JURISPRUDÊNCIA

TC 72.002.827.92-77

Convênio - FUNAPS - prestação de assistência jurídica à população carente - desvio de finalidade - entidades não inscritas na OAB - ilegalidade - convênio não acolhido - responsabilidade dos signatários - Lei Federal 8906/79, art. 7º, II - LOM, art. 222 - Lei 11300/92 - v.tb.TCs: 2.823.92-16; 2.824.92-89; 2.825.92-41; 2.826.92-04; 2.828.92-30; 2.829.92-00; 2.830.92-81; 2.831.92-44; 2.832.92-07; 2.833.92-70; 2.834.92-32; 2.835.92-03; 2.836.92-68; 2.837.92-20; 2.838.92-93; 2.839.92-56; 2.840.92-35.

Egrégio Plenário

Trata-se de exame de 18 (dezoito) convênios celebrados entre o Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal - FUNAPS e entidades de defesa de moradia, de direitos humanos e outras análogas, tendo por objeto a prestação de assistência jurídica à população carente.

Convertido o julgamento em diligência, para a citação dos signatários dos ajustes, retornam os autos a este Egrégio Plenário, após a apresentação de defesa às fls. 83/94.

Alegam os responsáveis, Senhor Nabil Georges Bonduki e Senhora Ermínia Terezinha Maricatto, em sua contestação, que os convênios em tela estavam rigorosamente de acordo com as finalidades para as quais o FUNAPS foi criado, já que visaram à melhoria das condições de habitabilidade de moradores de baixa renda de favelas, cortiços e loteamentos irregulares. Tampouco caracterizaram exercício ilegal da profissão, questão extremamente polêmica no âmbito da própria OAB, tendo os signatários agido com boa-fé, lastreados inclusive no acolhimento pelo TCM dos mesmos convênios nos exercícios de 1989 e 1990, e na aprovação pela CMSP de dotação específica para o Programa de Assistência Jurídica.

A AT, às fls. 134/138, entendeu ter se caracterizado, na espécie, abuso do poder, ensejando a nulidade dos ajustes, que não podem ser convalidados, também em face da infração ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e de seu Código de Ética Profissional. A PFM, às fls. 139, opinou que, apesar das irregularidades, os convênios merecem ser convalidados. A SDG, em sua nova manifestação às fls. 140, acompanhou a AT, entendendo forçoso reconhecer-se que os efeitos da invalidação hão de retroagir ao

nascedouro do ato, devendo os signatários e os beneficiários repor as quantias indevidamente despendidas.

É o relatório.

V O T O

"Data venia", a análise serena das razões suscitadas pela defesa não fizeram alterar o meu convencimento, já explicitado no voto em separado às fls. 57/63.

Prevê o art. 71 da Lei 4.320, de 17 de março de 1964:

> ***"Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação."***

Assim, nos termos das normas que regem a contabilidade pública, o fundo especial se vincula à realização dos objetivos ou serviços determinados por lei. Tem como justificação de sua existência e como um de seus pressupostos expressos ***"a sua aplicação exclusiva nos objetivos declarados no ato de sua criação"*** (Caio Tácito, Fundos Especiais - Natureza Jurídica - Registro no Tribunal de Contas, Revista de Direito Administrativo, vol. 85, pp. 335/341).

Ora, no caso presente, verificou-se que os convênios em questão albergaram objeto claramente desviado das finalidades da Lei nº 8.906, de 27 de abril de 1979, que criou o FUNAPS.

A prestação de assistência jurídica ampla à população carente não poderia ser feita com recursos do fundo especial. De acordo com o art. 3º da lei supramencionada, os recursos somente deveriam ser utilizados diretamente com os beneficiários, para a aquisição de lotes, para a construção de moradia própria, para a compra de edificação ou de material de construção, para moradia própria ou para melhoria das condições de habitabilidade em geral.

Não poderiam, ainda que com dotação aprovada pela CMSP, ser despendidos com entidades intermediárias (associações de direitos humanos, de defesa da moradia ou análogas) sequer inscritas na OAB. Observe-se que, embora sob o ***"nomen juris"*** de convênios, em verdade tais ajustes consistiram em verdadeiros contratos de prestação de serviços de advocacia, sem abrigo no art. 7º, II da Lei 8.906/79.

Eventual aprovação do TCM de convênios anteriores, sob o aspecto formal, não tem o condão de tornar legítimos os que agora estão em exame, mormente depois que se detectaram irregularidades graves na sua substância, desconhecidas à época pelo TCM mas não pelos signatários.

Equivocada a alegação de que a contratação de entidades da moradia e de defesa de direitos humanos, para a prestação de serviços de assessoria jurídica, seria tema polêmico na própria OAB. Evidente que a OAB, adstrita ao seu Estatuto, jamais aprovaria a prestação de serviços advocatícios por entidades com objetivos que nada dizem respeito ao exercício da profissão, além de dirigidas por elementos alheios à classe. Ao contrário do alegado, a Seccional Paulista manteve sua segura orientação, longe de qualquer perplexidade, proferindo votação unânime no Parecer nº E-877, no sentido de que convênios com esse objeto e as atuações profissionais deles decorrentes, caracterizaram exercício ilegal da profissão, a serem punidas na forma da Lei Penal (art. 47 da L.C.P.).

Nítido, portanto, o desvirtuamento das finalidades do Fundo, e não se pode falar em boa-fé dos responsáveis, que agiram sem as elementares cautelas jurídicas e incorrendo em contravenção penal.

Em face do exposto, mantenho as razões expendidas no voto em separado que proferi às fls. 57/63, no sentido de não acolhimento dos convênios em questão e, seguindo os pareceres de AT e SDG, condeno os responsáveis a repor ao Fundo Municipal de Habitação (sucessor do FUNAPS, nos termos do art. 20 da Lei 11.632/89) as verbas despendidas em decorrência desses convênios ilegais.

Determino, outrossim, o encaminhamento de cópia deste relatório e voto, do voto em separado às fls. 57/63 e do presente julgado ao Ministério Público, para as medidas pertinentes.

É o meu voto.

São Paulo, 07 de agosto de 1996

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

TC nº 2.823/92

Assunto: Prestação de Assistência jurídica à população carente, no âmbito da Unidade Regional Mooca/Vila Prudente.

Da matéria Processual

Em Sessão Plenária de 06 de dezembro de 1995 o Conselheiro Walter Abrahão relatou a matéria constante destes autos (e de vários acompanhantes), que tratam de Convênios firmados entre a Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbano e diversas entidades particulares, objetivando a prestação de assistência jurídica à população carente.

Na mesma Sessão Sua Excelência votou pela ilegalidade dos Convênios, mas sem responsabilização pessoal dos seus signatários, cabendo ainda o pagamento dos serviços efetivamente prestados, correndo as despesas por conta do atual Fundo Municipal de Habitação. No mesmo voto consignou a remessa de ofícios ao Executivo, à E. Câmara Municipal, ao Ministério Público e aos interessados.

O Revisor da matéria, Conselheiro Antonio Carlos Caruso, com voto em separado, sustentou a ilegalidade dos Convênios e a sua nulidade, demonstrando a impossibilidade jurídica de produzirem efeitos. Em decorrência, propôs a conversão do julgamento em diligência para citação dos 18 signatários dos Convênios, para eventual sustentação dos seus procedimentos.

Tal proposta foi acolhida, por maioria (votos dos Conselheiros Paulo Planet Buarque e Eurípedes Sales).

Consequentemente, os autos retornaram à fase instrutória, restando em suspenso os votos já emitidos, que deveriam, ao final, ser reafirmados ou alterados.

Completada a diligência, os autos retornaram ao Plenário pelas mãos do Conselheiro Antonio Carlos Caruso que reafirmou as razões de seu voto em separado, não acolhendo os Convênios e condenando os responsáveis a repor ao Fundo Municipal de Habitação, sucessor do FUNAPS, as verbas ilegalmente despendidas. Determinou ainda, após o trânsito em julgado, o encaminhamento de seu Relatório e Voto, bem como do voto anterior em separado (fls. 57/63) e da decisão do Colegiado, ao Ministério Público.

Isto na Sessão Plenária de 07 de agosto de 1996.

Nessa mesma Sessão, o Conselheiro Francisco Martin Gimenez, que passou a ser o Revisor na medida em que os autos haviam sido redistribuídos ao Conselheiro Antonio Carlos Caruso, votou no sentido de conhecer as defesas apresentadas e considerar ilegais os Convênios, mas sem a responsabilização dos signatários para devolução dos valores e com o pagamento dos serviços efetivamente prestados, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.

Sua Excelência sustentou seu voto nos seguintes pressupostos:

a. - os serviços jurídicos foram efetivamente prestados em proveito da população carente;

b. - as autoridades que subscreveram os convênios agiram com presumida boa-fé;

c. - não se constataram precedentes que alertassem a Administração Municipal quanto à aludida ilegalidade dos atos que estavam sendo praticados.

Votou também contra o envio de cópia ao Ministério Público.

Em seguida, o Conselheiro Walter Abrahão solicitou vista dos autos.

Chegamos finalmente à Sessão do último dia 21 de agosto, na qual o Conselheiro Walter Abrahão devolveu os autos ao Plenário, reafirmando o voto que proferira no dia 06 de dezembro de 1995, ou seja, considerando ilegais os Convênios, mas sem responsabilização dos seus signatários e cabendo o pagamento dos serviços efetivamente prestados, por conta do atual Fundo Municipal de Habitação. Determinou, ainda, o envio de ofícios ao Executivo, à Câmara Municipal, às partes interessadas e ao Ministério Público.

Nessa mesma Sessão, o Conselheiro Paulo Planet Buarque acompanhou o voto do Conselheiro Relator Antonio Carlos Caruso.

Verificado o empate, passo a emitir o meu Voto, nos termos do artigo 20, inciso II do Regimento Interno.

V O T O

Os Convênios referidos são manifestamente ilegais, o que foi reconhecido, até, por unanimidade.

Essa ilegalidade, no entanto, tem maior alcance.

Além de desvirtuar as finalidades do Fundo - o que por si já é ilegalidade -, agredida também ficou a lei federal nº 8.906/79 (artigo 7º, inciso II), caracterizando, a prática analisada, exercício ilegal de advocacia.

O Parecer nº E-877 do Conselho de Ética da Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, por unanimidade, afirmou esse entendimento.

Essa atuação encontra sanção na lei penal, consoante dispõe o artigo 47 da Lei das Contravenções Penais.

Por tudo isso, também entendo, como os Conselheiros Antonio Carlos Caruso e Paulo Planet Buarque, que os atos praticados estão atingidos pela nulidade, não podendo produzir efeitos.

Consequentemente, considero ilegais os Convênios praticados e condeno os responsáveis a repor as despesas despendidas ao Fundo Municipal de Habitação.

Determino ainda a remessa de todas as peças que instruem o decisório ao Ministério Público, após o trânsito em julgado.

Plenário Paulo Planet Buarque, aos 27 de agosto de 1996.

EURÍPEDES SALES
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.002.827.92-77, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES - Presidente, após terem sido avocados na 1.687ª S.O, ocasião em que votaram os Conselheiros WALTER ABRAHÃO e PAULO PLANET BUARQUE, com votos anteriormente proferidos, na 1.684ª S.O., pelos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator e FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em considerar ilegal o convênio sob exame.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator e PAULO PLANET BUARQUE, votando o Conselheiro EURÍPEDES SALES - Presidente para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, em determinar a reposição, pelos signatários, ao Fundo Municipal de Habitação, sucessor do FUNAPS, da verba ilegalmente despendida. Vencidos os Conselheiros FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor e WALTER ABRAHÃO, que votaram pela não reposição da referida verba.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, WALTER ABRAHÃO e PAULO PLANET BUARQUE, em remeter cópias das peças que instruem o decisório ao Ministério Público, após o trânsito em julgado. Vencido o Conselheiro FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor, que votou contra a remessa de cópias àquele Órgão.

Participaram do julgamento os Conselheiros FRANCISCO MARTIN GIMENEZ - Revisor, WALTER ABRAHÃO e PAULO PLANET BUARQUE.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de agosto de 1996.

EURÍPEDES SALES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

R E L A T Ó R I O

Cuida-se de recurso interposto por Nabil Georges Bonduki e Ermínia Terezinha Menon Maricatto contra venerando acórdão que, por unanimidade, rejeitou o convênio firmado entre o Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal - FUNAPS, da Superintendência da Habitação Popular - HABI, e a entidade acima indicada, com o objetivo de prestação de assistência jurídica à população carente, tendo, também, agora por maioria de votos, determinado aos signatários do ajuste a reposição das quantias nele ilegalmente despendidas, bem como a remessa de cópia do processo ao Ministério Público após o trânsito em julgado.

Sustentam os recorrentes que, ao contrário do que ficou decidido, os serviços prestados, objeto do convênio, guardam adequação com os objetivos do Fundo, especialmente considerando o disposto no inciso IV do artigo 3º da Lei Municipal nº 8.906/95. Entendem que a melhoria das condições de habitabilidade, ali previstas, não discrepa do sentido jurídico amplo "que significa uma prestação legal ao morador da habitação subnormal", ou seja, a regularização jurídica do solo e suas conseqüências, como forma de estabilidade social e segurança dos moradores, fim precípuo do presente convênio e dos demais celebrados pelo Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal-FUNAPS.

Aduzem que a entidade conveniada contava com profissionais legalmente habilitados a exercer o assessoramento jurídico das pessoas carentes, e que ditos serviços foram efetivamente prestados, disso resultando que a restituição dos seus valores configura locupletamento sem causa do Poder Público.

Alegam, ainda, que decisões já proferidas por esta Corte, em casos assemelhados, preservaram os pagamentos já efetuados, correspondentes a serviços efetivamente prestados.

Pleiteiam, por isso, o provimento do recurso para o fim de ser reconhecida a legalidade do convênio ou, pelo menos, para que seja dado por convalidado o ajuste, ante o efetivo cumprimento do seu objeto, a inexistência de dolo ou culpa na conduta dos recorrentes, assim como dano ao erário.

A Assessoria Técnica-Jurídica é pelo conhecimento do recurso, porque tempestivo, e seu improvimento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propõe o provimento parcial do recurso tão-somente para ter-se por convalidados os atos administrativos praticados.

O Senhor Secretário-Diretor Geral, por fim, é pela manutenção integral da decisão recorrida, considerando que os "efeitos da invalidação devem retroagir ao nascedouro do ato, uma vez que do ato nulo não se produzem direitos e obrigações quer para o Poder Público, quer para aqueles que prestaram ilegalmente os serviços objetivados no convênio". Disso decorre, prossegue, "a necessidade de reposição, pelos responsáveis, das quantias indevidamente despendidas".

É o Relatório.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de dezembro de 1997.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

V O T O

O **Recurso** é **tempestivo** e cabível, uma vez que encontra amparo no artigo 45, inciso II da Lei nº 9.167/80, ante a indicação de decisões divergentes.

No tocante ao **mérito** propriamente do Apelo, entendo que este Tribunal, de forma judiciosa e clara, por **maioria de votos de seus integrantes**, bem apreciou a questão ao julgar recurso assemelhado ao ora em debate no **TC nº 5.074.91-16**, em que foi **Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO**, tendo acompanhado o Relator, o Digno Conselheiro **EURÍPEDES SALES**.

Em realidade o artigo 7º, inciso II, da Lei Municipal nº 8.906/79, no qual se apoia o convênio impugnado, subordina a celebração de ajuste à sua vinculação e adequação às finalidades do Fundo de Atendimento à População Moradora em Habitação Subnormal - FUNAPS, que se restringem, por força do disposto nos artigos 1º e 3º da citada lei, ao atendimento **habitacional** da população moradora em habitações subnormais, consistente na aquisição de terreno, compra de material, aquisição de edificação e melhoria das condições de habitabilidade em geral.

Por mais que se amplie o conceito da expressão "condições de habitabilidade", não há como admitir nela a prestação de assistência jurídica. Melhorar as condições de habitabilidade significa investir em água, luz, esgoto, ou seja, naqueles melhoramentos intimamente atrelados ao bem-estar da moradia.

Assim, convênio como o dos autos foi realizado ao arrepio da lei, caracterizando desvio de poder.

Ademais, o objeto do Convênio firmado caracterizou exercício ilegal da advocacia, declarado que foi pelo Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados, catalogando-o como CONTRAVENÇÃO PENAL, insusceptível de indenização, não havendo que se falar em enriquecimento sem causa por parte da Municipalidade de São Paulo, em boa fé ou mesmo em convalidação de seus efeitos.

Com relação à sua pretendida convalidação, bem assinalou o parecer da Assessoria Técnica Jurídica, subscrito pelas Doutoras Maria Regina Marino Conti e Marlene Ferreira Conti:

> "Em se tratando de ato nulo, não pode, obviamente, ser convalidado. Sua declaração produz efeitos "ex tunc", devendo a realidade jurídica ser restituída à situação que se encontrava desde seu nascedouro.
>
> Se nulo o convênio examinando, cabe às partes retornar ao momento anterior à sua celebração, ressarcindo-se a Administração dos gastos indevidamente realizados à custa do erário público.
>
> Não cabe falar-se, como pretendem as recorrentes, em enriquecimento sem causa por parte da Administração, porquanto os serviços prestados não reverteram a ela, mas a terceiros, já que inexiste a legitimidade para execução, por parte da Administração Municipal, de tais serviços.
>
> Tendo sido celebrado indevidamente o convênio examinando, com o pagamento dos serviços prestados mediante dinheiro, oriundo do erário público, é óbvia a ocorrência de lesão ao patrimônio, devendo, portanto, ser ressarcida a Administração Pública."

Quanto aos precedentes jurisprudenciais invocados nas razões de recurso, é de se reportar, como fez o Senhor Secretário-Diretor Geral, ao voto proferido pelo Nobre Conselheiro Antonio Carlos Caruso, quando afirmou:

> "Eventual aprovação pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo de convênios anteriores, sob o aspecto formal, não tem o condão de tornar legítimos os que agora estão em exame, mormente depois que se detectaram irregularidades graves na sua substância, desconhecidas à época pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, mas não pelos signatários."

Por tais razões, e diante de todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso. **MANTENHO**, na íntegra o Venerando Acórdão recorrido.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de fevereiro de 1999.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.002.827.92-77, ora em grau de recurso, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Revisor, após vista que lhe fora concedida na 1.838ª S.O.

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 recurso, por tempestivo, e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo, na íntegra, o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de fevereiro de 1999.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator