Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 3048/2018

PROCESSO TC/MS	**:** TC/01264/2012/001
PROTOCOLO	**:** 1832085
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	**:** FUNDAÇÃO DE DESPORTO DE SÃO GABRIEL DO OESTE
RECORRENTE	**:** SÉRGIO LUIZ MARCON
ADVOGADO	**:** FABIANO GOMES FEITOSA – OAB/MS 8.861
RELATOR	**:** CONS. RONALDO CHADID

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – DECISÃO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – PROFESSOR – NÃO REGISTRO – APLICAÇÃO DE MULTA – RAZÕES RECURSAIS – FUNDAÇÃO DE DESPORTO – PERSONALIDADE JURÍDICA PRÓPRIA – DEMONSTRAÇÃO DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE – COMPETÊNCIA DO RESPONSÁVEL PELA FUNDAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A demonstração de que a contratação foi realizada pela Fundação de Desporto que integra a administração pública indireta, dotada de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira, evidencia o dever da Autoridade Responsável pela Fundação de prestar contas perante o Tribunal de Contas, e o não dever do recorrente, ex-prefeito do Município.

Tal fato motiva a anulação da decisão recorrida, a fim de reabrir a instrução processual e possibilitar o contraditório e a ampla defesa à Autoridade Contratante, excluindo-se do polo passivo da demanda o recorrente.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 29ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, 13 de novembro de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em **conhecer e dar provimento** ao Recurso Ordinário, interposto pelo Sr. Sérgio Luiz Marcon, a fim de **anular a Decisão** Singular n. 3405/2017, proferida no processo TC/MS 1264/2012, bem como os atos de folhas 18 a 46, e **reabrir a instrução processual** para possibilitar o contraditório e a ampla defesa à Autoridade Contratante, Ederson Joacir Wagner, Presidente da Fundação de Desporto de São Gabriel-FUNDESG à época, excluindo-se do pólo passivo da demanda, por consequência, o Ex-Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste/MS, Sérgio Luiz Marcon.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

Em exame o **Recurso Ordinário** interposto por *Sérgio Luiz Marcon*, Ex-Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste/MS, em face à Decisão Singular - G.ODJ - 3405/2017 proferida no processo TC/MS n. 1264/2012 nos seguintes termos:

> *1. Pelo não registro da contratação temporária de Fabiano Deckmann, para exercer a função de professor de educação física, no período de 13/02/2012 a 30/11/2012, nos termos do art. 34, I, da LCE n. 160/2012, c/c o art. 10, I, e o art. 173, I, ambos do RITC/MS;*
>
> *2. Pela aplicação de multa de 30 (trinta) UFERMS ao Sr. Sergio Luiz Marcon, inscrito sob o CPF n. 315.939.761-00, Prefeito Municipal, à época, em virtude de contratação temporária irregular, com fulcro no art. 44, I c/c 42, IX da LCE n. 160/2012;*
>
> *3. Pela concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para o recolhimento da imposição ao FUNTC/MS, de acordo com o art. 83 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 172, § 1º do RITC/MS, e comprovação nos autos sob pena de cobrança executiva, observado o disposto no art. 78 da mesma LCE n. 160/2012;*
>
> *4. Pela intimação do resultado deste julgamento aos interessados, com fulcro no art. 50 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 70, § 2º, do RITC/MS.*

O Conselheiro Presidente desta Corte de Contas considerou o recurso tempestivo e cabível, determinado sua distribuição a esta Relatoria conforme despacho de folha n. 21.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, seu Representante opinou pelo conhecimento e provimento do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Sérgio Luiz Marcon, Ex-Prefeito de São Gabriel do Oeste/MS, para anular a Decisão Singular n. 3405/2017, e reabrir a instrução processual a fim de que a decisão alcance apenas o responsável pela contratação sr. Ederson Joacir Wagner – ex-Diretor-Presidente da Fundação de Desporto de São Gabriel do Oeste/MS (Parecer n. 12122/2018).

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

A exordial visa combater a decisão publicada em 04 de maio de 2017 no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul n. 1.540, proferida pelo i. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo no processo TC/MS n. 1264/2012.

Considerando os documentos colacionados nos autos, vislumbro que o presente recurso é cabível, adequado e tempestivo, do mesmo modo, quanto aos pressupostos subjetivos, atesto a admissibilidade, visto que foi interposto por escrito perante o Presidente deste Tribunal de Contas pela parte atingida pela Decisão Singular n. 3405/2017, Sr. Sérgio Luiz Marcon, Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste/MS à época.

Presentes, então, os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso em epígrafe deve ser conhecido.

Passo à análise do mérito.

Como relatado, Sérgio Luiz Marcon interpôs recurso frente aos comandos da Decisão Singular n. 3405/2017 que *não registrou a contratação por tempo determinado de Fabiano Deckmann, inscrito no CPF sob o n. 900.026440-53, realizada pela Fundação de Desporto de São Gabriel-FUNDESG com base na Lei n. 551/2004 para exercer a função de professor de educação física durante o período de 13/02/2012 a 30/11/2012 - conforme documento de folha n. 03 do processo originário TC/MS 1264/2012* - e aplicou *multa no valor equivalente a 30 (trinta) UFERMS em virtude da admissão irregular.*

Nas razões o recorrente aduziu, em suma, que: *"em face da ausência do contrato temporário e da justificativa para contratação o Relator decidiu pelo não registro do ato (...) em que pesem os fundamentos constantes na decisão, há de ser destacado que o Recorrente, Sérgio Luiz Marcon, não é o responsável pela contratação e pela remessa dos documentos ao Tribunal de Contas, pois a contratação foi realizada pela Fundação de Desporto de São Gabriel do Oeste (...) trata-se de contratação temporária realizada pela Fundação de Desporto de São Gabriel do Oeste, órgão que integra a administração pública indireta, dotada de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira (...) segundo o art. 1º da Lei Municipal n. 408/1999 a FUNDESG é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, sede e foro na cidade de São Gabriel do Oeste, supervisionada pela Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto (...) de acordo com p art. 13 do Estatuto da FUNDESG, compete à Presidência "planejar, supervisionar, dirigir, orientar, executar e coordenar a ação executiva, e a gestão administrativa, financeira e promocional da Fundação" e "remunerar os trabalhos eventuais, e contratar serviços e terceiros, bem com aprovar as funções de chefia observada a legislação vigente", dentre outros atos de gestão".*

Tendo em vista os argumentos apresentados pelo Recorrente na exordial e após analisar o feito originário há, no caso *sub judice*, que se considerarem três situações distintas, pois ensejaram o julgamento ao final proposto:

1º) mesmo intimado a Autoridade Contratante não instruiu o feito adequadamente, em conformidade com a Instrução Normativa n. 35/2011(vigente à época), pois não consta nos autos originários (TC/MS n. 1264/2012) cópia do contrato de trabalho temporário firmado entre as partes e cópia da justificativa para contratação

contendo a exposição minuciosa dos motivos que ensejaram a admissão de Fabiano Deckmann. Tendo em vista que a remessa de tais documentos é obrigatória, sua ausência impossibilita que esta Corte de Contas averigue se o ato foi formalizado sob a égide da lei;

2º) a contratação temporária de Fabiano Deckmann para exercer a função de professor de educação física durante o período de 13/02/2012 a 30/11/2012 foi realiza por Ederson Joacir Wagner, Presidente da Fundação de Desporto de São Gabriel-FUNDESG à época, com base na Lei Municipal n. 551/2004, conforme documento de folha 03 do processo originário;

3º) é cediço que a Administração Pública pode se organizar em Administração Pública Direta e Indireta, sendo que esta se compõe de entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser executadas de forma descentralizada, não se confundindo com a pessoa jurídica que a criou ou à qual está vinculada. A Administração Pública Indireta se compõe de Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista.

Segundo o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional n. 19/1998, somente compõem a administração Pública Indireta as Autarquias, Fundações, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, e nenhuma outra entidade, valendo essa regra para todos os entes da federação.

Quando o Estado cria pessoas jurídicas de direito público (autarquias ou fundações públicas), estas acabam por ter quase todas as características da Administração Direta. Algumas características próprias da Administração Direta, como a imunidade tributária, possibilidade de rescisão ou alteração de contratos administrativos, impenhorabilidade de seus bens, sujeição ao princípio da legalidade, licitação, concursos públicos etc.,

Assim, no desenvolvimento de suas atividades, essas entidades terão os meios necessários para atuar livremente na esfera privada (art. 173, § 1, II, CF/88), porém, deverão se submeter em parte ao regime administrativo, para que se garanta que sejam atingidos os fins para quais foi criada. A guisa de exemplo, destaco que devem seguir normas especiais de licitação (art. 173, § 1, III, CF/88), admissão de mão de obra (art. 37, I e II, CF/88), acumulação de empregos e funções (art. 37, XVII, CF/88), responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, CF/88).

Segundo as lições da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[1], conceituam-se as fundações instituída pelo Poder Público como sendo: *"... o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto administração e mediante controle da Administração Pública, nos termos da lei."*

[1] Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. Pág. 373.

O art. 5º, IV, do Decreto-lei 200/1967 define fundação pública como *"entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividade que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção (...)".*

A Lei n.º 7.596/87 acrescentou o § 3° ao art. 5º do Decreto-Lei n.º 200/67, passando a prever que as fundações públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado *"adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas".*

Assim sendo, são pessoas jurídicas de direito público que possuem autonomia administrativa e patrimônio próprio, tendo, dessa forma, praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direita. A Carta Magna de 1988 refere-se explicitamente, em seu artigo 37, XIX, que as fundações públicas "*somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo a lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".*

Conforme informação prestada pelo Recorrente a FUNDESG foi criada pela Lei Municipal n. 408/1999, e segundo o art. 1º *"é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, sede e foro na cidade de São Gabriel do Oeste, supervisionada pela Secretaria Municipal de Educação, Cultura e Desporto"*.

De acordo com o Estatuto da FUNDESG, compete à Presidência *"planejar, supervisionar, dirigir, orientar, executar e coordenar a ação executiva, e a gestão administrativa, financeira e promocional da Fundação" e "remunerar os trabalhos eventuais, e contratar serviços e terceiros, bem com aprovar as funções de chefia observada a legislação vigente"*, dentre outros atos de gestão previstos no artigo 13.

Assim, as fundações públicas como órgãos integrantes da Administração, nos termos dos arts. 70 e 71, da Constituição Federal, estão sujeitas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial a ser realizada nos moldes previstos no texto constitucional. Podemos concluir que são aplicáveis às fundações as seguintes normas de índole constitucional:

> *"a) estão sujeitas à fiscalização contábil, orçamentária, operacional e patrimonial do Tribunal de Contas (art. 71, II); b) a admissão de seus servidores depende de concurso público (art. 37, II); c) esses atos de admissão estão sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas (art. 71, III)."*[2]

Dessa forma a Autoridade Responsável pela Fundação e Desporto de São Gabriel é quem deve prestar contas perante esta Corte de Contas nos termos da Constituição Federal, inclusive quanto aos atos referentes à admissão de servidores seja nos moldes do inciso II ou do inciso IX do art. 37. No caso em questão o Presidente

[2] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao Direito Administrativo. Saraiva: São Paulo, 2008, pág. 281.

da FUNDESG à época da contratação temporária de Fabiano Deckmann era o Sr. Ederson Joacir Wagner, cabendo a ele, portanto, a responsabilidade pela admissão.

Assim frente aos motivos acima expostos e aos argumentos apresentados pelo Recorrente, entendo que a Decisão Singular n. 3405/2017 deve ser anulada, bem como os atos de folhas 18 a 46, a fim de reabrir a instrução processual e possibilitar o contraditório e a ampla defesa à Autoridade Contratante, Ederson Joacir Wagner, Presidente da Fundação de Desporto de São Gabriel-FUNDESG à época, excluindo-se do polo passivo da demanda, por consequência, o Ex-Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste/MS, Sérgio Luiz Marcon.

Diante do exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas e **VOTO** pelo **conhecimento** do presente Recurso Ordinário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, e no mérito pelo **provimento** a fim de anular a Decisão Singular n. 3405/2017, proferida no processo TC/MS 1264/2012, bem como os atos de folhas 18 a 46, e reabrir a instrução processual para possibilitar o contraditório e a ampla defesa à Autoridade Contratante, Ederson Joacir Wagner, Presidente da Fundação de Desporto de São Gabriel-FUNDESG à época, excluindo-se do pólo passivo da demanda, por consequência, o Ex-Prefeito do Município de São Gabriel do Oeste/MS, Sérgio Luiz Marcon.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Iran Coelho das Neves, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador Geral de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 13 de novembro de 2018.

Conselheiro **RONALDO CHADID**

Relator

GAB. ASP
SETAC. TST/DSSM