TC nº 72-001.745.96-00

ESTUDO. SPTRANS. Estudo relativo à cessão de funcionários da antiga Companhia Municipal de Transportes Coletivos. CMTC, admitidos em cargos de confiança, junto a outros órgãos públicos, bem como a questão da aplicabilidade do Decreto nº 33.383/93. Violação do princípio da legalidade e da obrigatoriedade do concurso público. Prática implica em ato de improbidade administrativa do responsável. CONHECIDO. Votação unânime.

TCs citados: 72-002.305.95-54, 72.005.227.95-59, 72.001.190.93-63 e 72-002.711.93.73

Legislação citada: Dec. Mun. 33.383/93. Art. 83, III, LOMSP. Art. 21, § 1°, Lei Mun. 11.597/94. Art. 45, Lei Mun. 8.989/79. Art. 37, II, CF/88.

2.857ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 14/09/2016

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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 do presente estudo, para fins de registro.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio deste Acórdão, acompanhado do relatório e voto do Relator ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, à Controladoria Geral do Município, à São Paulo Transportes S.A., bem como às demais entidades da Administração Pública Indireta, a fim de que tenham ciência das conclusões aqui exaradas.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de março de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o presente de Estudo da matéria relativa à cessão, para outros Órgãos Públicos, de funcionários admitidos em cargos de confiança pela antiga Companhia Municipal de Transportes Coletivos - CMTC, bem como a questão da aplicabilidade do Decreto Municipal n° 33.383/93.

O presente TC foi instaurado por determinação contida no R. Acórdão do TC nº 72-002.305.95-54, que analisou as contas da CMTC referentes ao exercício de 1994, o qual apontou infringências ao inciso III do artigo 83 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e ao Decreto Municipal nº 33.383/93.

Avaliava-se, na oportunidade, a legalidade do afastamento de empregados da CMTC, doravante denominada São Paulo Transportes S.A, contratados para cargos em comissão, para prestarem serviço junto à Secretaria de Finanças, bem como da aplicabilidade das disposições contidas no referido Decreto n° 33.383/93 para as entidades que integram a Administração Municipal Indireta.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se às fls. 12/14 vº, concluindo que os empregados contratados pelas Sociedades de Economia Mista, para exercerem cargos de confiança, não poderiam ser afastados da Pessoa Jurídica que os contratou.

Com relação às Autarquias, entendeu que se aplicava o disposto no parágrafo 1° do artigo 21 da Lei Municipal n° 11.597/94, ou seja, "*À concessão de afastamento na forma deste artigo, ao profissional, quando em exercício de cargo de provimento em comissão, implicará a sua exoneração desse cargo*".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se às fls. 17/24, ressaltando que já havia se manifestado sobre o tema em outras oportunidades, destacando as conclusões alcançadas nos TCs nº 72.005.227.95-59 e 72.001.190.93-63.

Ressaltou, em síntese, que *"(...) estar afastado do serviço significa estar fora da atividade inerente ao cargo ou função daquela unidade administrativa*". Assim, a Especializada considerou que não há como admitir que ocorra o afastamento destes servidores para outro órgão ou Entidade da Administração Indireta.

Por fim, a AJCE deixou registrado que o tema analisado era objeto de processo judicial que tramitava perante a 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, nos autos da Ação Popular n° 159/93, ajuizada pela cidadã Aldaisa

Sposati em face do então sr. Prefeito Muncipal, Paulo Salim Maluf, bem como do então Secretário Municipal de Finanças, sr. Celso Roberto Pitta, além do ex-Secretário Municipal de Vias Públicas, sr. Reynaldo Emygdio de Barros e do Presidente da PRODAM, sr. José Roberto Faria Lima.

Em razão princípio da jurisdição una, a presente instrução processual passou a acompanhar o desenrolar daqueles atos judiciais, o que acabou sobrestando o andamento do presente TC à espera do deslinde da referida ação judicial.

Nesse sentido, a Assessoria Jurídica de Controle Externo juntou aos autos as cópias da tramitação do processo judicial, conforme documentação de fls.30/37; 38/48; 49/83; 84/88; 89/100; 101/113; 114/130; 131/133; 134/141; 142; 143/196.

Na sequência, foi juntada a cópia da Sentença proferida em 1ª Instância, a qual julgou parcialmente procedente a presente Ação Popular (fls. 215/257), com a condenação dos réus ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, em decorrência da cessão ilegal dos servidores ocupantes de cargos em comissão, contratados pelas Entidades da Administração Indireta, para prestar serviços nos Órgãos da Administração Direta.

Após a sentença, apelaram os réus e a Municipalidade e após o recebimento dos recursos, subiram os autos ao E. Tribunal de Justiça.

Em sede recursal, o E. Tribunal de Justiça negou provimento aos apelos, por votação unânime, mantendo na totalidade a R. Sentença de primeira instância, conforme cópia do Acórdão da Apelação Cível nº 214.584-5/8-0, fls. 318/336.

Foram juntados aos autos documentação de fls. 340/360 e, conforme noticiam os andamentos, os Agravos ao Despacho Denegatório de Recurso Especial, interpostos por Paulo S. Maluf, Reynaldo E. de Barros e Celso R. Pitta, junto ao STJ, não foram conhecidos pela Ministra Denise Arruda, sendo que, respectivamente, o Agravo de n° 694278 transitou em julgado em 15/03/2006, o de n° 694053 em 08/11/2005 e o 693783 ainda pendia de julgamento em virtude de oposição de Embargos de Declaração (Relatório de fls. 363/364).

Destacou que também foram interpostos, junto ao STF, Agravos de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário.

Por fim, às fls. 365/392; 397/427 e 432/454, foram juntados aos autos documentos apontando que:

- a rejeição, por unanimidade, pelo STJ, dos Embargos de Declaração ao Agravo Regimental referente ao Despacho Denegatório de Recurso Especial;

- a decisão definitiva da Ação Popular n° 053.93.402513-3, corrente perante a 1° Vara da Fazenda Pública, que manteve, em sua integralidade, a R. Sentença juntada às fls. 215/257 destes autos.

Posteriormente a estas informações, os autos foram encaminhados à PFM, a qual manifestou-se às fls. 457/460, requerendo o conhecimento e registro do presente feito e seu posterior arquivamento.

Em seguida, a Secretaria Geral exarou parecer conclusivo pelo conhecimento e arquivamento do presente, nos seguintes termos: *"À vista da Decisão Judicial de fls. 215 a 257, não me parece ter restado qualquer espaço para a discussão do objeto tratado nestes autos, e ainda, diante das informações trazidas pela douta Assessoria Jurídica, corroboradas pela documentação que instrui os presentes autos, onde restou demonstrado que a Ação Popular n° 053.93.402513-3 foi definitivamente julgada, manifesto-me pelo conhecimento e registro do presente, bem como pelo seu posterior arquivamento*".

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Estudo sobre a possível legalidade de empréstimo, para outros Órgãos Públicos da Administração Pública Direta do Município, de funcionários admitidos em cargos de confiança pela antiga Companhia Municipal de Transportes Coletivos - CMTC, bem como a questão da aplicabilidade do Decreto Municipal n° 33.383/93.

Conforme já ficou exposto no Relatório do presente voto, este TC foi instaurado por determinação contida no R. Acórdão do TC nº 2.305.95.54, que julgou o balanço patrimonial da CMTC referente ao exercício de 1994, decisão esta que apontou infringências ao inciso III do artigo 83 da Lei Orgânica do Município de São Paulo e ao Decreto Municipal nº 33.383/93.

Antes de enfrentrar o mérito da questão que ora se julga, destaco que a contratação de empregados para ocuparem cargos de confiança nas Entidades da Administração Pública Indireta, com salários maiores que os pagos pelo Poder Executivo, e em seguida ceder tais empregados para prestar serviços em Órgãos da Administração Direta, era prática corriqueira das gestões que ora se analisa.

Tal prática viola diretamente o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, bem como nos incisos III e VII do artigo 83 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que dispõe:

> *"Art. 83 - Para a organização da administração pública direta e indireta é obrigatório, além do previsto nos arts. 37 e 39 da Constituição da República, o cumprimento das seguintes normas:*
> *.....*
> *III - são considerados cargos de confiança na administração indireta exclusivamente aqueles que comportem encargos referentes à gestão do órgão;*
> *.....*

> *VII - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração."*

Da análise conjugada dos dois incisos acima, tem-se a conclusão de que os cargos de confiança da Administração Indireta são aqueles destinados, **exclusivamente**, aos encargos referentes à gestão da Entidade contratatante, em níveis de Direção, Gerência e Assessoramento Superiores.

No caso em tela, a prática de se contratar pessoas para tais cargos e, ato contínuo, cedê-las, sem prejuízos dos vencimentos pagos pela Sociedade de Economia Mista, para prestrar serviços na Administração Direta, viola os dispositivos da Constituição Federal e da Lei Orgânica do Município.

Não se aplica, nesses casos, o disposto do artigo 45 da lei Municipal nº 8.989/79 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de São Paulo, que trata da possibilidade do afastamento de servidores públicos, **titulares de cargos de provimento efetivo, com mais de três anos de efetivo exercício, e os admitidos estáveis, nos termos do artigo 19 do ADTC da CF/88**, para prestar serviços em outros Órgãos da Administração Pública Direta ou em Entidades da Administração Pública Indireta, ou, ainda, para outros Poderes ou mesmo Entes Federativos, a saber:

> *"Art. 45 - Nenhum funcionário poderá ter exercício em unidade diferente daquela em que for lotado, **salvo nos casos previstos neste Estatuto ou mediante prévia autorização do Prefeito**.*
>
> *§ 1º - O funcionário poderá ser, a critério e por autorização do Prefeito, afastado junto à Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal.*
>
> *§ 2º - O afastamento de que trata o parágrafo anterior será permitido, com ou sem prejuízo de vencimentos, por prazo certo."*

Ressalte-se que o mencionado artigo 45 da lei 8.989/79 refere-se a servidores que já possuem vínculo estatutário com a Administração e, quando afastados, não perdem tal vínculo, devendo retornar ao cargo de origem por ocasião do término do afastamento.

No entanto, no presente caso em julgamento, trata-se de empregados contratados, sem concurso público, para ocupar cargos de livre provimento nas Entidades da Administração Pública Indireta, no caso na antiga CMTC, mas que eram cedidos para o Poder Executivo, conservando o vínculo contratual e os salários da Entidade de origem.

Este artifício viola dipositivo da Lei Municipal nº 11.511/94, em seu artigo 21, parágrafo 1º, alterado pela Lei Municipal nº 11.597/94, nos seguintes termos:

> *"Art. 21: Os afastamentos previstos no § 1º do artigo 45 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, concedidos ao Profissional da Administração, titular de cargo de provimento efetivo, sem prejuízo de vencimentos, deverão observar o limite máximo fixado na legislação específica.*
>
> *§ 1º: A concessão de afastamento na forma deste artigo, ao Profissional,* ***quando no exercício de cargo de provimento em comissão, implicará a sua exoneração*** *desse cargo.* (grifei)

Pela dicção do parágrafo 1º do artigo 21 da Lei 11.511/94, o titular de cargo de livre provimento, o chamado "*cargo de confiança*", quando ***afastado*** para outro cargo de **provimento em comissão**, será considerado **exonerado** no cargo anterior.

Da análise dos autos, constata-se que a CMTC admitia profissionais para cargos de confiança na empresa, mas estes eram afastados para outros Órgãos - Assembleia Legislativa, Detran, Prefeitura de Campinas – e, até mesmo, para entidades privadas, como para o Sindicato dos Escritórios e para o CMTC Club. Ressalte-se que em tais afastamentos os contratados continuavam a receber da CMTC, ou seja, custeados pelo erário.

A mesma situação se verificou na COHAB-SP, TC nº 72-002.711.93.73, que tratou da auditoria sobre contratação de pessoal naquela companhia, conforme citação de fls. 12vº e 13, que reproduz parecer pela ilegalidade de referidas contratações, nos seguintes termos:

> *"No caso dos autos, os servidores contratados pela Anhembi, sob regime celestista, para cargos (ou funções) de confiança de Assessor Técnico, Assistente Técnico e Auxiliar Técnico, por realizarem atividades de confiança dos superiores hierárquicos, a nosso ver, não podem ser afastados do órgão que os contratou.*
>
> *É que a relação jurídica que se estabelece entre o contratado que vai exercer cargo ou função de confiança é "intuitu personae", ou seja, entre o agente que vai prover o cargo ou ocupar a função e aquele que o nomeou ou contratou.*
>
> *Assim, não vemos como justificar, diante dos princípios constitucionais a cuja observância as entidades municipais se obrigam, por força do art. 83 da Lei Maior da Cidade, o afastamento desses servidores especialmente contratados para o desempenho de atividades de confiança dos superiores hierárquicos, para prestar serviços e exercer atividades junto a outros órgãos*

muncipais, com os quais não mantêm vínculo profissional." **(TC 72-002.711.93.73)**

Por outro lado, conforme apontado no relatório que instrui o presente voto, a ilegalidade de tais contratações, seja na CMTC, bem como na COHAB-SP, Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo e PRODAM, foi objeto, dentre outras medidas judiciais, da Ação Popular nº 159/93, da 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, ajuizada pela cidadã Aldaisa Sposati em face do então sr. Prefeito Muncipal, Paulo Salim Maluf, bem como do então Secretário Municipal de Finanças, sr. Celso Roberto Pitta, além do ex-Secretário Municipal de Vias Públicas, sr. Reynaldo Emygdio de Barros e do Presidente da PRODAM, sr. José Roberto Faria Lima.

Embora a referida Ação Popular em comento tratasse especificamente dos empregados contratados pela PRODAM, o questionamento da **legalidade** do ato de cessão de empregados contratados para cargos de confiança é o mesmo para o caso em tela, bem como para as demais Entidades da Administração Pública Indireta do Município.

Por esta razão, os Órgãos Técnicos desta Corte sugeriram o sobrestamento do presente feito, até o julgamento definitivo do mérito da referida Ação Popular.

Nesse sentido, constato que a Ação Popular foi julgada parcialmente procedente, para os fins de **decretar a nulidade das contratações de pessoal** efetivadas pela PRODAM, mencionadas na incial e em número de sessenta e oito (68), e a **cessão dos servidores contratados à Prefeitura Municipalde São Paulo**, nos termos da R. Sentença de 1ª Instância, fls. 256, sentença esta que foi confirmada, em sua totalidade, pelos Tribunais Superiores.

Destaco, ainda, que os requeridos da Ação foram condenados, na condição de responsáveis por tais contratações, ao ressarcimento aos cofres públicos dos prejuizos causados, excluindo-se da obrigação de ressarcimento os demais corréus beneficiários diretos dos atos impugnados, ou seja, os empregados contratados e cedidos a outros Órgãos, em respeito à chamada "**teoria do funcionário de fato**", conforme R. Sentença, fls. 257 do presente TC.

Assim, é de rigor concluir que a contratação de empregados através de Entidades da Administração Pública Indireta, para cargos de confiança e seu posterior afastamento para prestar serviços em outros Órgãos da Administração, mantendo-se o vínculo original, viola os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, em especial o da legalidade, presente no caput do artigo 37, bem como o da obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos e empregos da Administração, nos termos do inciso II do mesmo art. 37, caput, sendo que sua prática implica em ato de improbidade administrativa do responsável, nos termos da Lei Federal 8.429/92.

Diante de todo o exposto e devido ao caráter instrumental do presente feito, **CONHEÇO** do presente Estudo para fins de registro. **DETERMINO** o envio do presente relatório e voto ao Senhor Prefeito Municipal, à Controladoria Geral do Município, à SPTrans – São Paulo Transportes S/A, bem como às demais

Entidades da Administração Pública Indireta, a fim de que tenham ciência das conclusões aqui exaradas.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.