JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.766.95-56

Investigação acerca da cessão do Teatro Municipal - conhecida a defesa apresentada pelo Diretor do Departamento de Teatros - julgado irregular o Termo de Cessão (v.u.) - recomendação à Secretaria dos Negócios Jurídicos para instauração de procedimento disciplinar competente visando à apuração dos fatos - Embargos de Declaração - negado provimento (v.u.) - Recurso conhecido (v.u.) e provido - fundamento da ilegalidade invocada não subsiste - prejudicada a instauração de procedimento disciplinar - recorrente não mantém mais vínculo com o Município de São Paulo (m.v., vencido o Cons. Roberto Braguim).

EGRÉGIO TRIBUNAL

Cuida o presente, do Termo de Cessão s/nº, lavrado em 08.05.91, analisado no TC nº 4.486/92 e autuado neste processo para fins de exame e julgamento, tendo em vista que referido ajuste não chegou a ser julgado naqueles autos, conforme esclarecido no Respeitável Despacho proferido à fl. 46, pelo Nobre Relator, à época, Dr. Paulo Planet Buarque.

Registre-se, também, que no citado TC nº 4.486/92, já arquivado, foi realizada a auditoria solicitada pela Egrégia Câmara Municipal para verificação de possíveis irregularidades que envolveram a cessão do Teatro Municipal.

Analisando o instrumento "sub studio", Auditoria-I (fls. 104/106) denunciou, preliminarmente, não constar do processo os borderôs, a guia de arrecadação do pagamento da cessão e o recolhimento extemporâneo desta. Suscitou, ainda, que não constou do Termo o preço dos camarotes e das frisas, como também a inexistência da publicação do instrumento exigido pelo artigo 79, parágrafo único, da Lei nº 10.544/88 e, a inobservância ao Decreto nº 26.390/88.

A Assessoria Técnica-Jurídica, instada a se manifestar, estranhou o fato de o Diretor do Teatro Municipal, Emílio Richa Bechara Kalil, ser sócio cotista do usuário, ou seja, o Grupo Corpo Ltda., razão pela qual solicitou a notificação do interessado para prestar esclarecimentos.

Notificado, o Senhor Emílio Richa Bechara Kalil alegou em sua defesa (fls. 67/73 e fls. 117/121) que, os preços dos lugares das frisas e dos camarotes são idênticos ao da platéia e que providenciava, na oportunidade, a anexação de cópias da guia de arrecadação e dos borderôs aos autos. Disse mais, que não pode ser responsabilizado pela falta de publicação do Termo de Cessão e que observou o Decreto nº 26.390 de 13.07.88, ao recolher a importância mínima superior ao percentual de 20% sobre a bilheteria, sendo certo que mencionado

recolhimento ocorreu dentro do prazo fixado pela Portaria SF-1337/90. Alegou, afinal, que o fato de ser sócio-gerente do Grupo Corpo Ltda. não o impedia de representar o Teatro Municipal uma vez que, por decisão da Justiça Comum proferida em ação popular impetrada contra sua nomeação, seu direito de exercer o cargo de Diretor do Teatro Municipal de São Paulo foi considerado legítimo.

Novamente se pronunciando, a Assessoria Técnica-Jurídica considerou aceitáveis as justificativas apresentadas pelo interessado não obstante persistir, a seu ver, a irregularidade do exercício de função do ex-Diretor, face o disposto no artigo 179, inciso XVI, da Lei Municipal nº 8.989/79 (Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais) que proíbe a participação de funcionários na gerência ou administração de empresas bancárias ou industriais ou de sociedades comerciais ou administrativas com o Município, sejam por este subvencionadas, ou estejam diretamente relacionadas com a finalidade da unidade ou serviço em que esteja lotado.

O Departamento de Auditoria-I, em conclusão, admitiu que algumas falhas foram regularizadas encontrando-se, ainda, pendente, a apresentação da via original de arrecadação porquanto, na cópia juntada aos autos pelo interessado, a data da autenticação mecânica não é legível. Também, entende que permanece a impropriedade quanto à falta de publicação do Termo no Diário Oficial do Município.

A douta Procuradoria da Fazenda se manifestou às fls. 199/201, no sentido de que não restou comprovado qualquer prejuízo ao erário, nem demonstrada a ocorrência de má-fé e, tendo em vista que a cessão operou-se dentro dos limites das atribuições do Senhor Emílio Kalil, opinando pelo acolhimento do ajuste "sub examine" com relevação da imperfeição verificada, quanto à falta de publicação do Termo.

A Secretaria-Diretoria Geral - SDG em judicioso parecer inserto às fls. 202/207, entendeu que a regra de competência não foi abalada, uma vez que a proibição funcional dirige-se à pessoa do funcionário sem afetar a competência do cargo. E, o contrato analisando foi firmado por autoridade competente.

Terminou por endossar a manifestação da Assessoria Técnica-Jurídica no sentido do acolhimento do Contrato com relevação das impropriedades detectadas por serem de natureza meramente formais. Deixou, no entanto, a critério superior, a avaliação da conduta do Senhor Emílio Richa Bechara Kalil, à época dos fatos, Diretor do Teatro Municipal.

É o relatório.

VOTO

Perfilho as conclusões expostas pela Assessoria Técnica-Jurídica, pela douta Procuradoria da Fazenda e, especialmente pela Secretaria-Diretoria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, por entender também que o interessado dirimiu as dúvidas que contra ele pesavam, uma vez que trouxe à colação cópias da guia de arrecadação e borderôs que estavam em poder da empresa Grupo Corpo Ltda. e ter também comprovado obediência ao Decreto nº 26.390/88 com o recolhimento da importância mínima superior a 20% da bilheteria dentro do prazo estabelecido pela Portaria SF nº 1337/90.

Todavia, quanto ao fato de haver sido, cumulativamente, sócio atuante da Contratada e Diretor do Departamento de Teatros ao tempo da contratação examinanda

entendo, como a douta Assessoria Técnica-Jurídica, estar caracterizada a ilegalidade de conduta do interessado. Isto porque, exercendo cargo de Diretoria no serviço público, por dever de ofício, deveria conhecer a proibição imposta pelo artigo 179, inciso XVI, da Lei nº 8.989/79, que veda a participação de funcionários na gerência de empresa que mantenha relações comerciais ou administrativas com o Município.

Isto posto, conheço da Defesa apresentada e, no mérito, julgo irregular o Termo de Cessão s/nº examinando, com recomendação à Secretaria dos Negócios Jurídicos para que determine a instauração de procedimento disciplinar competente visando a apuração dos fatos relacionados à contratação em apreço.

É o meu voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de dezembro de 1997.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.000.766.95-56, do qual é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da defesa apresentada pelo então Diretor do Teatro Municipal de São Paulo e, no mérito, julgar irregular o Termo de Cessão de 08/05/91, recomendando à Secretaria dos Negócios Jurídicos - SJ que determine a instauração de procedimento disciplinar competente, visando à apuração dos fatos relacionados à contratação efetuada.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA - Revisor e o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, em gozo de férias.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de dezembro de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, interpostos, tempestivamente, em 09.01.98, pela PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL e de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, interpostos, tempestivamente, em 13.02.98, por EMÍLIO RICHA BECHARA KALIL, ambos com fundamento no Artigo 45, inciso I, da Lei Municipal número 9.167/80, face ao constante no Acórdão que houve por bem julgar **IRREGULAR** o Termo de Cessão datado de 08.05.91, para cessão do Teatro Municipal nos dias 09 a 13 de maio de 1991, para apresentação do Ballet Corpo, recomendando à Secretaria de Negócios Jurídicos a instauração de competente procedimento disciplinar, visando a apuração dos fatos relacionados no aludido ajuste. 1

A Procuradoria da Fazenda Municipal, requerendo que fosse dado o **caráter de infringência** aos Embargos, propugnou pelo acolhimento dos mesmos, para que fosse eliminado do Acórdão contradições contidas na parte dispositiva do mesmo, ou seja, tendo em vista que na primeira parte do voto reportou-se como razão de decidir às manifestações dos Órgãos Técnicos deste Tribunal de Contas, para, no entanto, no mérito, julgar irregular o Termo de Cessão. 2

O Embargante Emílio Richa Bechara Kalil reiterou o mesmo assunto em seus embargos, **TEMPESTIVOS**, ante a devolução de prazo concedido. 3

Por oportuno, além de não se aplicar *"in casu"* o princípio da fungibilidade, mesmo que os Embargos de Declaração interpostos por Emílio Richa Bechara Kalil fossem recebidos como Recurso, como preconizado pela ASSESSORIA TÉCNICA JURÍDICA, os mesmos estariam PREJUDICADOS, nos termos do disposto no Artigo 557 do Código de Processo Civil que permite a aplicação a qualquer Tribunal com jurisdição civil, e não apenas aos Tribunais Superiores, que consideram: RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL É O DEFICIENTE INSTRUÍDO, FORA DE PRAZO OU INCABÍVEL, IMPROCEDENTE, É O QUE PERMITE AO RELATOR APRECIAR, INCLUSIVE O MÉRITO DO RECURSO, **PREJUDICADO, É O SUPERADO POR DECISÃO OU FATO ANTERIOR**. 4

Ouvida a ASSESSORIA TÉCNICA JURÍDICA, opinou pelo conhecimento e provimento dos Embargos de Declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, exclusivamente, para se corrigir o que entendeu por **ERRO MATERIAL** constante no Acórdão, ou seja, que se substituísse a palavra **IRREGULAR** pela palavra **REGULAR**, além de recomendar que os Embargos de Declaração interpostos por Emílio Richa Bechara Kalil fossem aceitos como Recurso. 5

A SECRETARIA-DIRETORIA GERAL não considerou tão evidente que o Acórdão tivesse decidido pela regularidade, como sustentado pela ASSESSORIA TÉCNICA JURÍDICA, eis que poderia ter-se dado o caso de terem sido acolhidos os pronunciamentos técnicos apenas na parte em que apontavam a falta material do Senhor Emílio Richa Bechara Kalil e não na conclusão da regularidade da cessão examinada. Portanto, dessa forma, foi pelo provimento dos Embargos de Declaração interpostos pela Procuradoria, para que fosse aclarada tão somente a matéria da regularidade ou irregularidade e em que medida o Acórdão endossou os pronunciamentos técnicos expendidos. 6

É o relatório.

1 - Folhas 215/217 e 249/253
2 - Folhas 215/217

3 - Folha 231
4 - Folha 249
5 - Folhas 240/244
6 - Folhas 266/270

VOTO

Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de Embargos Declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, para CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL MANIFESTO, SUPRIMENTO DE OMISSÃO OU EXTIRPAÇÃO DE CONTRADIÇÃO.

Não se vislumbra nos Embargos de Declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal qualquer indício de infringência, eis que a modificação pretendida altera o mérito do julgado.

Portanto, entendo que não cabem Embargos de Declaração com efeito infringente, salvo em casos excepcionais, com o objetivo de modificar o julgado em seu mérito, o que neste caso não ocorre.

Na verdade, o que se pretende, não é propriamente a infringência do julgado, mas DECISÃO NOVA, pois a matéria atacada, ou seja, alterar a palavra IRREGULAR pela palavra REGULAR, implicaria em modificar o Acórdão de **improcedente** para **procedente**, o que somente é admissível através de recurso.

Também não concordo com a manifestação da ASSESSORIA TÉCNICA JURÍDICA, quando atribui a existência de ERRO MATERIAL na parte decisória do Acórdão, recomendando que o mesmo seja modificado substituindo a palavra IRREGULAR pela palavra REGULAR.

Ora, apesar de Embargos de Declaração serem admissíveis para a correção de premissa equivocada, atribuindo-lhes efeito modificativo, não se aplica ao presente caso, eis que minha intenção, realmente, foi de julgar IRREGULAR o referido Termo de Cessão, assim como de determinar a instauração de procedimento disciplinar face ao Embargante Emílio Richa Bechara Kalil.

Portanto, não há que se falar em ERRO MATERIAL na parte decisória do Acórdão embargado.

Dessa forma, confirmo que o segundo parágrafo da parte dispositiva de meu voto define claramente minha intenção ao julgar IRREGULAR o Termo de Cessão, portanto, deve prevalecer sobre o exposto no primeiro parágrafo, eis que entendo que as MANIFESTAÇÕES dos Órgãos Técnicos deste Tribunal servem para orientar a instrução do processo, não tendo, inclusive, força para embasar recursos.

Finalmente, entendo que o Julgador deve valorizar e apreciar as provas e manifestações contidas nos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece e, *"in casu"*, as manifestações dos Órgãos Técnicos não me convenceram.

Isto posto, **CONHEÇO** dos Embargos de Declaração interpostos pela PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL e por EMÍLIO RICHA BECHARA KALIL, por tempestivos, porém, **NEGO-LHES PROVIMENTO**, eis que não são os meios adequados para se atacar o mérito do julgado.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de agosto de 1999.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.000.766.95-56, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos Embargos de Declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Senhor Emílio Richa Bechara Kalil, por tempestivos, porém, em negar-lhes provimento, por não serem os meios adequados para se atacar o mérito do julgado.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, EURÍPEDES SALES e o Conselheiro Substituto NELSON SHIMABUKURO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de agosto de 1999.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

Egrégio Plenário

Trata-se de recurso interposto pelo Sr. Emílio Richa Bechara Kalil, com base nos incisos IV e V do art. 45 da Lei Orgânica deste Tribunal, contra o v. acórdão pelo qual se considerou irregular a cessão do Teatro Municipal para apresentação do balé do Grupo Corpo, além de recomendar-se instauração de procedimento disciplinar, visando à apuração dos fatos relacionados à contratação.

Pleiteou o recorrente a reforma da decisão recorrida em sua parte final, argumentando em síntese:

> 1 - não ocorreu qualquer lesão ao erário, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da ação popular 489/89 - 7ª Vara da Fazenda Pública - apelação nº 188.331.1/7;
>
> 2 - não há fundamento para a decisão de irregularidade do ajuste;
>
> 3 - não cabe eventual aplicação de penalidade, tendo em vista que o recorrente não é mais servidor público;
>
> 4 - o Grupo Corpo não é sociedade comercial, mas CIVIL, dirigida e representada, na ocasião, pelo Sr. Paulo Pederneiras.

Para a AT-Jurídica, P.F.M. e S-D.G., o apelo deve ser conhecido e provido tendo em vista ter a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecido a inexistência de favorecimento pelo recorrente ao Grupo Corpo, impedindo qualquer discussão sobre os fatos tratados no presente. A digna Assessora, Dra. Wanda Lilia Zeidler, ademais, concordou com o apelante, entendendo prejudicada a determinação para instaurar-se procedimento disciplinar por não mais deter ele vínculo funcional com a Municipalidade (fls. 242).

S-D.G., endossando as manifestações precedentes, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, argumentando:

> "a inexistência de prova de lesão ao erário, assentada na decisão judicial de fls. 257/260, efetivamente acarreta a conclusão da validade do ajuste, seja em virtude da inexistência de vício original, seja pela teoria da convalidação, que admite a sanatória do ato, pelo decurso do tempo, aliado à inexistência de prejuízo e à boa-fé.
> A rigor, o decidido em ação judicial não teria qualquer influência na seara administrativa, como, de resto, bem ponderou a sentença de primeira instância, mantida pelo acórdão do Tribunal de Justiça de que se cuida: "Configuraria o incidente mera ilegalidade de natureza funcional, para o caso (da ação popular) indiferente" (fls. 224).
> Entretanto, qualquer procedimento de caráter disciplinar ficou prejudicado, em razão de não existir mais qualquer vínculo funcional do servidor com a Municipalidade de São Paulo."

É o relatório.

V O T O

Na esteira das manifestações dos órgãos técnicos, conheço do apelo, por presentes os pressupostos de admissibilidade. Quanto ao seu cabimento, em especial, a hipótese adequa-se ao inciso V do art. 45 da Lei Municipal 9.167/80.

No que tange ao mérito, entendo não ser aplicável o inciso XVI do art. 179 da Lei Municipal 8.989/79.

A proibição nele contida diz respeito à participação de servidor em gerência ou administração de empresa bancárias, industriais ou sociedades comerciais.

A "Corpo-Escola de Dança Livre Ltda.", denominada "Grupo Corpo", no entanto, é sociedade civil, como provam o contrato social de 22/01/1976 e subseqüentes alterações, todas constantes do Registro nº 29.112 do Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Belo Horizonte (fls. 28).

Com efeito, não vislumbro qualquer ilegalidade na participação do recorrente naquela empresa quer como sócio, quer como diretor, não incidindo, por conseguinte, à hipótese, o referido dispositivo do Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Paulo.

Já destacou, ademais, S-D.G., ao manifestar-se antes da decisão recorrida, que eventual proibição funcional, se houvesse, não implicaria a ineficácia dos atos por ele praticados, prejudicando terceiro de boa-fé, mas dirigir-se-ia apenas à pessoa do servidor, podendo causar sua demissão nos termos do art. 188 inciso VI da Lei Estatutária Municipal.

Por outro lado, ficou prejudicada a instauração de procedimento disciplinar, uma vez que o recorrente não mantém, atualmente, qualquer relação de trabalho com o Município de São Paulo, como observaram o apelante e os ilustres técnicos desta Casa.

Isto posto, dou provimento ao recurso, para reformar-se o v. acórdão, uma vez que o fundamento da ilegalidade invocado não subsiste.

São Paulo, 18 de abril de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Não vislumbro, no detido exame que faço do acervo documental e da argumentação desenvolvida na peça recursal, elementos suficientes para infirmar o v. acórdão impugnado, que deve, por isso mesmo, ser integralmente mantido.

A cessão do Teatro Municipal ao Grupo Corpo Ltda. deu-se mediante o termo de autorização lavrado em 08 de maio de 1991 (fls. 91/97), quando era diretor daquele teatro, o senhor Emílio Bechara Kalil, ora recorrente, e que, concomitantemente, era sócio-gerente da entidade cessionária. Só deixou de sê-lo em 28 de setembro de 1.992, como alegado às fls. 118 e documentado às fls. 123/125.

Irrefutável o fato, documentalmente demonstrado nos autos, irrepreensível se revela o venerando acórdão que o subsumiu à conduta descrita no artigo 179, XVI, da Lei nº 8.989, de 29.10.79 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo).

Igualmente não tem qualquer procedência a alegada inexistência de prejuízo para a Municipalidade. Isto porque a conduta descrita no artigo acima mencionado, na literalidade de seu enunciado, não requer lesividade para a sua tipificação.

No mesmo sentido não procede a invocação de coisa julgada, posto que a não lesividade examinada no procedimento judicial, ali tratada como requisito da Ação Popular, não é, como já foi dito, funcional. Aliás, a atenta leitura da respeitável sentença que julgou aquela ação, integralmente confirmada pelo Egrégio Tribunal de Justiça, ressalva, exatamente, a hipótese de que a irrogada conduta possa configurar irregularidade de natureza funcional.

Argumenta, ainda, o Recorrente que não é servidor público, buscando com isso afastar a recomendação do v. acórdão no sentido de que fosse instaurado o procedimento disciplinar competente.

Ora, a circunstância de não ser mais servidor, sendo induvidoso que o era à época dos fatos, diz com a execução do acórdão e não com seu mérito. A superveniente inexeqüibilidade não tem o condão de contaminar retroativamente a perfeita adequação da decisão à verdade dos autos no momento de sua prolação. Rejeito, portanto, também esse derradeiro argumento.

Não posso, por último, deixar de consignar meu desapreço pelas infundadas alegações do Recorrente no sentido de atribuir a uma hipotética perseguição pessoal a merecida censura à sua reprovável conduta funcional.

Mantenho, pois, integralmente o acórdão recorrido.

É o meu voto.

TCM, 18 de abril de 2001.

Roberto Braguim
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.000.766.95-56, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer do apelo, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, MARIANA P. A. Q. BARBOSA e DJALMA DONATO, quanto ao mérito, dar provimento ao recurso, reformando o V. Acórdão recorrido, uma vez que o fundamento da ilegalidade invocado não subsiste.

Vencido, em parte, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Revisor, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, MARIANA P. A. Q. BARBOSA e DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de abril de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator