo digital nos moldes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, possibilitando amplo acesso aos advogados aos processos em trâmite na Corte, também contribuirá com a modernização, além de ser homenagem ao princípio da transparência que tanto reclama a nossa sociedade.

A Corte de Contas do maior Estado da federação brasileira, ao manter estrutura hipertrofiada, ofende o princípio da racionalização e da simplificação de processos. A supressão de controles que se evidenciam como puramente formais e cujo custo se mostra evidentemente superior à necessidade é medida que se impõe a todo agente público. E, ainda, julgando em descompasso com os preceitos da Constituição Federal, além de provocar flagrante injustiça, causa insegurança jurídica para os pesquisadores e agentes públicos dos órgãos jurisdicionados, gerando irrecuperável atraso e comprometendo não somente a política de ciência, tecnologia e inovação, mas também o desenvolvimento da Administração Pública paulista.

10. Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 13. ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; Coordenação de João Ferreira; Revisão geral de João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 jun. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2016.
- CHAIMOVICH, Hernan. Brasil, ciência, tecnologia: alguns dilemas e desafios. Estudos Avançados [online]. São Paulo, v. 14, n. 40, p. 134-143, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142000000300014&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARTINS, Ives Gandra. Imunidade tributária das fundações de apoio às instituições de ensino superior – inconstitucionalidade de disposições da lei nº 9532/97 – requisitos exclusivos para gozo da imunidade do artigo 14 do código tributário nacional – parecer, 1998. Disponível em: <<http://goo.gl/uFb8r0>>. Acesso em: 10 ago. 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://goo.gl/wKs3lm>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
- PAIVA, Natália; SAKAI, Juliana. Quem são os Conselheiros dos Tribunais de Contas. Transparência Brasil. abr. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/3bCjsa>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

- RAMALHO, Dimas Eduardo. As Fundações de natureza privada e a obrigatoriedade de prestar contas a órgãos públicos de controle externo. São Paulo, 4 ago. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/icWw7q>>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Parecer: Fundações – Fiscalização de Contas pelo Ministério Público. RDP-98, p. 70/74. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 24, n. 98, p. 70-74, abr./jun. 1991.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TAVARES, João Batista. Tribunal de Contas paulista e a resistência em harmonizar-se com o modelo constitucional. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública, Belo Horizonte, ano 4, n. 12, p. 61-82, set./dez. 2015a.
- _____. Fundações criadas pelo Poder Público e não incorporadas pelas constituições permaneceram no regime de direito privado. Painel Acadêmico. UOL. Exame-Da-Oab. 15 jan. 2015b. Disponível em: <<http://goo.gl/cY0BLf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Manual básico – O tribunal e a administração indireta do Estado. dez. 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/pcVmbN>>. Acesso em: 19 jul. 2016.