

PROCESSO TC Nº : 9504741-4

ORIGEM :PREFEITURA DE ITAQUITINGA
TIPO :RECURSO
RELATORA :ALDA MAGALHÃES (Conselheira em exercício)
INTERESSADO :SINÉSIO MONTEIRO DE MELO FILHO

I RELATORIO

Versam os autos sobre recurso ordinário **interposto pela Prefeitura** de Itaquitanga, contra a Decisão TC Nº 663/95, que **determinou ao então prefeito**, Sr. Sinésio Monteiro de Melo Filho, **restituição e multa ao erário do próprio município**. A decisão atacada julgou ilegal a alienação das ações da CELPE realizada pelo ex-prefeito.

Preliminarmente, o auditor Luís Arcoverde Cavalcanti Filho opina pelo conhecimento do recurso, em face da tempestividade, e pela rejeição da preliminar de incompetência deste Tribunal, em razão da matéria, erigida pelo recorrente. Já a procuradora Rizelda Valença de Amorim levanta, de ofício, a **ilegitimidade *ad causam* da Prefeitura Municipal (Fazenda Pública Municipal)**, entendendo ser o município pessoa jurídica distinta da pessoa física do prefeito. Opina, pois, pelo **não conhecimento** do recurso.

No mérito, o Relatório da Auditoria e o Parecer da Procuradoria são uníssonos quanto à negligência do ex-prefeito, especificamente no acatamento de laudo avaliatório inidôneo, bem como pela existência de indícios de conluio.

É o relatório.

Passo a apreciar a preliminar suscitada pela Procuradoria.

II. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM

Para conhecimento do recurso, além da tempestividade, hão de estar presentes a legitimidade e o interesse. Ora, a Prefeitura é **órgão** do poder executivo de um ente federativo (do município). O prefeito, conquanto seja seu representante legal, com ela não se confunde. Não poderia ser diferente: muitas vezes os interesses de um colidem com os do outro. É o caso, por exemplo, quando há locupleta-

mento ou dano ao erário, por culpa ou dolo de seu representante, sendo manifesto o conflito entre o interesse público (do município) e o particular (do prefeito). Princípios de lógica já nos levariam a acatar esta preliminar. Prossigo, contudo, para que não prospere o absurdo que ora se tenta incutir.

De logo, registro que a Prefeitura sequer tem personalidade jurídica ou capacidade processual. O município é a pessoa jurídica de direito público e, como tal, sujeito de direitos e deveres. Mas esta Corte, várias vezes, mitigando o rigor do formalismo, valeu-se do princípio da fungibilidade, em nome da aproveitabilidade dos atos processuais. Contudo, o problema não é este.

Quer a Prefeitura, como a inicial o diz, quer o município, carecem de qualquer interesse jurídico. Com efeito, que interesse jurídico, moral, ou mesmo econômico, tem a Prefeitura, ou melhor, o município, se a decisão lhe foi de todo favorável, determinando inclusive restituição aos seus cofres? Que interesse pode haver, se não foi sucumbente?

É forçoso reconhecer, então, a argúcia dos patronos da causa em tentar nos confundir, numa construção inédita para qualquer Tribunal, ou mesmo para o mais rude operador jurídico. Aceitar que o beneficiário da decisão pode recorrer, contra si próprio, arcando com as despesas respectivas, seria acatar uma estranha simbiose entre o dinheiro público e o particular. A tese é de todo indefensável, às raias do surrealismo.

Pensar que os doutos advogados de fato acreditam no que ora defendem seria subestimá-los. Mais fácil imaginar: eles nos subestimam! Tentam confundir conceitos elementares de todo e qualquer processo, administrativo ou judicial.

• DO MODUS OPERANDI DOS ADVOGADOS

Releva destacar: a confusão entre sucumbente e beneficiário não ocorre, por exemplo, no processo de Tomada de Contas da COMPESA, exer-

cício 1993, quando o **mesmo Escritório postula em defesa da pessoa física do ordenador de despesas**, como faz prova cópia da primeira página da inicial e da procuração respectiva, as quais entendi por bem igualmente trazer à colação (fls. 132 e 133).

Nestes dois casos, o Escritório atua incoerente. E por quê? **Primeiro**, porque na esfera estadual não existe a AMUPE, nem qualquer outra associação através da qual se tente confundir a pessoa do sucumbente com a do beneficiário. **Segundo**, porque na esfera municipal não há uma procuradoria independente que faça valer os verdadeiros interesses do município.

O possível argumento de que a defesa em nome da pessoa física do ordenador de despesas – no caso COMPESA – funda-se no fato de o responsável já não ser mais presidente da companhia à época não resiste a uma análise cuidadosa. **Admitir tal motivo seria conceber que o sucumbente oscila com o tempo: se o processo corre durante a gestão, o sucumbente é a entidade; se depois, o sucumbente é o gestor.** Se o direito não admite interpretação que leve ao absurdo, resta afastado tal raciocínio. Assim, não há outra explicação para a incoerência do Escritório, senão os motivos acima explicitados.

• DAS CONSEQÜÊNCIAS DO ACATAMENTO DA PRELIMINAR

A preliminar de ilegitimidade *ad causam*, se acatada, traz outra implicação. Se o município, beneficiário da decisão, é quem está recorrendo, quem arca com os honorários advocatícios? Para responder a esta indagação, expedii ofício ao ex-prefeito, o qual me respondeu, às fls. 93, que a **contratação do Escritório CNG foi feita pela AMUPE.** Oficiei, então, a esta entidade, solicitando informar se, **além da contribuição mensal, algum outro encargo fora cobrado** (fls. 94). Não obtive resposta. Expedii novo ofício, desta vez endereçado ao atual prefeito, Sr. José Vidal de Moraes (fls. 96). Sem resposta.

Persistindo a dúvida, determinei auditoria *in loco*, para saber se algum empenho tinha por credor o citado Escritório (fls. 98). Feita a diligência, os auditores juntaram o contrato entre o Escritório CNG e a AMUPE (fls. 99/107) e os descontos mensais do município em favor desta associação (fls. 108/119).

Conquanto nenhum empenho diretamente ao Escritório CNG tenha sido encontrado, o quadro das contribuições mensais do município à AMUPE (fls. 120) apresenta uma **oscilação significativa e inexplicável no mês seguinte ao da interposição deste recurso.** Passa de R\$ 100,00 em julho para R\$ 700,00 em agosto; sete vezes mais!!!

Ora, se, conforme o Estatuto da AMUPE, art. 36 (fls. 130), **o valor da contribuição mensal do município é proposto pela Diretoria Executiva e aprovado pelo Conselho Deliberativo e pela Assembleia Geral**, constata-se, então, que estes órgãos aumentaram em sete vezes o valor da contribuição de julho/95 para agosto/95. Depois, reduziram-na para R\$ 400,00, ainda assim, quatro vezes maior que a de julho/95, mantendo-a até novembro/95, quando, novamente, elevaram-na para R\$ 700,00. Importa lembrar: já em vigor o plano real, com a inflação em patamares ínfimos, mormente se comparados a tais aumentos.

Sabe-se ainda que, pelo contrato celebrado, a AMUPE **pagará ao Escritório, por município anuente que usar os serviços advocatícios**, os valores listados na "cláusula quinta", **conforme a participação do município no FPM** (fls. 104/105). Assim, o ônus dos honorários deveria ser da AMUPE.

Ora, exatamente quando o município usa tais serviços, tem sua contribuição elevada, e, posteriormente, reduzida. **As oscilações passam a se explicar:** na verdade, quem arca com os honorários, direta e indiretamente, é o município, via contribuição mensal à AMUPE,

Ad argumentandum, ainda que as oscilações não se tenham prestado a cobrir os serviços advocatícios, o fato de a AMUPE, além da contribuição mensal, cobrar algum valor a mais pela utilização do citado Escritório revela-se despicando para caracterizar o patrocínio público de causa particular. Suficiente saber: a AMUPE é custeada por recursos públicos, especificamente pelo erário dos municípios, via contribuições.

Se assim é, quem pagou e paga, em casos similares, os honorários advocatícios é o município. **Absurdo consumado: o próprio município, repito, beneficiário da decisão, recorre e arca com os honorários advocatícios da parte adversa, isto é, de quem o lesou!**

• DO ESTATUTO DA AMUPE

Por todos estes motivos, carreei aos autos o Estatuto da AMUPE (fls. 122 a 131), transcrevendo os dispositivos violados:

Art. 3º – A AMUPE tem como finalidade a união de esforços em benefício dos municípios filiados, vedada sua atuação, em caráter discriminatório, para beneficiar interesse individual de qualquer associado.”

“Art. 4º – A AMUPE tem os seguintes objetivos:

...
V – Facultar, através de Escritório associado, assistência jurídica aos municípios associados.”

Clara a violação a estes dispositivos: 1º) inversão da finalidade da associação: não agiu em benefício do município, mas em seu desfavor; e 2º) desvirtuamento de um de seus objetivos: facultou assistência jurídica ao então prefeito contra o município.

“Art. 5º - A AMUPE terá as seguintes categorias de sócios:

I – Fundadores II – Efetivos III – Honorários

...
§ 2º – São sócios efetivos todos os Municípios do Estado de Pernambuco cujos prefeitos requererem a sua filiação e pagarem a contribuição prevista no Estado.”

“Art. 6º – São direitos dos sócios efetivos:

...
c) Rquerer ajuda técnico-jurídica para seus respectivos municípios;”

Outra violação: tentam confundir quem é o verdadeiro sócio efetivo e, como tal, detentor de direitos frente à associação.

“Art. 36 – O valor da contribuição

mensal do sócio efetivo será proposto pela Diretoria Executiva e aprovada pelo Conselho Deliberativo e pela Assembléia Geral.”

“Art. 38 – Os valores das mensalidades somente poderão ser aumentados até o mês de junho, a fim de facultar sua inclusão nos orçamentos Municipais para o exercício seguinte, quando deverão vigorar.”

“Art. 39 – A AMUPE prestará serviços exclusivamente aos sócios em dia com a tesouraria.”

Mais outra violação: usam a contribuição mensal, incluída no orçamento público, para prestar serviços não ao sócio (o município), mas, sim, ao prefeito, e – o que é mais grave – **contra** o município.

Em suma, **o estatuto foi de todo infringido**. Longe de defender o município, os signatários deste recurso, sócios do Escritório contratado, atuaram contra o mesmo.

• DO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB

Os advogados signatários **litigaram contra o próprio cliente – o município – porquanto compõem o Escritório contratado pela AMUPE na vigência do mandato a eles outorgado**. Dizem os arts. 17 e 18 do Código de Ética e Disciplina da OAB:

“Art. 17 – Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Art. 18 – Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.”

• DO ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Código Penal, art. 355, dispõe sobre "Patrocínio Infiel". A Lei Nº 8.429/92, sobre atos de improbidade administrativa contra entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra, como é o caso da AMUPE. O art. 9º, IV, desta lei, especifica que usar, em causa particular, o trabalho de terceiros contratados por tais entidades implica "Enriquecimento Ilícito". Não nos compete, aqui, afirmar ou infirmar tal ou qual ocorrência. Compete-nos, todavia, por força do art. 40 do Código de Processo Penal, à luz de tudo quanto dos autos consta, encaminhar ao Ministério Público as peças pertinentes, para as providências que entender cabíveis.

• DO CONTRATO ENTRE A AMUPE E O ESCRITÓRIO CNG

A cláusula primeira do citado contrato prescreve:

"1.1 – O presente contrato é estabelecido pela CONTRATANTE, como entidade de classe que representa as prefeituras municipais do Estado de Pernambuco, com estipulação em favor dessas mesmas afiliadas, nos termos dos arts. 1.098 a 1.100 do Código Civil Brasileiro.

1.2 – Nos termos do subitem anterior, a CONTRATADA se obriga, perante as prefeituras municipais afiliadas da CONTRATANTE que anuírem ao presente contrato, a prestar os seguintes serviços jurídicos especializados:

1.2.4 – de defesa e acompanhamento de processos administrativos, contra o município ou seu representante legal, em tramitação no Tribunal de Contas do Estado"

Ora, os advogados signatários, sócios do Escritório, não estão atuando em favor do municí-

pio. Nem o prefeito está atuando na qualidade de seu representante. Pelo contrário: aqueles estão defendendo a pessoa física do prefeito, contra o município, uma vez que a decisão atacada, com eficácia de título executivo extrajudicial, por força constitucional, determinou à pessoa do Sr. Sinésio Monteiro de Melo Filho restituição e multa ao erário municipal.

E não se argumente que o prefeito agiu enquanto representante do município. A representação exige que os atos sejam praticados na conformidade da lei. Se atua em afronta a esta, o prefeito exorbita os poderes que lhe foram outorgados. Se assim o faz, age por sua conta e risco, devendo responder **pessoalmente**. É a teoria *ultra viris*: agiu além de suas forças.

Deveras, ao aceitar laudo avaliatório inidôneo (das ações), ou seja, sem o devido embasamento, o prefeito agiu, no mínimo, com negligência, que é uma das modalidades de "culpa". Não pode, assim, alegar estar representando legitimamente o município, tampouco ter poderes para agir desta forma. Quem outorgaria poderes a outrem para agir ilegal e negligentemente?

Neste recurso, constata-se exatamente o contrário: **o município é quem está representando o prefeito**, o que é inadmissível.

Arrematando, **o contrato foi completamente infringido**: a pessoa física do prefeito, **valendo-se do mero título de representante da prefeitura** através da AMUPE, é defendida pelos advogados do Escritório CNG, que, violando o avençado com a associação representante dos municípios pernambucanos, passam a atuar contra o próprio município, seu cliente, que é exatamente quem o custeia.

Destarte, conhecermos este recurso é permitir que o erário municipal seja lesado uma segunda vez. Sim, a **primeira** já configurada na decisão ora atacada. A **segunda**, ao se admitir que os cofres do município arquem com os honorários advocatícios da parte adversa, do ex-prefeito, verdadeiro sucumbente do *decisum*.

• DA IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO ARCAR COM O ÔNUS

Outro possível argumento merece, de logo, ser refutado. Alguns podem defender que o municí-

pio deve arcar com tais honorários, pois, em se provando que o prefeito agiu nos ditames da lei e como legítimo representante dos interesses do município, e se reformando, conseqüentemente, a decisão, seria justo que este arcasse com as despesas de sua defesa?

O argumento é falacioso e não pode prosperar. O processo administrativo que culminou com a decisão ora atacada obedeceu aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como ao devido processo legal. A decisão, portanto, embora ainda pendente de recurso, gera a presunção *juris tantum* de seu acerto. Em outras palavras: apenas advindo prova em contrário, resta provado que o prefeito, por negligência e afronta à lei, ocasionou dano ao erário.

Ad argumentandum, ainda conseguindo deconstituir a decisão prolatada, nada obsta que o prefeito entre com ação regressiva contra o município, reavendo os valores despendidos com sua defesa, pois, neste caso, estará provado que, representando legitimamente os interesses do município, suportou ônus por esta representação, sem a devida reparação. É princípio geral da Responsabilidade Civil que a todo dano deve corresponder o devido ressarcimento. Desta forma, até que prove sua não responsabilidade no dano ao erário, cumpre à pessoa física do prefeito defender-se às suas expensas.

• DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Também não se alegue que há decisões do TJ-PE a favor de o município arcar com os honorários advocatícios de responsabilidade do prefeito. O exemplo, muito citado, do feito relativo à representação do MP para intervenção no município de Floresta é completamente diferente.

O pedido de intervenção baseava-se na necessidade de **segurança pública**, em virtude da onda de violência que assolava o município, e **não em qualquer irregularidade na gestão do prefeito**. Tanto assim que a defesa do prefeito limitou-se a alegar ser a “segurança pública”, conforme as Cartas Federal e Estadual, de responsabilidade do Estado e da União, e não do município.

Na época, o Sr. Afonso Ferraz, então prefeito, consultou-nos sobre a legalidade de o município contratar advogado **para defesa da autonomia**

municipal, ameaçada pelo pedido de intervenção. Sendo caso concreto, o TCE arquivou a consulta. O Tribunal de Justiça, por sua vez, arquivou o processo, por perda de objeto, ante o término do mandato do chefe do executivo municipal. Assim, casos como este não revelam que o TJ-PE defende a possibilidade de o município arcar com os honorários advocatícios em defesa da pessoa do prefeito, contra o próprio município, **ainda mais quando lhe é imputado ressarcimento por má gestão**.

Também diferente foi o caso de contratação de advogado pela mesma Prefeitura, processo que eu mesma relatei, quando teve seu FPM retido, em face de uma ação popular, sob alegação de que o prefeito havia tido parecer pela rejeição de suas contas emitido pelo TCE. Ora, a retenção, além de expressamente vedada pelo art. 160 da CF/88, implica a impossibilidade de gerir o município, daí o prefeito, em nome deste, ter legitimidade para aquela contratação. Ademais, o prefeito, ao se insurgir contra o bloqueio, defendeu a autonomia do município, pois seria uma forma disfarçada de intervenção, que tem hipóteses exaustivamente elencadas nas Constituições Federal e Estadual.

Apenas para efeito de argumentação, ainda que aquela Casa de Justiça abraçasse tal tese, sobejando decisões neste sentido, cumpre lembrar que em nada vinculariam este Tribunal.

• PRECEDENTES NESTE TRIBUNAL

É possível que, inadvertidamente, eu própria tenha conhecido defesas ou recursos que deveriam ser apresentados ou interpostos pelo prefeito, enquanto pessoa física, e não pela prefeitura (tecnicamente, pelo município). Todavia, embora com atraso, urge revermos tal procedimento. Isto porque, certamente, tramitam nesta Casa vários processos eivados de idêntico vício. A decisão tomada neste, por coerência, há de refletir nos demais, motivo por que merece especial atenção.

• DA NÃO NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DOS ADVOGADOS

Por fim, entendo dispensável a notificação dos advogados para este julgamento, uma vez que, habilitados no processo, e tendo sido regularmente publicada a pauta no D.O.E. de 15.07.98, com os

elementos identificadores do feito, tem-se por perfeita a intimação dos procuradores, nos termos da Lei Orgânica e do Regimento Interno desta Casa. Ademais, o TCE não é Tribunal de Ética Profissional para julgar os advogados. Aqui estão sendo apenas destacadas irregularidades jurídico-processuais. Os órgãos competentes é que instaurarão processos, se entenderem cabíveis.

Feitas estas considerações, submeto a julgamento a **preliminar de ilegitimidade *ad causam* da recorrente**.

• **CONSIDERANDO QUE:**

1. a prefeitura não tem personalidade jurídica nem capacidade processual, mas, sim, o município, que é a pessoa jurídica de direito público interno, titular de direitos e deveres;
2. ainda nos valendo do princípio da fungibilidade e da aproveitabilidade dos atos processuais, o município não sucumbiu na decisão atacada, pois a mesma imputou ao ex-prefeito ressarcimento ao seu erário;
3. se não há sucumbência, não há interesse jurídico para recorrer;
4. o município deveria tentar cobrar o crédito que lhe fora determinado, e não, tentar reformar a decisão que o constituiu, sob pena de prevaricação;
5. há manifesta incompatibilidade de interesses do município e do agente político (prefeito), o que, ante o contrato entre a AMUPE e o Escritório CNG, impede que os advogados deste postulem em defesa do prefeito;
6. os advogados signatários deste recurso, sócios do Escritório CNG, contratado pela AMUPE para atuar em favor dos municípios, litigam contra seu próprio cliente;
7. a AMUPE é custeada por contribuições do município que, assim, arca com os honorários advocatícios para defesa da parte que o lesou;
8. o dinheiro público está sendo indevidamente utilizado no patrocínio de causa particular contra o próprio erário;
9. compete a este Tribunal realizar, por iniciativa própria, auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas sob sua jurisdição (CF, art. 71, IV);
10. a reforma administrativa recém-aprovada alterou o art. 70, parágrafo único, da CF/88, estendendo o dever de prestar contas também a pessoa jurídica privada que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária, como é o caso da AMUPE (princípio da simetria);
11. é poder-dever deste Tribunal representar a quem de direito sobre irregularidades ou abusos apurados (CF, art. 71, XI); e
12. há indícios nos autos de crime de ação pública incondicionada (CP, art. 355; Lei N° 8.429/92, art. 9º, IV; e CPP, art. 40);

VOTO no sentido de que o Tribunal, preliminarmente, **não conheça** deste recurso, por ausência de legitimidade *ad causam* do município recorrente; e, em seguida, **adote as seguintes providências:**

- a) **determine auditoria especial na AMUPE**, a fim de comprovar se a contribuição de cada município filiado correspondeu ao previsto no Estatuto, ou se houve repasse a maior (CF, art. 70, parágrafo único – nova redação da reforma administrativa – c/c o art. 71, IV, da mesma Lei Maior);
- b) sobre o ato praticado pelos advogados signatários deste recurso, sócios do Escritório CNG, ao defender o prefeito contra o próprio município que o contratou, **oficie à Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Pernambuco**, encaminhando-lhe as peças ao final listadas; e
- c) ainda sobre a contratação e o patrocínio dos signatários, **represente à Procuradoria-Geral de Justiça**, encaminhando-lhe cópia dos autos.

Por fim, sendo este um Tribunal Administrativo, **sou pela revisão, *ex officio*, da decisão atacada, apenas retirando a imputação do débito** (Súm. STF N° 346 e N° 473). Isto porque, na sessão administrativa de 23.09.96, decidiu-se que, nos processos de alienação das ações da CELPE, as decisões com imputação de débito deveriam ser reformadas, mas, havendo indícios de conluio, os autos seriam encaminhados ao MP, para apuração da responsabilidade civil e penal.

É o voto.

Peças para traslado:

1. Este voto na íntegra, bem como a decisão plenária.
2. Decisão TC N° 663/95 (fl. 112 do processo original).
3. Petição inicial dos patronos, recorrendo da Decisão TC N° 663/95 (fls. 01/36).
4. Procuração outorgada pelo então prefeito aos advogados (fl.37).
5. Correspondência do Sr. Sinésio Monteiro de Melo Filho, declarando ter sido o Escritório CNG contratado pela AMUPE para assistência jurídica aos municípios filiados (fl.93).
6. Contrato de prestação de serviços celebrado entre a AMUPE e o Escritório CNG (fls.99/107).
7. Comprovantes dos descontos mensais nos avisos de crédito do ICMS em favor da AMUPE (fls.108/119).
8. Relatório da diligência solicitada (fl.120).
9. Estatuto da AMUPÉ (fls.122/132).
10. Relatório Prévio N° 50/96 (fls.71/80).
11. Parecer N° 50/97 (fls.83/87).
12. Primeira página das contra-razões na Tomada de Contas da COMPESA, onde figura como contestante a pessoa física do ordenador de despesas (fl.132), sendo os advogados do mesmo Escritório os causídicos.
13. Procuração outorgada pelo ordenador de despesas à época, pessoa física, ex-presidente da Companhia, no processo sobredito (fl.133).