

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JURÍDICA E
PREPARAÇÃO PARA A MAGISTRATURA**

RENATO CECHINEL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO POSICIONAMENTO
DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA AO
EXIGIR DOS MUNICÍPIOS CATARINENSES QUE PEÇAM
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA TRANSFERÊNCIA DE
RECURSOS FINANCEIROS ATRAVÉS DE CONVÊNIO**

CRICIÚMA, ABRIL DE 2013

RENATO CECHINEL

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO POSICIONAMENTO
DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AO EXIGIR DOS MUNICÍPIOS CATARINENSES QUE PEÇAM
AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA TRANSFERÊNCIA DE
RECURSOS FINANCEIROS ATRAVÉS DE CONVÊNIOS**

Monografia apresentada à Diretoria de Pós-graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC, para a obtenção do título de especialista em Direito.

Orientador: Prof. Esp. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior

CRICIÚMA, ABRIL DE 2013

Dedico este trabalho aos servidores públicos municipais, pela batalha diária em busca do interesse público e pelo dilema de trabalhar dentro da estrita legalidade em um país que os sistemas legal e judiciário se contradizem diariamente.

Agradeço a todos que de alguma forma estiveram presentes durante essa trajetória e compartilharam comigo os bons e maus momentos, reafirmo meu agradecimento com a mais profunda gratidão e respeito.

RESUMO

Atualmente são retirados da doutrina e da jurisprudência os meios de interpretação as normas legais. A atividade jurídica ao se defrontar com as mais diversas situações, busca a maneira mais adequada à solução de conflitos. Mas surge a dúvida, o que fazer quando há divergência jurisprudencial na aplicação da norma? Qual posicionamento adotar? A situação piora, quando a incerteza paira sobre assuntos da administração pública. Ora, se o agente competente pela execução da atividade pública, esta obrigado a cumprir a lei e somente fazer o que ela autoriza, de que maneira proceder quando nem os tribunais superiores sabem qual é a conduta adequada a determinada situação. Ainda mais, com institutos novos, como a lei de responsabilidade fiscal e a ficha limpa, o administrador corre o risco de incorrer em prática de ilegalidade pelo simples fato de adotar um posicionamento incorreto.

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes, Contratos e Convênios Administrativos, Inconstitucionalidade dos Prejulgados, Poder Fiscalizador, Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	06
2.	SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	10
2.1.	A evolução do conceito de separação de poderes na Constituição brasileira.....	13
2.2.	O sistema de freio e contrapesos e o equilíbrio nos Poderes do Estado.....	15
2.3.	2.3 A separação de poderes e as funções de controle na Constituição Federal de 1988.....	16
3.	CONTRATOS E CONVENIOS ADMINISTRATIVOS.....	21
3.1.	Os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública.....	21
3.1.1.	O contrato administrativo conceituado por diversos autores.....	23
3.1.2	Os contratos administrativos.....	24
3.1.3	3.1.3 – O contrato e a obediência a lei.....	26
3.2.	As novas figuras contratuais.....	27
3.3.	3.3 – As semelhanças e diferenças existentes entre contrato e convênio.....	30
4.	A LEI AUTORIZATIVA PARA CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL.....	32
4.1.	O poder fiscalizador dos órgãos externos nos convênios administrativos.....	33
4.2.	Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios administrativos.....	35
4.3.	Evolução histórica do tema junto ao Superior Tribunal federal.....	36
4.4.	As Transferências de recursos: subvenções, auxílios e contribuições na visão do Tribunal de contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC.....	37
4.5.	A evolução dos pré-julgados do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.....	40
4.7.	Considerações a cerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.....	42
5.	CONCLUSÃO	43
6.	REFERÊNCIAS	45

1 – INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discorre acerca da inconstitucionalidade do posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina ao exigir dos municípios catarinenses que peçam autorização legislativa para transferência de recursos financeiros através de convênios ao mesmo tempo em que estudos mencionam a relevância da separação de poderes para o bom desenvolvimento da administração.

O tema abordado é de extrema importância, à medida que trata da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, as quais são abundantes ao considerar necessárias ou não a autorização legislativa para a celebração de convênios apontando a permuta de recursos financeiros pelo Poder Executivo.

O método utilizado para embasar o elemento proposto é o dedutivo. Para isso a pesquisa utilizada será bibliográfica e documental. As principais fontes de pesquisa serão livros, revistas especializadas e artigos científicos publicados em periódicos e na rede mundial de computadores, bem como emprega a pesquisa documental, por meio de legislação e de jurisprudência.

As hipóteses elencadas são duas: a básica que diz que sim, a exigência de lei autorizativa específica para a concessão de quais quer tipo de transferência de recursos financeiros pelo poder executivo é inconstitucional, ferindo o princípio da separação dos poderes e a secundária, não, é constitucional a exigência de lei autorizativa específica para a concessão de quais quer tipo de transferência de recursos financeiros pelo poder executivo.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a inconstitucionalidade da exigência de lei autorizativa específica para a concessão de quais quer tipo de transferência de recursos financeiros pelo poder executivo, sendo que para isso surgem os objetivos específicos que são pesquisar a aplicação do princípio constitucional da separação dos poderes, estudar dos atos administrativos e os contratos administrativos aplicáveis a transferência de recursos financeiros e identificar na jurisprudência as decisões acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da necessidade de lei autorizativa específica para a concessão de quais quer tipo de transferência de recursos financeiros pelo poder executivo.

Visto isso, o primeiro capítulo deste estudo propõe uma explanação teórica referente a Separação de Poderes que conforme os autores estudados, é a figura idealizada para dar liberdade aos indivíduos. Mendes, Coelho e Branco (2008) aludem mencionando que a Separação de Poderes tem como principio dividir os poderes entre pessoas distintas, responsáveis por setores que compõe a administração pública.

Ainda neste primeiro capítulo esta contida a evolução do conceito de separação de poderes na Constituição brasileira que surge na constituição do império em 1824, conforme refere Bonavides e Andrade (1991) e que a priori trata de quatro poderes políticos que são o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. Após muitas revisões, na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Esta constituição contribuiu para o fortalecimento da separação de poderes.

Na sequencia, mas ainda neste primeiro capítulo, trata-se do sistema de freio e contrapesos e o equilíbrio nos Poderes do Estado, conforme diz Bastos (2002), este equilíbrio emerge da separação de poderes. Em seguida, surge a separação de poderes e as funções de controle na Constituição Federal de 1988 que basicamente são, de acordo com Moreira Neto (1989), o controle de cooperação, o controle de consentimento, controle de fiscalização e o controle de correção.

No segundo capítulo, após explanada a Separação de Poderes, subtendida como divisão de atribuições, apresenta-se instrumentos que viabilizam as tomadas de decisões da administração pública, que são os contratos e convênios administrativos. Entre os autores estudados, se faz referência a Mazza (2012) que expõe que os contratos administrativos competem ao executivo e o convênio, espécie do gênero contratos, são acordos administrativos multilaterais, consolidados entre entidades públicas e/ou públicas e particulares, visando objetivos em comum através de cooperação recíproca. Para MELLO (2012) os convênios diferem dos contratos administrativos pelo fato de não possuir interesses que coincidem para ambas as partes.

Este capítulo faz referência aos contratos administrativos celebrados pela Administração Pública, traz o conceito de contratos administrativos na visão de vários autores, a menção que a atual Constituição brasileira faz em relação aos contratos e as semelhanças e diferenças existentes entre contratos e convênios.

O terceiro capítulo, por sua vez, trata da lei autorizativa para convênios administrativos no texto constitucional, do poder fiscalizador dos órgãos externos nos convênios administrativos, no qual é responsabilidade do administrador municipal o uso adequado ou não das verbas, sendo eu a ele cabe ainda prestar as contas necessárias de acordo com as novas leis de responsabilidade fiscal e da ficha limpa.

Este capítulo ainda destaca o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios administrativos e a evolução histórica do tema junto ao Superior Tribunal federal, as Transferências de recursos: subvenções, auxílios e contribuições na visão do Tribunal de contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC nas quais as transferências podem ser relacionadas em quatro espécies para o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, subvenção social, subvenção econômica, contribuições e auxílios.

Neste capítulo ainda trata-se da evolução dos pré-julgados do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e acontecem desde 08 de setembro de 1993, no Pré-julgado nº. 0130, ao discutir a possibilidade de municípios através de convênios conceder auxílios financeiros para o Estado, visando a execução de serviços públicos afetos ao Estado mas de interesse local para o Município.

Será destacado neste capítulo também as considerações acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que consolida que o Poder Executivo precisa de autorização legislativa para a transferência de recursos financeiros através de convênios. Por outro lado, o Superior Tribunal Federal concretiza sua jurisprudência, declarando a exigência de autorização legislativa para a transferência de recursos financeiros pelo poder executivo, como inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

Ao findar esta pesquisa, serão demonstrados os resultados obtidos por meio dos estudos realizados, com base no problema apresentado e nas hipóteses elencadas para a possível resolução do mesmo.

2 – SEPARAÇÃO DOS PODERES

Pensar em separação dos poderes é pensar na evolução da limitação do poder político, assim, suas histórias estão muito relacionadas. Segundo Dallari (2011), ao mencionar Montesquieu em seus estudos, a separação de poderes foi idealizada para dar liberdade aos indivíduos.

Conforme Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 185) “a separação de poderes tem por objetivo político reparti-los entre pessoas distintas, para, por esse meio, impedir a concentração, adversária potencial da liberdade”. Por meio da doutrina de separação de poderes é possível um constitucionalismo democrático, evitando-se a formação de governos absolutos.

Segundo alude Piçarra (1989), as origens de separação de poderes provem do conceito de constituição mista, mencionado por Aristóteles em sua obra “Política”. Nesta o autor relata que para Aristóteles a constituição mista é aquela que vários grupos ou classes sociais exercem o poder político, expressando as ideias de ricos e pobres. Esta é para Aristóteles a forma de constituição mais justa, na qual permutando as formas de governo oligarquia e democracia, obtêm-se um meio-termo. Para Piçarra (1989, p. 35):

A constituição mista atende, antes de mais, às desigualdades e diversidades existentes na sociedade com o objectivo de as compor na orgânica constitucional, de tal maneira que nenhuma classe adquira a preponderância sobre a outra. Neste sentido, constituição mista não é mais do que um sistema “político-social pluralmente estruturado.

Assim, Piçarra, 1989, diz que se ensarta o conceito aristotélico de constituição média ou governo médio, o qual possibilita não somente afirmar ou conservar, mas também fomentar por via institucional a classe média numa sociedade. Segundo ele o pensamento aristotélico apresenta a ideia de equilíbrio das classes sociais que associada a doutrina de separação de poderes proporcionará sua participação no exercício do poder político. E é esta ideia de equilíbrio que induz à teoria de freios e contrapesos. Neste sentido alude Piçarra (1989, p. 31):

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercícioda soberania ou o governo, em vez de estar

nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.

Após o uso do termo de constituição mista, na Idade Média, a qual defendia a limitação do poder, surgiu na Inglaterra a ideia de que uma melhor forma de governo seria aquela onde reis, lordes e comuns repartissem entre si o poder político, a monarquia mista. A Inglaterra é lançada a um Estado constitucional sem ao menos ter passado pelo extremismo, o que se explica devido ao fato de que a doutrina de separação dos poderes surgiu neste país, no século XVII, inteiramente atrelada à ideia de *rule of law*, primeira configuração histórica do que viria a ser o Estado Constitucional ou de Direito, que tem como elemento essencial a separação de poderes.

A doutrina de separação dos poderes encontrará fortalecimento em Locke (1966), pioneiro, através do Segundo tratado sobre o governo civil e Montesquieu, no célebre “Do Espírito das Leis”, seus grandes sistematizadores.

Mencionado por Mello (2000), Locke, acatado como fundador do empirismo, pregava uma doutrina na qual todo o conhecimento deriva da experiência. Em sua obra Revolução Gloriosa na Inglaterra (obra fora publicada entre 1685 e 1700), Locke restabelece a conexão entre a doutrina da separação dos poderes e a *rule of law*, concebendo a primeira como pré-requisito desta última. Para que a lei seja devidamente aplicada, é indispensável que quem as faça não sejam as mesmas pessoas aplicá-la. Assim, faz-se necessária a separação entre o legislativo e o executivo.

Conforme alude Costa (2000), Locke considera que o legislativo seja o poder supremo e os demais poderes procedem deste e estão a este subordinados. Cabe ao poder executivo a aplicação das leis. Para Locke ainda existe um terceiro poder, o federativo, que apesar de aristocrático, não pode ser separado do executivo. A este poder são incumbidas a administração da comunidade com outras comunidades e o relacionamento com os estrangeiros, criando alianças e julgamentos de guerra e paz.

Reforçando o que já era preconizado por Locke, Montesquieu (2000), menciona francamente o poder de julgar dentre os poderes fundamentais do

Estado, arrolando este sempre a teoria de separação de poderes. Para Montesquieu (2000), não há liberdade para julgar quando as mesmas pessoas fazem leis, executam resoluções públicas ou julgam crimes ou demandas particulares. Conforme Montesquieu (2000, p. 167-168), profere:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.

Ao conferir o poder de julgar ao Estado, Montesquieu (2000), estabelece a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente. Ao tratar de Câmara Alta, corpo legislativo formado por nobres, ao lado do corpo legislativo formado por representantes do povo, o autor profere que o poder de julgar é o menos afirmativo e assim, por sobraem outro dois, é necessário que exista um poder regulador, capaz de temperá-los, e a parte do legislativo é a mais apropriada neste caso.

Hamilton, Jay e Madison (1979), pautados nos feitos de Montesquieu, alinhavaram um modelo de separação dos poderes que aplacasse a hegemonia do Poder Legislativo, atribuindo maior equilíbrio à relação entre os poderes.

Conforme o art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, apud Moraes (2000), não há constituição se os direitos e a separação de poderes não estão assegurados.

Assim, os Estados Unidos passam a situar o Poder Judiciário no mesmo nível político dos demais poderes, sendo que foi por meio da ilustre deliberação de JOHN MARSHALL, Chief-Justice da Suprema Corte norte-americana, no caso *MARBURY versus MADISON* (1803), que consagrou o poder da judicial

review (revisão judicial), segundo o qual compete ao Poder Judiciário dizer se a lei é constitucional ou inconstitucional.

A esta decisão foi atribuído o reconhecimento da seriedade no concerto das funções do Estado e pela fundação da doutrina americana da supremacia judicial. Também ao consolidar uma doutrina em princípio constitucional, em 1787, os Estados Unidos da América positivaram em sua Constituição a divisão funcional dos poderes, aferindo o papel de cada um dos poderes: legislativo, executivo e judiciário.

Deste modo, a criação da teoria da separação dos poderes, como artifício para a limitação do poder, é posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII – Revolução Gloriosa, Inglaterra 1688/89, Independência Norte-Americana, 1776, e Revolução Francesa, 1789 em resposta aos abusos da concentração de poderes nas mãos do soberano, típica do Absolutismo da Idade Moderna.

2.1 A evolução do conceito de separação de poderes na Constituição brasileira

O conceito de separação de poderes também evoluiu no Brasil enquanto princípio constitucional. Para Bonavides e Andrade (1991), a divisão e harmonia dos poderes políticos são o princípio dos direitos do cidadão. Ainda menciona que os poderes políticos reconhecidos pela constituição do Império do Brasil, 1824, são quatro, o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. Quanto ao poder moderador, na Constituição Política do Império do Brasil, 1824, em seu art. 98, o poder moderador é considerado a chave da organização política e cabe somente ao Imperador ou seu representante delegar sobre a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Conforme Soares de Pinho (1961), o poder moderador estabelece o equilíbrio entre os demais poderes, pode ser considerado o arremate entre toda organização política.

Em consonância com os juízos daquele período, a Constituição do Império do Brasil, 1824, também consubstancia a separação de poderes,

dividindo as funções do Estado em quatro, no qual foi acrescentado o poder moderador a clássica tripartição.

Foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934, a primeira Constituição da República, que sagrou a tripartição dos poderes, repudiando a monarquia e adotando o presidencialismo norte-americano como solução para a titularidade do Poder Executivo.

Soares de Pinho (1961), faz referência à contribuição da Constituição dos Estados Unidos da América as constituintes brasileiras, que além do princípio de divisão de poderes, da distribuição de competências, propõe os conceitos de freios e contrapesos.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 adotou a reminiscência da primeira Carta da República, e elenca três órgãos da soberania nacional, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e distribuídos entre si.

Pautado nesta constituição, o Senado Federal passa a coordenar os poderes, dar sequência administrativa e ainda manter a Constituição. Então, o Senado Federal passa a ser tratado fora do capítulo reservado ao Poder Legislativo, passando a ser um mero colaborador do Poder Legislativo.

A carta de 1934 designou jurisdições importantes no ato de legislar a Câmara dos Deputados, relativas aos Estados-membros, e conferiu-lhe a supremacia para exercitar o sistema de freios e contrapesos.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, não explicita a separação dos poderes, e como bem diz Pinho (1961), o silêncio é bem expressivo. Todavia, existem, previsões do Poder Legislativo, as quais tratam da autoridade dos Estados em coordenar os órgãos representativos de grau superior, dirigir a política interna e externa, promover ou orientar a política legislativa de interesse nacional, e superintender a administração do país.

Por tratar do Presidente da República como autoridade suprema, a Constituição não trata de equilíbrio ou harmonia. De acordo com Soares de Pinho (1961), nem mesmo o poder deixado ao Judiciário para declarar inconstitucionalidade de lei pode ser considerado terminativo.

A Constituição de 1937 substituiu o Senado Federal por um Conselho Federal, composto de representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República, e, ainda a criação de um Conselho da

Economia Nacional para colaborar com o Poder Legislativo, composto por representantes dos vários ramos da produção nacional, obreiros e patronais.

Ao termino da ditadura Vargas, o país passa a estabelecer relações de harmonia com a democracia e em 1946 promulga sua nova Constituição, que dentre outros importantes avanços, retorna a investir no princípio da separação dos poderes. Conforme a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946, os Poderes dos Estado são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, sendo que estes são independentes e harmônicos entre si.

A Constituição de 1964 não trouxe inovações no que tange a separação de poderes, somente em 1967, a Constituição ensarta em seu artigo 58, que posteriormente passa a ser o artigo 55 da Emenda nº 01/69, o decreto-lei que passa a conferir autoridade legislativa plena ao chefe do Poder Executivo. Ao Presidente da Republica é conferido o poder de em casos de urgência ou interesse público, expedir decretos-leis referentes a segurança nacional, as finanças públicas, inclusive normas tributárias e criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, desde que não implique em aumento de despesas.

Conforme a Constituição de 1967, os Poderes da União são independentes e harmoniosos, sendo que o responsável por exercer este poder não deverá desempenhar outro poder. A Emenda Constitucional nº.1 de 1969, reforça este conceito.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, menciona que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A partir desta Constituição o Poder Judiciário e o Ministério Público passaram a exercer seu papel com mais reforço. Assim, o conceito de separação de poderes sai fortalecido.

2.2 O sistema de freio e contrapesos e o equilíbrio nos Poderes do Estado

A teoria de separação de poderes, conforme refere Bastos (2002) consiste em estabelecer equilíbrio e reciprocidade de controle entre os três poderes supremos do Estado: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

O autor Dallari (2011), também menciona a separação de poderes como equilíbrio e ainda mais, faz menção a esta como um sistema de freios e contrapesos nas decisões do Estado. Para Dallari (2011, p 218):

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos.

Garvey e Aleintkoff (1991, *apud* Silveira, 1999), mencionam que o *balance* (contrapesos, equilíbrio) surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) contrabalanceando os projetos de leis advindos da Câmara dos Comuns (originados do povo), a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso causados por pressões populares, fossem aprovadas. Na verdade, o desígnio subentendido era refrear o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza.

Na evolução do modelo político inglês, percebe-se o veto e o impeachment como ferramentas iniciais do sistema de freios e contrapesos. O veto passa a exprimir a *negative voice*, na qual, a oposição do Rei não mais participa do processo legislativo, apenas o controla, podendo impedir que a legislação entre em vigor. Já o *impeachment* é mecanismo jurídico que permite o controle do parlamento sobre os atos executivos dos Ministros do Rei.

Ao aludir sobre o Poder Judiciário, Silveira (1999), diz que este não tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais leis não guardassem harmonia com a Carta Política. Pela doutrina do *Judicial Review*, o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos.

2.3 A separação de poderes e as funções de controle na Constituição Federal de 1988.

Conforme Bastos (2000), ao superar a ideia da prevalência de um sobre o outro, através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia, salienta-se a imagem de controle e vigilância recíprocos de um

poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um, que são elementos caracterizadores do novo conceito de separação de poderes.

Para Moreira Neto (1989), os critérios das funções de controle podem ser coligados em quatro, o controle de cooperação, o controle de consentimento, controle de fiscalização e o controle de correção. O controle de cooperação perpassa pela participação coletiva de um Poder no exercício da função do outro. O controle de consentimento é que se atinge pela performance das funções de eficácia e equilíbrio aos atos de outro Poder. Através do consentimento, o Poder que executa uma atribuição não comum, produz uma condição constitucional de eficácia diante do Poder interferido. O controle de fiscalização é o que exerce fiscalização, vigilância, sindicância de um Poder para outro. Por meio da fiscalização o Poder interferente tem a finalidade de acompanhar a verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação. Já o controle de correção, é o que tem a função de descontinuar ou romper os atos praticados por outro. Pelo controle de correção é possível suspender ou desfazer os atos do Poder interferido ate que seja comprovada sua legalidade.

Neste contexto, pode-se citar o controle do Poder Executivo exercido em relação ao Legislativo, no qual há a possibilidade do VETO, onde o Poder Executivo é exemplo mais difundido de forma de controle da atividade típica do Poder Legislativo por parte Executivo, segundo Constituição Federal de 1988.

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1.º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

(...)
XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os
Ministros do Tribunal de Contas da União;

Conforme a Constituição, se o presidente acreditar que um projeto é ao todo ou em partes inconstitucional ou contrario ao interesse público, poderá vetá-lo total ou parcialmente.

Também pode-se mencionar o controle do Poder Executivo em relação ao Judiciário, no qual a possibilidade do veto chega a lei orçamentária, encontrando limite na autonomia administrativa e financeira garantida pela Constituição no art. 99. Ainda, o controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Poder Executivo,

O controle do Poder Judiciário sobre o Legislativo é outro controle que deve ser mencionado, este é o controle da constitucionalidade das leis produzidas pelo Legislativo. Neste o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica exerce o controle de correção, determinando inclusive a suspensão da execução de lei inconstitucional. Com a Carta de 1988, o controle de constitucionalidade passa a antever o controle concentrado de constitucionalidade, art. 102, I, "a", ação direta de inconstitucionalidade – ADIN – e a ação declaratória de constitucionalidade – ADECON; § 1º, a argüição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; art. 103, § 2º, ADIN por omissão.

Ainda pode-se fazer referência ao controle do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo. Neste caso, observa-se o controle da (in)constitucionalidade, onde far-se-á sanção da norma, figurando no pólo passivo da ação direta de inconstitucionalidade. Estes Poderes juntos podem agir sobre o Poder Executivo, conforme artigo 52 da CF, 1988:

Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:
I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

E dando continuidade, a Emenda Constitucional nº 23/99 remete:

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o

Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;
(...)

Parágrafo único - Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Mediante esta ocorrência de controle de correção, os membros do Poder Executivo podem ser punidos até mesmo com a perda do mandato. Isso ocorre mediante o mecanismo do impeachment, que é exercido pelo Poder Legislativo, Senado Federal, com a participação, em controle de cooperação, do Poder Judiciário, através do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Mencionando ainda o Controle do Poder Legislativo exercido em relação ao Executivo, partindo do desenvolvimento do princípio de separação de poderes e da concepção dos regimes representativos, o parlamento passou a se caracterizar pelo exercício da dupla missão, legislar e fiscalizar. O poder-dever de controle de fiscalização conferido ao Legislativo foi amplamente consagrado na Constituição de 1988:

Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

(...)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

- XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;
- XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;
- XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;
- XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;
- XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;
- XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Outro controle que precisa ser mencionado aqui é o controle do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário. Isso acontece quando há deliberações do segundo sobre as proposições legislativas de iniciativa do primeiro, nos termos do *caput* do artigo 48 da Constituição Federal de 1988.

Outro instrumento de controle do Poder Legislativo, que também pode incidir sobre o Poder Judiciário, o controle de fiscalização exercido através das Comissões Parlamentares de Inquérito, postergado no § 3º do art. 58 da Constituição Federal de 1988. Este último exemplo pode ser reportado a um acontecimento bastante recente da história, pela ação do Poder Legislativo federal na chamada CPI do Judiciário.

3 – CONTRATOS E CONVENIOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública, em consonância com os princípios legais, morais, impessoais e de eficiência, não pode sair comprando bens ou serviços de qualquer forma, irresponsavelmente. É necessário para isso que a Administração busque instrumentos fidedignos e de acordo com o que preconiza a Lei vigente.

Neste contexto, pode-se mencionar o Contrato Administrativo e o Convenio Administrativo que são duas ferramentas distintas e que se aplicam a Administração Pública conforme sua necessidade e adequação, observando a Lei em vigor.

3.1 – Os contratos administrativos celebrados pela Administração Pública

Uma das formas que a Administração Pública possui para fazer cumprir suas inúmeras funções, sabendo-se que ela não é auto-suficiente e precisa firmar acordos com terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, é o uso de contratos administrativos.

Segundo Carlin (2009), ao longo da história, muitas teorias tentam explicar a natureza jurídica dos contratos decorrentes de concessões de serviços públicos. Diversos estudos sobre estas atividades remetem a formulação de algumas teorias: “teorias unilaterais, bilaterais ou contratuais e a chamada teoria mista.” (CARLIN, 2009, p.767).

Carlin (2009), arrola que a concepção alemã que pondera a concessão como um ato unilateral e considera que o serviço público está fora de comércio, compondo uma emanção de poder do império, pode ser considerada um exemplo da teoria unilateral. O autor ainda menciona que a teoria bilateral ou contratual embasa-se na tese de que nos ajustes existentes contratação de uma obra ou serviço público, o Estado fica ligado às cominações do direito privado. Esta teoria acredita que há acordo de vontades, onde devido a natureza do vínculo a Administração Pública equipara-se ao particular. Já a teoria de contrato misto, surge com o intuito de superar as demais teorias e

desmistificar as dificuldades oriundas delas. Ao conceber a concessão como contrato de direito privado, corroborando com os princípios de direito público, a teoria mista proporciona grande avanço no que tange ao estudo de contratos administrativos.

Colaborando com o exposto, Pietro (2009), faz menção de três correntes que segundo ele geram controvérsias a respeito dos contratos administrativos. Pietro (2009, p. 240):

1. a que nega a existência de contrato administrativo;
2. a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos;
3. a que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

Neste sentido, cabe fazer referência ao que o autor diz em relação às correntes mencionadas. Os aderentes a primeira corrente dizem que o contrato administrativo não observa o princípio de igualdade entre as partes, pois acredita que a administração ocupa lugar de supremacia em relação ao particular. Segundo estes adeptos, não existe autonomia da vontade nem de um lado nem do outro, há apenas os cumprimentos às exigências das leis vigentes.

Os adeptos a segunda corrente, compreendem que todo contrato celebrado pela administração é contrato administrativo e que não existe contrato de cunho privado, pois todos os contratos exercidos pela administração procedem de regime jurídico administrativo.

No que se refere ao exposto, a terceira corrente, relata Pietro (2009, p. 241), “[...] admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado”.

O termo contrato administrativo é usado em sentido amplo e abrange todos os contratos celebrados pela Administração Pública, sejam eles sob regime de direito público ou privado. Segundo Pietro (2005, p. 240):

[...] a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão-somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra [...] para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Conforme Pietro (2005), nos contratos de direito privados a administração se iguala ao particular, caracterizando a ação jurídica pelo traço da horizontalidade. Nos contratos administrativos ela age como poder público, com seu poder de império sobre o particular, caracterizando esta relação jurídica pelo traço vertical.

3.1.1 – O contrato administrativo conceituado por diversos autores

Justen Filho (2005), ressalta a definição legal de contrato administrativo, na qual contrato administrativo segundo o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, é “[...] todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja acordo de vontades [...]”. (2005, p. 277).

Meirelles (2011, p.217), corrobora com o assunto articulando que:

Contrato Administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

Destarte, o contrato administrativo normalmente requer a obtenção de um serviço ou obra pública, mas pode remeter-se a qualquer outro objeto de interesse público, daí o porquê do autor usar o termo genérico objetivos de interesse público.

Conforme Gasparini, p. 572, “[...] são contratos administrativos os que têm por objetivo o uso de bem público ou a representação de serviço público”.

Em Mello (2012, p. 626), “[...] contrato é uma forma de composição pacífica de interesses que se faz entre as partes”. Ainda segundo o autor, contrato é um acordo jurídico em que as partes interessadas obrigam-se reciprocamente a cumprir com as obrigações e contrapartidas combinadas.

Corroborando com o estudo, Medauar (2006), menciona que “Um dos meios de que se vale a Administração para cumprir suas múltiplas atribuições e realizar as atividades decorrentes é a técnica contratual”. Para a autora, no início do século XX, houve forte resistência ao uso de contratos por acreditar-se que a Administração Pública não poderia fazer contratos devido ao fato de que tinha poder supremo em relação ao privado. Neste posto, o contrato tinha uma

concepção de servir apenas para acordar vontades, produzindo efeitos jurídicos.

A partir dos anos 70, ainda de acordo com Medauar (2006), a teoria de contratos administrativos passou a ser objeto de discussão. Surge um novo modo de atuar que necessita de uma nova teoria de contratos. Abrolha então uma administração instrumentalizada que passa a utilizar-se de contratos administrativos que decorrem de consensos, parcerias, acordos, cooperações entre a administração e o privado. Entretanto, este novo olhar para o contrato administrativo mantém alguns dos pontos mais fortes do que era contrato administrativo no passado: a autonomia, a igualdade e o intercâmbio de bens e prestações.

3.1.2 – Os contratos administrativos

Os preceitos brasileiros intitulam de contrato administrativo os arrolamentos de adequações que advêm por força da lei, de cláusulas contratuais ou do objeto de relação jurídica em alcinha da satisfação dos interesses públicos.

Neste lanço (Mello, 2012), referindo-se a Constituição Brasileira diz que cabe a União expedir normas gerais sobre a contratação, em suas varias modalidades, para a Administração Pública direta, autárquicas ou fundacionais da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, considerando o que está posto no artigo 37, XXI, da CF. Ele continua relatando que a lei também aplica-se a empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme disposto no artigo 173, § 1º, III, CF. Mello, 2012, p. 637, “Estados e municípios legislarão para si, respeitadas as normas gerais”. São normas gerais bem como legislação específicas da União, as consubstanciadas na Lei 8.666/93, “com as alterações introduzidas sobretudo pela Lei 8.883, de 8.6.1994”. (MELLO, 2012, p.637).

Conforme Medauar (2006), os contratos administrativos podem ser de diferentes gêneros, sendo que ao se tratar de contratos clássicos, que surgiram no início do século XX, cinco são os mais frequentes.

- a) O Contrato de Obras é aquele no qual objeto é a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de imóvel público destinado a fins públicos. (art.6º, I, CF).
- b) Contrato de Serviços, cujo serviço são as atividades de interesse público como demolição, conserto, instalação, seguro, publicidade, etc. (art. 6º inc. II, CF).
- c) Contrato de Compra, também chamado de contrato de fornecimento, é designado para a obtenção remunerada de bens como alimentos, mesas, cadeiras, etc. (art. 6º, III, CF).
- d) Contrato de Concessão, se apresenta sob quatro modalidades:
- Concessão de serviço público através do qual o poder público pode transferir e realização de um serviço público a pessoa jurídica ou consorcio de empresas, mediante concorrência e remuneração. (Lei 8.987/95, Lei 8.977/95 e Lei 9.472/97).
 - Concessão de serviço público precedido de obra pública, por meio do qual é realizada a construção, conservação, melhora de qualquer obra pública, delegando o poder público, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, com remuneração extraída da exploração do serviço a ser utilizado com prazo determinado, como por exemplo, o pedágio de uma estrada. (art. 2º, III, da Lei 8.987/95).
 - Concessão de bem público, pelo qual a administração concede a particular o uso do prédio público como em feiras livres, cantinas de escolas, etc. Para tal é exigido concorrência e autorização legislativa.
 - Concessão de direito real de uso, ocorre quando a administração concede que particular construa em terreno público, como no caso de urbanizações, edificações, industrializações, programas habitacionais, cultivo ou qualquer outro interesse social. Normalmente depende da autorização legislativa e concorrência e no caso de programas habitacionais está dispensado de licitações. (art. 17, I, § 2º).
- e) Contrato de Adesão, caracteriza-se pela impossibilidade de modificação das cláusulas, sendo que estas estão fixadas por uma das partes e que a outra concordando com seu teor assinara ou não o termo contratual.

Diante do exposto, Medauar (2006), refere ainda que também existem os contratos regidos parcialmente pelo direito privado, que são aqueles

pautados no art. 62, § 3º, que determinam que os contratos de seguro, financiamento e locatário no qual o poder público seja o locatário, atenham-se a Lei 8.666/93.

3.1.3 – O contrato e a obediência a lei

Para os contratos efetuados pela administração pública, encontram-se na lei várias normas, essenciais não apenas em benefício do interessado, como também da administração, para fins de controle e legalidade.

A luz de Pietro (2005), pode-se perceber que além de outras leis disseminadas, alusivas a contratos específicos, a Lei nº 8.666/93 constitui uma série de normativas relativas ao aspecto formal, nas quais pode-se mencionar conforme Pietro, 2005, p. 251:

1. salvo os contratos relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, os demais serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático de seu extrato; somente serão permitidos contratos verbais para pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no artigo 23, inciso II, alínea a (limite para convite), feitas em regime de adiantamento (art. 60 e parágrafo único);
2. deve ser publicado, resumidamente, seu extrato, no Diário oficial, no prazo Máximo de 20 dias a contar da data da assinatura (art. 61, parágrafo único) [...];
3. o contrato formaliza-se, conforme o artigo 62, por meio do “termo de contrato”, “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra” ou “ordem de execução de serviço”. O termo de contrato é obrigatório no caso de concorrência e de tomada de preços [...] sendo dispensável, no entanto, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compras, com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultam obrigações futuras, inclusive assistência técnica (§ 4º do art. 62). [...];
4. na redação do termo de contrato ou outro instrumento equivalente, deverão ser observadas as condições constantes do instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite, conforme o caso), já que o mesmo é a lei do contrato e da licitação. [...] (art. 54, § 2º);
5. deverão obrigatoriamente constar do contrato determinadas cláusulas consideradas necessárias pelo

artigo 55; dentre as mesmas, algumas podem ser consideradas regulamentares [...] outras constituem as chamadas cláusulas financeiras [...].

Os contratos realizados pela Administração Pública terão uma cláusula referente ao prazo, conforme o art. 57, § 3º, da Lei 8.666/93, no qual fica vedada o contrato com prazo de vigência indeterminada, evitando que aconteçam obras e serviços não planejados que possam acarretar ônus a administração pública. Somente estão excetuados desta cláusula os projetos contemplados no Plano Plurianual, as prestações de serviços contínuas (até 60 meses) e o aluguel de equipamentos de informática (até 48 meses).

3.2 – As novas figuras contratuais

Nas últimas décadas, as Administrações Públicas utilizaram-se mais do instrumento contratual. De acordo com Medauar (2006), isso ocorre devido a criação de parcerias harmônicas, decorrentes de consenso, acordos e de um sistema de cooperação existente entre a Administração Pública e particulares ou entre órgãos ou entidades estatais. Conforme Medauar (2006, p. 225):

Diante desse modo de atuar, novos tipos de ajuste foram surgindo, com moldes que não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo, nem no padrão teórico de contrato vigente no século XIX.

Neste sentido, o autor trata de uma nova figura que se adequa a Administração Pública, que possui um regime jurídico totalmente público, mas em sua essência é diferente dos regimes contratuais aplicados aos contratos administrativos. Trata-se do convênio.

De acordo com Pietro (2005), o convênio não constitui uma modalidade de contrato, embora seja um instrumento utilizado pela Administração Pública para associar-se com outras entidades públicas ou privadas na ânsia de alcançar objetivos de interesse comum mediante colaboração mútua. Em comum com o contrato, o convênio possui a característica de ser um acordo de vontades.

Conforme Mello (2005), a Lei 11.107, de 6.4.2005, regulamentada pelo decreto 6.017, de 17.1.2007, dispõe normas para a contratação de consórcios públicos, realizados entre pessoas de Direito Público e capacidade política, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando a realização de atividades públicas de interesse comum.

A possibilidade de convenio entre entidades públicas em regime de cooperação, para Mello (2005), já decorriam implicitamente no artigo 23 da constituição para atividades relacionadas a saúde, assistência social, proteção dos deficientes, proteção de documentos, obras e outro de valor histórico, preservação de florestas, entre outros. Hoje esta gestão coligada está explícita na Constituição sem designar o tipo de atividade, permitindo a transferência de encargos, serviços e bens entre pessoas jurídicas.

O convênio se faz obedecer ao artigo 116, da Lei 8.666/93, no qual as disposições são aplicáveis aos convênios, acordos e ajustes celebrados por órgãos de Administração Pública, corrobora Pietro (2005).

O autor ainda trata do tema mencionando na lei citada acima, no § 1º, o convênio deve ter seu projeto aprovado previamente, sendo que quem elabora tal projeto é a organização interessada e este deve conter a identificação do objeto a ser executado, as metas que deseja-se atingir, as etapas ou fases de execução, o plano pertinente aos recursos financeiros que serão utilizados, cronograma de desenvolvimento, previsão de início e fim do preterido bem como da conclusão das etapas ou fases programadas e se necessário, comprovação de recursos próprios para dar continuidade ao projeto.

Para Pietro (2005), convenio é considerado um instrumento bilateral da Administração Pública, sendo que os atuantes se conectam por interesses mútuos. No convênio não há vínculo contratual e, portanto, uma das partes pode desconectar-se do convenio a qualquer momento.

O Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005, evidencia preocupação com o gasto dos recursos repassados por convênios e instrumentos congêneres:

Art 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou

bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

Depois que se firma o convênio, a utilização dos recursos repassados a órgãos e entidades públicas é, também por força do artigo 49, da Portaria Interministerial MP/MF/MT nº 127, de 29 de maio de 2008, precedida de procedimento licitatório:

Art. 49. Os órgãos e entidades públicas que receberem recursos da União por meio dos instrumentos regulamentados por esta Portaria estão obrigados a observar as disposições contidas na Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos e demais normas federais pertinentes ao assunto, quando da contratação de terceiros.

§ 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o uso da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo utilizada preferencialmente a sua forma eletrônica.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente do conveniente ou contratado.

§ 3º As atas e as informações sobre os participantes e respectivas propostas das licitações, bem como as informações referentes às dispensas e inexigibilidades, deverão ser registradas no SICONV.

Ao tratar de recursos dedicados a entidades privadas sem fins lucrativos, tanto o artigo 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, quanto o artigo 45 da Portaria Interministerial MP/MF/MT nº 127, de 29 de maio de 2008, determinam que seja realizada a cotação prévia de preços no mercado, observando os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos de órgãos ou entidades da Administração Pública federal, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que

será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Ao abordar os convênios administrativos federais, o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, e a Portaria Interministerial MP/MF/MT nº 127, de 29 de maio de 2008, os deliberam como um acordo que adota a transferência de recursos financeiros do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como participantes órgão ou entidade da Administração Pública federal de um lado e do outro, ou entidade da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, sendo estas diretas ou indiretas. Ainda aborda entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

A eficácia dos convênios está atrelada à sua divulgação. Seu extrato deve ser publicado pela Administração na imprensa oficial até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, conforme o parágrafo único, do artigo 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

3.3 – As semelhanças e diferenças existentes entre contrato e convênio

A primeira diferença entre o Convênio e o Contrato Administrativo, para Gasparini (2005), está na forma que a lei prevê a contratação dos serviços necessários para o desempenho de sua gestão, enquanto o convenio é de interesse comum, onde todos participam em regime de colaboração, o contrato possui interesses diferentes, eles se contrapõem na medida em que um almeja a prestação do serviço ou bem e o outro importa-se com a contrapartida, o valor obtido. No convênio existe colaboração recíproca onde não se cogita remuneração ou preço, enquanto que só há contrato se houver pagamento. Ainda para Gasparini (2005), no convenio, a instituição pode se desvincular a qualquer momento, sendo que se isso acontecer no contrato, o que se desvinculou sofrerá sanções.

Destarte, Segundo Meirelles (2005), enquanto no contrato a posição jurídica é idêntica para todos, no convênio pode existir diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

Outra diferença entre contrato e convênio está posto no fato de que a Administração Pública, ao contratar, está interessada alcançar o objeto. A empresa contratada, por outro lado, interessa-se pelo pagamento. Cada qual busca, nesta relação jurídica, a satisfação de interesses individuais.

Ainda corrobora Meirelles (2005), dizendo que no contrato há cláusulas obrigatórias de permanência ou sancionadoras, enquanto que no convênio cada um só é responsável pelas obrigações no tempo que participa espontaneamente do acordo.

Em função da harmonia de interesses, convênios não admitem que os participantes tenham fins lucrativos na execução do objeto. Os recursos financeiros, conforme Meirelles (2005), são para auxílio ao custeio do objeto, enquanto que contratos, por possuírem interesses contrapostos, admitem lucro de terceiros. Os recursos financeiros admitem características remuneratórias, incorporam-se ao patrimônio da parte, que pode dispor livremente sobre eles.

Outra formalidade que acredita Meirelles (2005), ser considerada um diferencial entre ambos, está na assinatura de convênios e de contratos administrativos. No contrato, deve-se estar pautado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que requer procedimentos intermináveis, outro posto que ao optar por convênios o concedente pauta-se em critérios claros e adequados a realidade da instituição que são ancorados pelo sítio governamental Portal dos Convênios, e tem sua transparência proporcionada.

Ainda para Meirelles (2005), contratos e convênios administrativos possuem acentuadas distinções, as quais não permitem que sejam regidos pela mesma legislação. A questão dos interesses é a principal delas. Os convênios são marcados pela harmonia de interesses, enquanto os contratos por interesses contrapostos.

4 - A LEI AUTORIZATIVA PARA CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

O questionamento principal é se a necessidade de lei autorizativa para a celebração de convênios pelo poder executivo é constitucional ou inconstitucional, sobre a análise do princípio da separação dos poderes.

A constituição de 1967, no seu art. 16, §4º, estabelecia que “os Municípios poderiam celebrar convênios para a realização de obra ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja a execução ficaria dependendo de aprovação das respectivas câmaras municipais.” Iniciando assim como tema constitucional os convênios administrativos, e aqui com a exigência de aprovação do poder legislativo.

Nas constituições a partir da carta de 69, o tema passou a ser omissivo. O texto constitucional não tratou explicitamente o tema relativo à autorização legislativa para a celebração de convênios.

Os convênios e contratos administrativos caracterizam-se como atos ordinários de gestão, sendo que nestes casos não dependem de autorização legislativa. É através destes atos que a administração exerce sua função constitucional típica, o poder-dever de praticar atos administrativos com a finalidade do bem comum. Desta forma, a intromissão do legislativo no exercício das competências do executivo está configurando a submissão de um poder ao outro. (Meirelles, 2008)

Hely Lopes Meirelles (2008, p.722) ensina que:

No sistema brasileiro o governo municipal é de funções divididas, cabendo as executivas à Prefeitura e as legislativas à Câmara de Vereadores. **Esses dois Poderes, entrosando suas atividades específicas, realizam com independência e harmonia o governo local, nas condições expressas na lei orgânica do Município. [...] O sistema de separação de funções - executivas e legislativas - impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro.** Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. **Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa:** a Câmara estabelece regras para a administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O Legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. (grifo nosso)

As normas legais, de atribuição do Legislativo, têm caráter genérico e abstrato (e não caráter individual e concreto), sob pena de invadir a competência constitucionalmente fixada para o Poder Executivo, sendo que este, também, não pode delegar as atribuições que lhe são exclusivas. Na constituição vigente, não há ressalva no texto constitucional que restrinja os atos ordinários de gestão quanto aos convênios administrativos. (TAMBELLINE, 2012)

Para Tambelline (2012):

Em decorrência dos princípios da independência e harmonia entre os Poderes, as leis de iniciativa de vereadores, com caráter autorizativo, padecem de vício de origem, e, assim, são inquinadas de inafastável inconstitucionalidade, devendo ser retiradas do arcabouço jurídico vigente, pela via legal adequada.

A atual Constituição federal faz referência expressa aos convênios cinco vezes: art. 37, inc. XXII; art. 39, §2º; art. 71, inc. VI; art. 199, §1º; art. 241. Reafirmando a consolidação deste tipo de contrato administrativo.

Atualmente, além da Constituição Federal, as transferências de recursos são regulamentadas pela Lei nº 4.320/64, que institui normas gerais de Direito Financeiro. Ao contrário do posicionamento de alguns autores, que sustentam a revogação desse diploma legal pela Lei Complementar nº 101/00, que institui normas financeiras públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, aquela Lei de 1964 continua em vigor naquilo que não conflitar com a nova lei. (HARADA, 2013)

4.1 - O poder fiscalizador dos órgãos externos nos convênios administrativos

Dos dispositivos legais previstos na atual Constituição Federal, o art. 71, inc. VI é o que mais se aproxima ao tema em análise:

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

Nota-se que o dispositivo acima transcrito deu amplos poderes aos órgãos de controle externo, dentre eles o poder legislativo, de fiscalizar os convênios administrativos. Fica claro que o dispositivo não faz ressalva a necessidade de autorizações prévias para a celebração ou a posteriori para sua execução. Neste sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. ACÓRDÃO DO TCU. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU IRREGULARIDADE FORMAL.3. "A norma inscrita no art. 71, incisos II e VI da Constituição Federal, expressamente prevê a responsabilidade do administrador para responder pela má aplicação de verba pública que lhe foi confiada, assim como a competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação de recursos repassados ao município, oriundos de convênios, no julgamento de Tomada de Contas Especial."(TRF1 6ª Turma AC 0015045-05.2002.4.01.3300/BA).

A jurisprudência faz referência a “responsabilidade do administrador para responder pela má aplicação da verba pública”, e mais a frente a “competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar a aplicação de recursos repassados ao município”, fica claro tratar-se de momento posterior a celebração e ainda mais, momento posterior a execução parcial ou total do objeto do convênio. A constituição deixa claro o papel fiscalizador, deixando de lado qualquer interferência externa na celebração dos convênios.

O Ministro do Superior Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, analisou o tema em Ação Direta de Inconstitucionalidade:

"O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público." (**ADI 916**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 2-2-2009, Plenário, *DJE* de 6-3-2009.)

O texto extraído do voto do Ministro não deixa dúvidas que os órgãos externos não podem interferir na função típica do executivo, que no caso em

tela é a celebração de convênios, vincular a validade de um convenio a exame prévio por órgão fiscalizador é inconstitucional.

4.2 - Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios administrativos

A jurisprudência é farta quanto ao tema junto ao Supremo Tribunal Federal, conforme se tira do voto do Ministro Sepúlveda Pertence (ADI 165-5, DJ 26-09-1997): “a questão tem sido resolvida sem discrepâncias na jurisprudência do Tribunal, que reputa ofensiva do princípio da separação e independência dos poderes a submissão à prévia aprovação do legislativo de convênios [...]”. Fica claro que para o STF não resta controvérsias quanto ao tema. O Ministro finaliza seu voto esclarecendo que “de “convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres”, quando envolvem repasses da União aos entes federados, cuidou o art. 71, VI: entretanto, para submetê-los a fiscalização a posteriori, depois de realizada a transferência de recursos”.

O STF embasado no princípio da separação e independência dos poderes vem rejeitando a interferência legislativa nas funções típicas do Poder Executivo, principalmente no tocante aos convênios administrativos, conforme se tira da jurisprudência a seguir:

Separação e independência dos poderes: submissão de convênios firmados pelo Poder Executivo à prévia aprovação ou, em caso de urgência, ao referendo de Assembléia Legislativa: inconstitucionalidade de norma constitucional que a prescreve; inexistência de solução assimilável no regime de poderes da Constituição Federal, que substantiva o modelo positivo brasileiro do princípio da separação e independência dos poderes, que se impõe aos Estados-membros: reexame da matéria, que leva à reafirmação da jurisprudência do Tribunal. (STF, ADIN nº 165-5, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo nº 85, de 01.10.97);

No mesmo sentido decisão do STF na ADIN nº. 53.219.0 de 19 de abril de 2000 de relatoria do Des. Fonseca Tavares:

A celebração de convênio ou consórcio é ato típico de administração, que não se sujeita ao controle prévio de

oportunidade e conveniência pelo Poder Legislativo, somente sendo exigível a aprovação deste quando resultarem encargos não previstos na lei orçamentária.

E decisão na ADIN n. 51.787.0 de 16 de junho de 1999 de relatoria do Des. Pinheiro Franco “A celebração de convênios administrativos, onerosos ou não, independe sempre de prévia autorização legislativa”.

Assim se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no sentido de que norma que subordina convênios, acordos, contratos e outros atos administrativos à aprovação legislativa como eivados de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da independência e separação dos poderes.

4.3 - Evolução histórica do tema junto ao Superior Tribunal federal

Do voto do Ministro Sydney Sanches, relator na ADI 342-9 (DJ 11-04-2003), é possível retirar a evolução histórica do tema junto ao Superior Tribunal Federal.

Ao tempo, ainda, da Emenda Constitucional nº.1, de 1969 o STF já possuía o entendimento assim expresso, através de acordão unanime do Plenário, na representação de Inconstitucionalidade nº. 1.024-GO, relator Ministro Rafael Mayer (RTJ 94/995, julgamento 07-05-1980)

Poder Legislativo. Ato do Poder Executivo. Celebração de convênios. Aprovação da Assembleia. Independência dos Poderes. Lei Constitucionais nº. 30/79-GO. A regra que subordina a celebração de convênios em geral, por órgãos do executivo, à autorização previa da Assembleia Legislativa, em cada caso, fere o princípio da independência dos poderes, extravasando das pautas de controle externo constante da Carta federal e de observância pelos Estados. Inconstitucionalidade. Representação julgada procedente.

Posicionamento que foi reiterado na representação nº. 1.210-RJ, de 19-12-1984 (RTJ 115/597), também por unanimidade, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, conforme segue:

Representação de inconstitucionalidade. É inconstitucional a exigência, estabelecida em Constituição e Lei Complementar

estaduais, de autorização da Câmara Municipal para a celebração de acordos ou convênios com a União, os Estados ou os Municípios, ou de sua ratificação ou referendo, quando negociados sem a aprovação preliminar, por motivo de urgência.

Sob a égide da Constituição de 1988, diversa não tem sido a conclusão do Tribunal, a exemplo, se pode verificar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 676-RJ (RTJ 162/849), de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 01-07-1996:

Constitucional. Convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado. Aprovação da assembleia Legislativa: inconstitucionalidade. I – Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes CF, art. 2º. [...]

É com base em todos estes precedentes, que o Superior Tribunal Federal vem reiteradamente julgando inconstitucional a necessidade de lei autorizativa para a celebração de convênio administrativo.

4.4 - As Transferências de recursos: subvenções, auxílios e contribuições na visão do Tribunal de contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC

Para o TCE/SC a transferência de recursos financeiros pelo poder público deve atender ao princípio da legalidade, insculpido no caput do art. 37 da CF, assim, obedecendo a legislação federal e a legislação própria de cada município ou ente federativo. Devendo também estar em consonância com os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (SILVA, REGINATTO. 2011)

Do voto da relatora e auditora Thereza Aparecida Costa Marques, que gerou o pré-julgado 0236 de 25/07/1994 combinado com o voto do relator e conselheiro José Carlos Pacheco, no pré-julgado 1715 de 05/10/2005 é possível identificar a legislação aplicável a transferência de recursos públicos. Estes devem pautar-se sempre pelas regras gerais determinadas pela

Legislação federal, principalmente na Constituição Federal, pela Lei nº. 4.320/64 e Lei 101/00 (Lei de responsabilidade fiscal), além da portaria interministerial nº 163 da Secretaria de Orçamento Federal. Por fim, deixam claro a necessidade de lei municipal específica, nas palavras de Marques “a qual disciplina os requisitos, prazo para prestação de contas, forma e sanções”.

Fica claro o posicionamento do Tribunal em exigir lei específica municipal para a celebração de convênios com a finalidade de repasse de recursos.

O TCE/SC baixou a Instrução Normativa N.TC-14/2012, com orientação aos municípios e ao estado estabelecendo critérios para a organização da prestação de contas de recursos concedidos a qualquer título. Em capítulo específico sobre a concessão de recursos a título de subvenções, auxílios e contribuições assim determinou:

Art. 20. A concessão de recursos a título de subvenções, auxílios e contribuições será aprovada pela autoridade administrativa competente com base em parecer fundamentado do órgão concedente que demonstre: I - a conveniência da concessão do recurso, nos termos do art. 16 da Lei (federal) n. 4.320/64; II - a compatibilidade entre os objetivos e/ou finalidades estatutárias da entidade beneficiária com o objeto do repasse; III - a capacidade técnica e operacional do proponente para executar o objeto; IV - o regular exercício das atividades estatutárias da entidade beneficiária; V - o interesse público do objeto e os benefícios econômicos e sociais a serem obtidos; VI – a compatibilidade entre os quantitativos de bens e serviços a serem adquiridos e o objeto proposto; VII – a compatibilidade entre os valores solicitados, o plano de trabalho e os preços de mercado.

E na mesma Instrução Normativa faz algumas delimitações:

Art. 25. A concessão de subvenção social deve ser restrita às entidades sem fins lucrativos dedicadas à prestação de serviços de assistência social, médica, educacional ou cultural, nos termos da Lei (federal) n. 4.320/64 e conforme dispuser a legislação do ente, que comprovem regular exercício de suas atividades no Estado de Santa Catarina, bem como a compatibilidade entre as finalidades estatutárias e o objeto do repasse.

Nota-se que o documento orientador do TCE/SC é omissivo quanto a necessidade de lei autorizativa específica, colocando em dúvidas o administrador público no estado de Santa Catarina.

Os auditores fiscais de controle externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, Cristine de Souza Reginatto e Teresinha de Jesus Basto da Silva (2011), em artigo publicado no “XIII Ciclo de Estudos de Controle Público da Administração Municipal”, esclarecem ainda que sempre deve “haver o estabelecimento de condições e critérios na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a previsão na Lei Orçamentaria Anual (LOA) do município” e continua “bem como **lei autorizativa específica para a concessão de quais quer tipo de transferência**, e ainda a exposição de motivos” justificando o interesse público no repasse a determinada entidade. (grifo nosso)

As transferências podem ser relacionadas em quatro espécies para o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, subvenção social, subvenção econômica, contribuições e auxílios. Silva e Reginatto (2011) destacam as características da Subvenção Social:

Beneficia instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa. [...] Pressupõe a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional; Mostra-se mais econômica do que a atuação direta do município; este procedimento portanto, não deve ser regra, e sim complementar à atividade estatal; A entidade recebedora deve obedecer aos padrões mínimos de eficiência previamente fixados; Não comporta despesas com aquisição de bens, móveis ou imóveis, tão pouco a realização de obras, as chamadas despesas de capital.

E passa o autor a apontar as principais características da Subvenção Econômica:

Somente se aplica às empresas públicas ou sociedades de economia mista, pertencentes ao município. [...] Para cobrir os déficits de manutenção de entidades da administração indireta, ou ainda a diferença entre preços de mercado e de revenda de gêneros alimentícios e de outros materiais, e pagamento de bonificações a produtores; Necessidade de verificação da destinação dos recursos por parte da entidade recebedora, para que não sejam efetuadas despesas com investimentos.

Esclarecem os auditores que as Contribuições são destinadas a “outras entidades de direito público ou privado” e que as principais características das

contribuições são “destinadas a atender despesas de manutenção” e “Não exigem contraprestação direta de bens e serviços”.

Por fim, Silva e Reginatto (2011), apresentam os Auxílios que são para “outras esferas de governo ou entidades privadas sem fins lucrativos”, visando “transferência de capital para investimentos ou inversões financeiras” e “não exigem contraprestação direta de bens e serviços”.

4.5 - A evolução dos pré-julgados do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

A primeira vez que se encontra registro de que o TCE/SC enfrentou o tema da necessidade de autorização legislativa para celebração de convênios pelo poder executivo com a finalidade de transferência de recursos financeiros foi em 08 de setembro de 1993, no Pré-julgado nº. 0130, ao discutir a possibilidade de municípios através de convênios conceder auxílios financeiros para o Estado, visando a execução de serviços públicos afetos ao Estado mas de interesse local para o Município. Conforme segue:

Pode a Prefeitura firmar convênio e conceder auxílio financeiro para melhoramento de serviços públicos que sejam constitucionalmente de responsabilidade do Estado, mas que são de interesse municipal, **desde que munida de prévia autorização legislativa**, devendo tais gastos serem empenhados em Despesa de Capital, sob a rubrica 4.3.2.2 - Transferências Intergovernamentais. (grifo nosso)

Nota-se que ao abordar o tema o TCE/SC já se posicionou pela necessidade de lei autorizativa, “desde que munida de prévia autorização legislativa”.

O tribunal volta a enfrentar o tema quando questionado da possibilidade de repasse de recursos financeiros para associações recreativas e sociedades desportivas, segue Pré-julgado:

Pode a Administração Municipal repassar auxílios a entidades desportivas não-profissionais, **mediante prévia autorização legislativa** e obediência aos ditames da Lei Federal n. 4.320/64, principalmente o disposto em seus arts. 12, § 3º, I, e 16, os quais impedem a concessão de subvenções sociais a

entidades desportivas profissionais, assim conceituadas no art. 27, § 10, da Lei Federal n. 9.615/98, observando, contudo, as prescrições contidas no art. 26 da Lei Complementar nº 101/2000.(Pré-julgado 0236. Relator: Auditora Thereza Aparecida Costa Marques. Sessão 25/07/1994) (grifo nosso)

Novamente o Tribunal faz referência a necessidade de autorização pelo legislativo.

Em 16 de outubro de 2000, no Pré-julgado nº. 0909, de relatoria de Antero Nercolini, ao abordar o mesmo tema das entidades desportivas o TCE/SC se posiciona quanto a necessidade de lei específica autorizando a realização de convênio:

1. Pode o Poder Executivo Municipal repassar auxílios financeiros às associações recreativas como forma de incentivo ao esporte local. 2. **Necessária a prévia autorização legislativa** e a obediência aos ditames da Lei nº 4.320/64, relativamente à forma contábil e orçamentária. 3. Ressalte-se a necessidade de apresentação das respectivas prestações de contas e a observância das atividades dos entes beneficiados, no que respeita ao disposto na Constituição Federal, art. 217. (grifo nosso)

O Tribunal de Contas, em 20 de maio de 2002, foi questionado especificamente quanto à possibilidade de transferência de recursos a Centro de Tradições Gauchas (CTG), e assim se manifestou através do Pré-julgado nº. 1158:

1. Nos termos do inc. I do art. 30 da Constituição Federal, cabe ao Município decidir acerca de concessão de auxílio financeiro a entidades dedicadas à promoção de movimentos tradicionalistas, como os CTGs. 2. A destinação de recursos pelo Poder Público para pessoas jurídicas (de caráter assistencial ou cultural, sem fins lucrativos, conforme a Lei Federal nº 4.320/64) **requer lei autorizativa específica**, disciplinamento na Lei de Diretrizes Orçamentárias, e previsão de créditos orçamentários na Lei do Orçamento Anual, nos termos do art. 26 da Lei Complementar nº 101/2000. (grifo nosso)

Em 11 de novembro de 2002, no Pré-julgado nº. 1251, de relatoria do Conselheiro Luiz Roberto Hersbt, o Tribunal ao enfrentar o tema relativo a transferência de recursos financeiros as entidades comunitárias, abordou novamente o assunto se posicionando pela necessidade de lei autorizativa específica novamente:

É possível o Poder Público transferir recursos financeiros para entidades culturais e comunitárias, sem fins lucrativos, desde que prestem serviços de assistência social, médica ou educacional, bem como para atividades culturais, atendidos aos seguintes pressupostos: **a) autorização legislativa específica**; b) atendimento às condições estabelecidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e c) previsão orçamentária ou através de créditos adicionais. Deve-se utilizar a rubrica contábil 41 - Contribuições para Despesas de Manutenção, e a 42 - Auxílio, para construção e reforma de instalações. (grifo nosso)

Na sessão de 05 de outubro de 2005, o TCE/SC pronunciou-se de forma que a transferência de recursos financeiros para sindicato de trabalhador rural pode se dar de dois modos subvenção social e contribuições ou auxílios, editando o Pré-julgado nº. 1715. Novamente o Tribunal faz referência a necessidade de aprovação pelo Poder Legislativo:

1. As subvenções sociais concedidas pelo Poder Público destinam-se a entidades e instituições assistenciais com fins não lucrativos, que comprovadamente desenvolvam atividades nos setores educacional, da saúde, social ou cultural e que os recursos sejam exclusivamente destinados para estas finalidades. A concessão de subvenções sociais a sindicatos de produtores rurais só será possível se forem destinadas para os fins delineados nas áreas educacional, da saúde, social ou cultural. 2. É possível a concessão de benefícios a sindicatos de trabalhadores rurais, mediante transferência de recursos financeiros para atender a despesas de investimentos, sob a forma de contribuições ou auxílios e, por força dos arts. 167, inciso VIII, da Constituição Federal e 26 da Lei Complementar nº 101/00, **a destinação de tais recursos dependerá de específica autorização legislativa**, atendimento às condições estabelecidas pela lei de diretrizes orçamentárias e de previsão orçamentária ou através de créditos adicionais, conforme os comandos da Lei Federal nº 4.320/64. (grifo nosso)

Fica claro que ao longo do tempo o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina consolidou o posicionamento da necessidade de autorização do Poder Legislativo para que o Poder Executivo possa firmar convênios com a finalidade de transferência de recursos financeiros.

4.6 - Considerações a cerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

A jurisprudência de ambos os Tribunais são fartas quanto a necessidade ou não de autorização legislativa para a celebração de convênios visando a transferência de recursos financeiros pelo Poder Executivo.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina consolidou entendimento de que o Poder Executivo precisa de autorização legislativa para a transferência de recursos financeiros através de convênios.

Por outro lado, o Superior Tribunal Federal já enfrentou a matéria por diversas vezes, e consolidou sua jurisprudência, declarando a exigência de autorização legislativa para a transferência de recursos financeiros pelo poder executivo, como inconstitucional, por ferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

Adotando o posicionamento do STF, que é a corte competente a declarar a constitucionalidade ou não da matéria, o TCE/SC adota posicionamento inconstitucional ao exigir dos municípios catarinenses que peçam autorização legislativa para transferência de recursos financeiros através de convênios.

5 - CONCLUSÃO

Ao findar esta pesquisa, pode-se mencionar que ao se tratar de Separação de Poderes, os autores estudados trazem os muitos benefícios que este modelo de administração pode trazer, enquanto instrumento de autonomia, de separação dos poderes, de organização. Certamente, pensar em Separação de Poderes é pensar em evolução da limitação do poder político, em liberdade e democracia.

Presente várias vezes na legislação brasileira, inclusive na vigente, ao se tratar de Separação de poderes, a Constituição de 1988, relata que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, nesta Constituição o Poder Judiciário e o Ministério Público passaram a exercer seu papel com mais reforço, fortalecendo cada um dos poderes.

Esta autonomia que a Separação de Poderes permite aos administradores reflete em sua forma de trabalho. Há ainda as novas leis de responsabilidade fiscal e da ficha limpa que exigem do administrador e de sua equipe um trabalho transparente e responsável, assim em conformidade com os princípios legais, morais, impessoais e de eficiência, não pode-se sair comprando bens ou serviços de qualquer forma, irresponsavelmente.

Neste sentido, surge a discussão a respeito dos contratos e convênios, instrumentos muito distintos. O contrato é o ajuste que a Administração firma com particulares ou com outra instituição administrativa, para conseguir executar objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. Já o convenio não constitui uma modalidade de contrato, embora seja um instrumento utilizado pela Administração Pública para integrar-se com outras entidades públicas ou privadas na ânsia de alcançar objetivos de interesse comum mediante colaboração mútua.

A constituição de 1967, estabelecia que os municípios poderiam trabalhar com convênios para a realização de obras ou cumprimento de serviços públicos de interesse comum, e esta efetivação ficaria a encargo da aprovação das respectivas câmaras municipais.

A partir da carta de 69, o tema passou a ser omissivo, o texto constitucional não tratou explicitamente da autorização legislativa para a

celebração de convênios. Os contratos e convênios, atos ordinários de gestão, passaram a não depender mais de autorização legislativa.

Conforme estudo, pode-se constatar que para o TCE/SC a transferência de recursos financeiros pelo poder público deve acolher o princípio da legalidade, conforme caput do art. 37 da Constituição Federal, seguindo a legislação federal e a legislação de cada município ou ente federativo e precisa ainda, estar em conformidade com os princípios constitucionais de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dentre as exigências postas pelo TCE/SC a pesquisa destacou a necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênios. Por outro lado, se destacou que o STF, em posicionamento já consolidado considera inconstitucional tal exigência.

Portanto, após findar esta pesquisa, averiguou-se que de acordo com o Superior Tribunal Federal, o posicionamento do TCE/SC é inconstitucional ao exigir que os municípios catarinenses peçam autorização legislativa para transferência de recursos financeiros através de convênios.

6 - REFERENCIAS:

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2000.

_____, Uso de teoria do Estado e ciência política. 5ª Ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. História Constitucional do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 19 abr. 2013

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 19 abr. 2013

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 19 abr. 2013

_____, Emenda Constitucional nº 23 de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1999.

_____. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 19 abr. 2013

_____. Lei complementar 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 19 abr. 2013

CARLIN, Volnei Ivo Org. Grandes temas do direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blassi. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2009.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do poder judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, RT v.30, jan. 2000, p. 240-258.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 30ª Ed. São Paulo: 2011.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O Federalista. In: Os Pensadores. São Paulo : Victor Civita Editor, 1979.

HARADA, Kiyoshi. Subvenções sociais. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/19577>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

Locke , John. Dois tratados sobre o governo. Tradução de Cid Knipell Moreira, apud clássicos da política. Londres : Everyman's Library, 1966.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2006

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito Administrativo Brasileiro. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008

MELLO, Celso Antonio Bandejas de. Curso de direito administrativo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida, John Locke e o individualismo liberal, in WEFFORT, Francisco C. (org.), Os clássicos da política I. São Paulo: Editora Ática, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. São Paulo : Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo : Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Interferências entre Poderes do Estado. Revista de Informação Legislativa, nº 103/13. Brasília : Senado, 1989.

PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito administrativo. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA. Teresinha de Jesus Basto da Silva; REGINATTO. Cristiane de Souza. Transferência de recursos: subvenções, auxílios e contribuições. In: TCE/SC. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. XIII Ciclo de estudos de controle público da administração municipal. Tribunal de Contas, 2011

SILVEIRA, Paulo Fernando. Freios e Contrapesos (Checks and Balances). Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

SOARES DE PINHO, A. P. Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira. Niterói: [s.c.p.], 1961.

STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 916. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 abr. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 165-5. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 abr. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 53.219.0. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 abr. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 51.787.0. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 abr. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 342-9. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 03 abr. 2013

TAMBELLINI, Guilherme Luiz da Silva. Inconstitucionalidade de leis autorizativas sobre gestão municipal. Parecer emitido pela Coordenadoria de Assistência Jurídica da Fundação Prefeito Faria Lima-CEPAM. 2012 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21987>>. Acesso em: 18 abr. 2013

TCE/SC. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Instrução Normativa N.TC-14/2012. Disponível em <http://www.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/instrucao_normativa_n_14-2012_consolidada.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2013

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Pré-julgado nº. 0130. Disponível em < <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisooes>>. Acesso em: 5 abr. 2013

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Pré-julgado nº. 0236. Disponível em < <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisooes>>. Acesso em: 5 abr. 2013

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Pré-julgado nº. 0909. Disponível em < <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisooes>>. Acesso em: 5 abr. 2013

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Pré-julgado nº. 1158. Disponível em < <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisooes>>. Acesso em: 5 abr. 2013

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Pré-julgado nº. 1251. Disponível em < <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisooes>>. Acesso em: 5 abr. 2013

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Pré-julgado nº. 1715. Disponível em < <http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/decisooes>>. Acesso em: 5 abr. 2013

TRF1. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Acórdão 0015045-05.2002.4.01.3300/BA. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br>>. Acesso em 03 de abr. 2013