TC nº 72-000.773.05-65

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. TERMO DE PARCERIA E OUTRAS AVENÇAS. SPTURIS. Implementação. Projeto de revitalização tecnológica. Complexo Anhembi. Art. 173, §1º, II, CF. Precedentes. Cobrança de serviço gratuito, não emissão de nota fiscal, pagamento efetuado em conta de pessoa estranha, não apresentação de apólice de seguro. Providências de saneamento adotadas pela origem. Rescisão unilateral. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.001.472.05-02

TCs citados: 72.002.271.01-54, 72.002.827.96-09, 72.005.144.00-62, 72.005.824.03-10, 72.003.204.05-26

2.568ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 01/11/2011

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, apesar de não haver reparo a ser feito à conduta da São Paulo Turismo S.A. – SPTuris, que adotou todas as providências para saná-la, em julgar irregular a execução contratual relativa ao Termo de Parceria e Outras Avenças GJU/082/2003 e aos Termos de Aditamento 52/2003 e 119/2004, apontando descumprimento às cláusulas avençadas, na seguinte conformidade:

a) cobrança, pela parceira, de serviços relativos à telefonia, que deveriam ser prestados gratuitamente, conforme cláusulas 1.1 e 1.3 do termo de parceria;

b) não emissão, pela Global OSI Telecomunicações Produtos, Sistemas e Serviços Ltda., de notas fiscais, substituídas por notas de débitos, em afronta à legislação fiscal vigente;

c) pagamento de serviços prestados pela parceira a expositores, efetuados em conta-corrente de empresa estranha ao ajuste – RDM Consultoria de Negócios Sociedade Civil Ltda., infringindo a cláusula 9.2 do termo, que vedava a transferência, a terceiros, de direitos originados da avença, cabendo ressaltar, ainda, que o sócio majoritário da RDM – José Rafael Marmo – exerceu, no período entre 10/05/04 e 21/01/05, o cargo de Gerente Financeiro da Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S.A., o que caracteriza ilegalidade grave;

d) não apresentação de apólice de seguro contra risco de incêndio e sinistros, relativos à área cedida.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia do V. Acórdão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social –, consoante reiteradas solicitações, a fim de instruir o Inquérito Civil PJPP-CAP 758/5ª PJ.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Coordenadoria Processual desta Corte que junte cópia do V. Acórdão no processo TC 72.003.204.05-26.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda "ad hoc" MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de julho de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Os itens I e II da minha pauta são constituídos por TC´s que tratam, o primeiro, da análise de Termo de Parceria e Termos de Aditamento e, o segundo, do acompanhamento da execução a eles relativa.

Por primeiro, peço vênia para esclarecer ao Egrégio Plenário que, tendo em vista as inúmeras manifestações, em diferentes momentos processuais, dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da contratante, pronunciando-se, às vezes, de forma diversa sobre o tema, e até mesmo revendo posições antes adotadas, apontarei no meu Relatório os

posicionamentos finais de cada um, apenas fazendo menção às intervenções anteriores, abstendo-me, portanto, de decliná-las cronologicamente.

Assim o faço também para evitar que o Relatório se estenda, trazendo informações que, posteriormente, foram modificadas.

Esclarecidos esses pontos, inicio por consignar, relativamente ao TC n.º 72-001.472.05-02 – Item I – que se trata do exame do Termo de Parceria e Outras Avenças n.º GJU/082/2003 e dos Termos de Aditamento n.º 052/2003 e 119/2004, cujo objeto é a implementação do projeto de revitalização tecnológica do Complexo Anhembi, em seus sistemas de inteligência predial, telecomunicações e dados, consistente na disponibilização, implantação, operação, manutenção, gerenciamento e administração de toda a tecnologia envolvida.

O acordo foi precedido de Comunicado de Chamamento Empresarial, publicado no Diário Oficial da Cidade de 12/07/03, apresentando propostas 02 (duas) empresas, quais sejam, a GLOBAL OSI Telecomunicações Ltda. e a Telefônica Assist, tendo sido escolhida a da primeira nomeada, celebrando-se a parceria entre a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A, atual São Paulo Turismo – SPTuris e a empresa citada.

Pelo ajuste, à GLOBAL OSI incumbiria implementar todo o projeto de revitalização constante do Comunicado, mediante o fornecimento de serviços que estariam disponíveis para todos os expositores,promotores, prestadores de serviços e para a administração da então Anhembi, cabendo-lhe, ainda, a gestão do empreendimento, consistente na exploração comercial e marketing da unidade de negócios, com venda de serviços, devendo repassar à contratante, mensalmente, 20 % (vinte por cento) da receita bruta auferida.

De sua parte, a Anhembi cederia à GLOBAL OSI área de 258,54 m² (duzentos e cinquenta e oito metros e cinquenta e quatro decímetros quadrados), localizada no Pavilhão de Exposições, mediante pagamento mensal de R$ 19.225,03 (dezenove mil, duzentos e vinte e cinco reais e três centavos).

O Termo Aditivo n.º 052/2003 visou à alteração da data do pagamento mensal concernente à área cedida à parceira, enquanto o Termo Aditivo n.º 119/2004 modificou a metragem dessa área, ampliando-a para 317,54m² (trezentos e dezessete metros e cinquenta e quatro decímetros quadrados) e, por decorrência, aumentando o valor a ser pago para R$ 26.351,28 (vinte e seis mil,trezentos e cinquenta e um reais e vinte e oito centavos). Instituiu, ainda, o segundo, a obrigação de a GLOBAL OSI disponibilizar uma Central de Informações Turísticas – CIT, com acesso à rede mundial de Internet e prestação de outros serviços condizentes.

Na análise dos instrumentos, a Coordenadoria IV e posteriormente a Coordenadoria II apontaram algumas impropriedades, solicitando, ainda, esclarecimentos quanto à não realização prévia de procedimento licitatório, concluindo, após manifestação da Anhembi, pela irregularidade dos ajustes, na seguinte conformidade:

a) Termo de Parceria e Termo Aditivo n.º 119/2004 – irregulares por infringência ao artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e ao artigo 1º da Lei n.º 11.184/92, pela não apresentação de Certidão Negativa de Débitos – CND válida na data das assinaturas;

b) Termo Aditivo n.º 052/2003 – irregular por suceder ao Termo de Parceria.

A este passo, faço menção à manifestação acostada aos autos pela Anhembi que, ao discorrer sobre a natureza da empresa, asseverou que, apesar de contar com capital majoritário da Prefeitura Municipal de São Paulo, a atual SPTuris constitui sociedade de economia mista com atividade privada, voltada à exploração econômica, a teor do disposto no artigo 4º de seu Estatuto Social, regida, para a consecução de suas atividades-meio, pelas normas de Direito Público e, em suas relações negociais, que constituem sua atividade-fim, pelo disposto no artigo 173, § 1º, II, da Carta da República, que prescreve a sujeição desse tipo de sociedade ao "regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários."

Nesse diapasão, a Empresa entende que o dever de licitar restringe-se às contratações que dizem respeito à atividade-meio da sociedade, enquanto que na realização de atos negociais, através dos quais concretiza sua atividade-fim, está desobrigada desse procedimento.

Sob essa ótica, a lavratura do Termo de Parceria, a seu ver, efetivou-se regularmente, consoante previsto também do artigo 43, VI, do Regulamento de Compras, Licitações e Contratos, que prescreve ser inexigível a licitação para a formação de parcerias.

Demais disso, alegou a SPTuris que a formalização do instrumento acarretou inúmeras vantagens à empresa, não auferidas em parceria anterior, salientando que a modernização do parque tecnológico não teria sido efetivada se não tivesse sido firmado o acordo.

Todavia, apesar de defender a correção do procedimento adotado, a Empresa noticiou que, por irregularidades constatadas na execução do ajuste, objeto de acompanhamento no TC arrolado como item II, encaminhou notificação à parceira, para que cessasse a prática dos atos atentatórios às disposições insertas nas cláusulas que regulamentam a parceria, consistentes em:

a) cobrança indevida, pela GLOBAL OSI, pela prestação de serviços de locação de recursos de telefonia e dados, quando, contratualmente, estava obrigada a fornecê-los gratuitamente à SPturis;

b) emissão, pela GLOBAL OSI, de simples Notas de Débito, em lugar de Notas Fiscais, atentando contra a legislação fiscal em vigor;

c) pagamento de serviços prestados pela GLOBAL OSI a expositores, efetuados em conta corrente da empresa RDM Consultoria de Negócios S/C, que é estranha à parceria, cujo sócio majoritário , consoante apurado junto ao 6º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil da Pessoa

Jurídica, ocupou,no período de 10/05/04 a 21/01/05, o cargo de Gerente Financeiro da SPTuris.

Pelas irregularidades constatadas, a Contratante rescindiu unilateralmente a parceria e ajuizou Ação pelo Rito Ordinário cumulado com Pedido de Tutela Inibitória Antecipada, concedida esta para retomada da área, objetivando, ao final, seja a GLOBAL OSI compelida ao pagamento de multa, com juros e atualização monetária, por descumprimento contratual; requereu, também, a devolução da importância indevidamente cobrada relativa aos serviços de telefonia; e, ainda que fosse declarada indevida essa cobrança, com reconhecimento da nulidade das Notas Fiscais emitidas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, inicialmente, manifestou-se pela inexigibilidade de licitação para a assinatura de parcerias como a que se examina, afirmando que o objeto ajustado atende ao interesse público e que não houve qualquer ônus para a Administração, considerando, assim, regulares o Termo de Parceria e o TA n.º 052/03 e irregular o de n.º 119/04, pela não apresentação de CND.

Entretanto, em manifestação posterior, reviu seu posicionamento, agora para entender necessária a realização de procedimento licitatório, em razão de o capital da SPTuris ser constituído, em sua maioria, por ações subscritas pela Prefeitura Municipal de São Paulo.

Afirmou, ademais, que o Termo em análise é, na verdade, um contrato de prestação de serviços, vez que a revitalização tecnológica poderia ter sido feita mediante contra-prestação pecuniária, não sendo objeto do ajuste a gestão, administração e exploração comercial do sistema de telefonia e dados, opinando,assim, pela irregularidade dos instrumentos.

Destaco que as defesas apresentadas pelos responsáveis – Senhor Celso Oliveira Marcondes de Faria, Almir Ribeiro Américo e Rafael Augusto de Moura Campos – reafirmaram que a SPTuris, em razão de sua natureza – sociedade voltada à exploração econômica -, poderia firmar a parceria sem prévia realização de procedimento licitatório.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pugnou pelo acolhimento dos instrumentos, em razão da ausência de prejuízos ao Erário e de dolo ou má-fé dos agentes, ou, alternativamente, pelo acolhimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados.

Realçou, outrossim, que a SPTuris agiu corretamente ao notificar a parceira e rescindir o ajuste unilateralmente; no que pertine à forma de contratação, afirmou tratar-se de matéria polêmica e controversa, que admite posições doutrinárias em duas direções.

A Secretaria Geral, de sua vez, em trilha oposta à percorrida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, considerou que, “in casu”, a SPTuris estava desobrigada de realizar procedimento licitatório, por envolver a pratica de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo da empresa, embasando suas conclusões em lições de Celso Antonio

Bandeira de Mello, Carlos Ari Sundfeld, Marçal Justen Filho e Diógenes Gasparini, a par de trazer a lume anterior decisão desta Corte – TC n.º 72-002.827.96-09 – que reconheceu ser desnecessária a licitação para a prática das atividades negociais da SPTuris.

Com relação à falta de CND, ponderou que houve apenas um curto período entre o vencimento da certidão anterior e a emissão de uma nova, esta expedida 4 (quatro) dias após a assinatura do Termo.

No que concerne ao Termo Aditivo n.º 119/2004, apontou constar do TC, à fl. 198, certidão válida por ocasião de sua assinatura.

Em remate, considerou regulares o Termo de Parceria e os Termos de Adiamento, opinando, porém, pela irregularidade da execução, em razão dos vícios constatados.

De outra parte, no TC n.º 72-000.773.05-65 – item II -, que se refere ao acompanhamento da execução dos ajustes, a Coordenadoria apontou, além da cobrança indevida relativa à telefonia, já mencionada na análise do TC que constituiu o item I, as seguintes irregularidades: prestação de serviços para o evento UNCTAD sem suporte legal, vez que não foi pautada pelo Termo de Parceria e nem houve repasse de 20% (vinte por cento) da receita; e, por fim, a não apresentação de apólice de seguro contra riscos de incêndio e sinistros de qualquer natureza relativa à área cedida à GLOBAL OSI.

A SPTuris restringiu-se a arrolar as razões já expostas no TC anterior, apontadas na parte inicial deste Relatório.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pela irregularidade da execução e o Órgão Fazendário argumentou que, embora irregular a execução, descabe qualquer punição aos agentes.

Esta é a síntese.

VOTO

A polêmica surgida nestes autos cinge-se a um único ponto, qual seja, a necessidade ou não de prévio procedimento licitatório para a assinatura da parceria em exame, ensejando, como na doutrina, posicionamentos divergentes, todos apresentando argumentos sólidos, capazes de justificar a direção trilhada.

Reconhecendo, embora, essa diversidade de entendimentos, penso que esta Corte de Contas, no exame do caso concreto e considerando a natureza do ato praticado, não pode eximir-se de trazer o tema a debate.

Na espécie, inclino-me a trilhar a direção percorrida pela Secretaria Geral, para concluir que a antiga Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A, atual São Paulo Turismo S/A – SPTuris, insere-

se entre as empresas mencionadas no artigo 173, § 1º, inciso II,da Carta Magna, por se caracterizar como sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, vale dizer, atuando em regime de mercado, sujeita, portanto, ao regime jurídico das empresas privadas.

Essa afirmação está embasada em lições de doutrinadores de renome, entre os quais menciono Celso Antonio Bandeira de Mello, Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Diógenes Gasparini, Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acostadas nos autos.

A este passo, permito-me trazer à colação os ensinamentos proferidos por Celso Antonio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre as empresas estatais, do seguinte teor:

> "Se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, quando atinentes ao cumprimento da finalidade industrial ou comercial para que tenha sido criada, salvo alguma exceção mais adiante anotada, serão sempre regidas pelo Direito Privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade contratual ou extracontratual estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos" (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 17ª edição, pág. 193).

> No mesmo sentido, Diógenes Gasparini preleciona:

> "Atente-se que, se interventoras no domínio econômico, seus atos e contratos são regulados pelo Direito Privado (art. 173, § 1º, II, da CF). Contra tais atos não cabe mandado de segurança. Podem ter um regulamento licitatório mais simplificado para legitimar seus vários negócios. No entanto, a aquisição de bens necessários ao atingimento de seus fins e a alienação do produto de sua atividade não necessitam de qualquer espécie de procedimento licitatório". (Direito Administrativo, Saraiva, 6ª edição, pág. 370).

E prossegue o ilustre administrativa, na mesma página da obra citada:

> "Em suma: já decidiu o TCU que os negócios que têm por objeto uma obra, um serviço ou uma compra relacionados com as atividades-meio exigem licitação, enquanto os negócios que têm por objeto uma compra ou um serviço relacionados com as atividades-fim dispensam esse procedimento"

Com os fundamentos mencionados, minha conclusão é no sentido de que assiste razão à Secretaria Geral e que, no caso,

a parceria poderia – como o foi – ser celebrada sem prévio procedimento licitatório.

Consigno, também, que esta tem sido a direção trilhada por este Tribunal, citando-se , para ilustrar, os TC´s n.ºs 72-002.271.01-54, 72-002.827.96-09 e 72-005.144.00-62.

No primeiro TC, relatado pela Conselheira Substituta Maria do Carmo Prandini Dermenjian, restou assentado que:

> "... a parceria é um dos modernos mecanismos do qual o Estado dispõe para obter a cooperação ou o auxílio de particulares na execução e consecução de serviços de interesse público, sem ônus para si. Esse tipo de ajuste não pode, pelas suas peculiaridades e vantagens ao Poder Público, submeter-se ao processo competitivo e seletivo, para não desestimular a participação de particulares em empreendimentos de acentuado interesse coletivo."

No TC n.º 72-002.827.96-09, de Relatoria do Conselheiro Maurício Faria, ficou decidido, em grau de recurso, nos termos do voto proferido, que, garantida a igualdade de condições entre os interessados, a empresa não necessita, para o desempenho de suas atividades negociais, realizar procedimento licitatório, cabendo a análise caso a caso, para definir se tal ou qual ato insere-se ou não entre as hipóteses que permitem a contratação mediante "Chamamento Empresarial".

No TC n.º 72-005.144.00-62, relatado pela Conselheira Substituta Mariana Prado Armani Queiróz Barbosa, versando sobre a natureza jurídica da então Anhembi, foi reafirmado o caráter privado da empresa, mesmo sendo o Município seu acionista majoritário.

Por oportuno e para corroborar meu entendimento, menciono que essa posição também foi encampada pelo Ministério Público Estadual, 10º PJ, no PJC-CAP n.º 398/03, ao promover o arquivamento do expediente, por reconhecer que as contratações necessárias à realização da atividade-fim da empresa podem ser efetuadas diretamente, sem prévio certame licitatório.

Por todas essas razões, estou convencido que, no caso em exame, a conduta da Anhembi, no que tange ao aspecto da formalização do termo, revelou-se correta.

Sob outro ângulo, agora no que tange à falta de certidões, penso também, como a Secretaria Geral, que o fato de o Termo ter sido firmado 4 (quatro) dias antes da emissão do documento referido pode ser relevado, vez que constam dos autos – fls. 34 e 35 – certidões comprovando a regularidade da parceira, com vigência até 26/07/03 e a partir de 05/08/03, o que permite afirmar que, à data da lavratura do instrumento, a Global Osi encontrava-se em situação regular junto ao Ministério de Previdência e Assistência Social, podendo ser relevada a falha referida.

Esse entendimento tem sido adotado por mim em outros TC´s entre os quais menciono, o de n.º 72-005.824.03-10, recentemente julgado.

No que concerne ao Termo Aditivo n.º 119/2004, está acostada aos autos – fls. 198 – cópia da Certidão Negativa de Débitos – CND, emitida em 07/12/03 e com validade até 07/03/05, sendo que o Aditamento foi firmado em 29/12/04, donde se conclui que não existiu a infração.

As demais impropriedades apontadas – atinentes à publicação dos instrumentos e às respectivas assinaturas – constituem vícios formais, que não maculam os ajustes em sua essência e nem levam à sua rejeição.

Superada esta fase, volto-me a seguir à análise da execução contratual, tratada no TC nominado sob item II da minha pauta.

Sobre as infrações praticadas pela Global Osi não há posicionamentos divergentes nos autos, posto que todos concluem pela irregularidade da execução, apontando descumprimento às cláusulas avençadas, na seguinte conformidade:

a) cobrança, pela parceira, de serviços relativos a telefonia, que deveriam ser prestados gratuitamente, conforme Cláusulas 1.1 e 1.3 do Termo de Parceria;

b) não emissão, pela Global Osi, de Notas Fiscais, substituídas por Notas de Débitos, em afronta à legislação fiscal vigente;

c) pagamento de serviços prestados pela parceira a expositores, efetuados em conta-corrente de empresa estranha ao ajuste – RDM Consultoria de Negócios Sociedade Civil Ltda., infringindo a cláusula 9.2 do Termo, que vedava a transferência, a terceiros, de direitos originados da avença, cabendo ressaltar, ainda, que o sócio majoritário da RDM- José Rafael Marmo – exerceu, no período entre 10/05/04 e 21/01/05, o cargo de Gerente Financeiro da Anhembi, o que caracteriza ilegalidade grave;

d) não apresentação de apólice de seguro contra risco de incêndio e sinistros, relativos à área cedida.

Todavia, apesar de constatadas as irregularidades, forçoso reconhecer que a Anhembi adotou todas as providências legais imprescindíveis para saná-las, consistentes em Notificação à parceira para cessação das ilegalidades e, não obtendo êxito, promoveu a rescisão unilateral do ajuste, com posterior ajuizamento de Ação pelo Rito Ordinário cumulado com o Pedido de Tutela Inibitória Antecipada, na qual obteve sucesso parcial, vez que o MM. Juiz da 12ª Vara da Fazenda Pública concedeu a medida antecipatória apenas para imissão da autora na posse da área cedida à ré.

Anoto, para ciência deste Egrégio Plenário que, em sentença proferida em 1ª instância, a ação foi julgada parcialmente procedente,

para determinar a reintegração da autora na posse da área cedida à ré, reconhecer a regularidade da rescisão contratual unilateral e condenar a ré a restituir os valores cobrados indevidamente por serviços que deveriam ser prestados gratuitamente.

De outra parte, nos termos do disposto no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, o feito foi julgado extinto, sem julgamento do mérito, no que concerne ao pedido de condenação da ré ao pagamento de multa por inadimplemento contratual, por entender, o prolator da sentença, que a cobrança em pauta independe de decisão judicial, podendo a autora aplicar a multa contratualmente estipulada.

A pretensão relativa à integração, ao patrimônio da autora, dos equipamentos da ré, foi afastada pelo E. Tribunal de Justiça, em sede de agravo, o que levou o MM. Juiz “a quo” a julgar improcedente o pedido.

Aduzo, ainda, que a Anhembi apelou da r. sentença , sendo o feito distribuído à 13ª Câmara de Direito Público, encontrando-se pendente de julgamento.

Destarte, apesar da irregularidade da execução contratual, não há reparo a ser feito à conduta da empresa, que adotou todas as providências para saná-las.

Pelo exposto, julgo regulares o Termo de Parceria e Outras Avenças n.º GJU/082/2003 e os Termos de Aditamento n.ºs 052/2003 e 119/2004 e irregular a execução contratual relativa aos instrumentos citados.

Encaminhem-se cópias deste Relatório e Voto e do v. acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social -, consoante reiteradas solicitações, a fim de instruir o Inquérito Civil de n.º PJPP-CAP 758/ - 5ª PJ.

Junte-se cópia do presente e do acórdão no TC nº 72.003.204.05-26.