TC 2.734/2014

AUDITORIA EXTRAPLANO. SEME. Verificação da legalidade da exploração das lanchonetes do Estádio Municipal Paulo Machado de Carvalho. Dec. Mun. 54.513/13. 1. As condutas adotadas pelos administradores não podem ser consideradas ilegais, uma vez que pautadas em normas vigentes e aplicáveis àquelas situações. Dec. Mun. 40.780/01. CONHECIDA. Votação unânime.

332ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

D E C I S Ã O

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

CONSIDERANDO que as condutas adotadas pelos administradores mencionados nos autos não podem ser consideradas ilegais, uma vez que pautadas em normas vigentes e aplicáveis àquelas situações, durante todo o período auditado,

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer da presente Auditoria Extraplano, cujo resultado deve ser devidamente registrado.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, determinar que se dê ciência desta Decisão à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, arquivando-se os autos após a adoção das demais providências de estilo.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de fevereiro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Auditoria Extraplano instaurada por minha determinação, extraída dos autos do TC/001884/2011, com o objetivo de apurar a legalidade da forma utilizada pela Secretaria de Esportes, Lazer e Recreação, atual Secretaria Municipal de Esportes e Lazer – SEME, para a exploração de lanchonetes no Estádio Municipal do Pacaembu e verificar possível ocorrência de prejuízos no período de 15/11/2008 até 30/09/2013, tendo em vista que naqueles autos foi juntado o Relatório Final da Auditoria 007/2013, realizado pela Controladoria Geral do Município de São Paulo.

Nesse objetivo, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle realizou procedimento de fiscalização, abrangendo o período requisitado e elaborou o Relatório de fls. 169/179, que veio acompanhado de registros fotográficos e apontamentos, tendo concluído que:

I - em 15/07/2008 foi rescindido o Contrato 006/SEME/2005 – Permissão de Uso Remunerado das Áreas do Pacaembu –, originado da Concorrência 001/SEME/2005, em razão da inclusão do nome da Contratada no rol de empresas apenadas da Prefeitura de São Paulo.

II - a partir da rescisão Contratual, em dias de jogos e com o pagamento do preço público previsto para a utilização do campo de futebol, o clube mandante também poderia explorar as lanchonetes.

III - somente em 26/10/2013, com a edição do Decreto 54.513/13, é que se passou a cobrar preço público pelo uso das lanchonetes, contudo os valores praticados não foram devidamente justificados.

IV - no período compreendido entre a rescisão da permissão de uso remunerada e a publicação dos preços públicos para o uso das áreas das lanchonetes, houve perda de arrecadação de R$ 2.651.150,85 (dois milhões, seiscentos e cinquenta e um mil, cento e cinquenta reais e oitenta e cinco centavos). Valor muito próximo ao também apurado pela Corregedoria Geral do Município de São Paulo.

Outrossim, a Auditoria requereu que a análise da legalidade da cobrança do preço público fosse realizada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, informou que foi instaurado procedimento interno para a apuração de responsabilidade (PA 2014-0.158.605-4) e relacionou os responsáveis pelas áreas auditadas.

Enfrentando a questão a AJCE registrou que não há

obstáculo jurídico à utilização do preço público nem, tampouco, dos institutos da permissão ou autorização. Quanto aos demais aspectos jurídicos, estes relacionados às questões fáticas, requereu que fossem analisadas após a manifestação dos Interessados.

Na sequência determinei que fosse oficiada a Pasta e os seus respectivos responsáveis nas épocas dos fatos.

A Secretaria trouxe aos autos a manifestação de fls. 206/213, compartilhando sua concordância com o parecer oferecido pela AJCE acerca da legalidade da adoção da cobrança de preço público pelo uso episódico das lanchonetes e permanência de ambulantes no Estádio do Pacaembu; alega que não existe regra que estabeleça os critérios para a definição do preço público a ser praticado, mas sim parâmetros de mercado, bom senso, razoabilidade, não sujeitos a cálculos aritméticos puros e simples; que no caso foi considerado o valor total anual pago pelo permissionário do último Contrato, corrigido e dividido pela média anual de eventos com cobrança de ingressos; afirma que não há e nem deve haver justificativa para não diferenciar eventos noturnos ou diurnos, mas sim com ou sem cobrança de ingressos que seria o evidente interesse público em eventos que não tem as portas fechadas para os munícipes que não possuem condições financeiras de pagar pelo ingresso; repudiou com veemência a conclusão sobre o prejuízo aos cofres públicos, pois "preço público" não é tributo, não é exigível, não pode ser tido como arrecadação ou receita do Município, além de que os cálculos da CGM são meramente estimativos e refletiriam apenas um dos vários critérios possíveis de serem utilizados, se fossem valores exigíveis; igualmente, entende que a Pasta não pode ser responsabilizada pela ausência de arrecadação desde o "dia zero" sem contrato, pois além de não ter sido quem deu causa à rescisão do antigo Contrato, tomou providências imediatas para a realização de outra Licitação que não prosperou em razão de questionamentos elaborados por este Tribunal; aduz que o Estatuto do Torcedor exige o fornecimento de alimentos durante os jogos; justifica que fez o possível diante das circunstâncias que se apresentavam e que todo o processo e análise envolvidos tomam tempo.

Em seguida, às fls. 223/234, o Sr. Antonio Moreno Neto, Secretário Municipal da SEME no período de 13/08 até 31/12/2012, alegou em sua defesa que a AJCE já manifestou pela a legalidade da cobrança de Preço Público; que não houve qualquer irregularidade nos procedimentos realizados; e de qualquer maneira exerceu o cargo por apenas 05 meses, no ano de 2012, não podendo ser responsabilizado por suposta perda de arrecadação no período questionado (05 anos); afirmou que durante o período que ocupou o cargo de Secretário estava em vigor a Portaria 21/SEME/12, respaldada pelo Decreto 53.657/12; concluiu reforçando que não houve qualquer participação, ativa ou omissiva, relacionada à alegada perda de arrecadação.

Por sua vez, o Sr. Valter Antonio da Rocha, Secretário Municipal da SEME no período de 05/04/2010 até 26/10/2010, trouxe aos autos os esclarecimentos de fls. 241/241v, e afirmou que nesse curto período já estava

publicado o Edital de Concorrência 001/SEME/2010 visando uma nova permissão de uso remunerada das dependências do Estádio, mas a licitação restou suspensa em 24/07/2010, por conta de questionamentos deste TCMSP, e assim permaneceu até 1º/07/2011, quando foi revogada; reforçou que a Administração se via adstrita ao cumprimento do Estatuto do Torcedor e não poderia deixar de proporcionar o fornecimento de alimentos para os torcedores durante os jogos, fez possível diante das circunstâncias e encontrou um tratamento jurídico alternativo e viável – preço público – para a exploração das lanchonetes.

Na sequência, à fl. 242, o Sr. Alberto Felippe Haddad Filho, Secretário Municipal da SEME no período de 03/05/2011 até 10/08/2012, registrou que todos os procedimentos foram realizados observando os padrões legais, em especial a Portaria 021/SEME/2012, e os preços públicos foram fixados em conformidade com a Tabela derivada do Decreto 53.657/12, portanto, enquanto ocupou o cargo, tomou todas as providências.

Já o Sr. Walter Meyer Feldman, que foi Secretário Municipal da SEME por diversos períodos, apesar de oficiado por duas vezes, deixou transcorrer os prazos que lhe foram oferecidos para apresentar sua defesa.

Em nova manifestação, a Subsecretaria de Controle e Fiscalização entendeu que as defesas apresentadas não foram capazes de alterar os apontamentos anteriores.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle pela existência de irregularidades cometidas na exploração do Estádio do Pacaembu.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, preliminarmente, registrou que não lhe compete a manifestação acerca de trabalhos realizados pela Controladoria Geral do Município e, considerando a natureza meramente instrumental do presente procedimento, ponderou que a Auditoria Extraplano não admite julgamento de mérito sobre eventual prejuízo ao Erário, mas apenas obter dados a fim de subsidiar outros futuros processos ou expedir determinações tendentes ao aperfeiçoamento, mas não uma ordem de ressarcimento de quantias, portanto, requereu que não fossem julgados o mérito das questões "prejuízo ao Erário" e "apuração de responsabilidades".

No mérito, entendeu que a presente Auditoria merece ser meramente "conhecida e registrada", contudo, destacou que a defesa apresentada pela SEME demonstrou que os apontamentos da SFC não podem ser acolhidos, por não tratarem de *ilegalidades*, mas sim de interpretações divergentes diante de várias opções viáveis, cuja decisão cabia ao Administrador.

Em razão das preliminares arguidas pela PFM, submeti os autos a análise da AJCE que, debruçando-se especialmente acerca da natureza, finalidades e limites da Auditoria Extraplano, iniciou seu posicionamento

diferenciando as decisões que apreciam despesas – estas só admitidas em processos de Prestação de Contas –, daquelas que apreciam a atribuição de responsabilidades e não se destinam à aferição de despesa específica, como na hipótese.

Afirmou que estes autos não tratam de uma despesa irregular, mas sim de um ato administrativo que levou o Município a deixar de auferir receitas, portanto cabível a eventual atribuição de responsabilidades, com a possibilidade de imputar débitos, advertências e/ou multas aos responsáveis, conforme atribuição conferida constitucionalmente aos Tribunais de Contas. Ainda, registrou que apesar de cada procedimento de fiscalização ter um propósito específico, qual seja, organizar os trabalhos de fiscalização, todos têm a finalidade de subsidiar o exercício do Poder Judicante e a forma como se desenvolveu não pode condicionar a competência e o poder inerentes dos Tribunais de Contas e seus Conselheiros.

De qualquer forma, entende que não havia/há outro meio de fiscalização mais adequado ao presente caso do que a Auditoria que visa *levantar dados e informações de sorte a subsidiar o julgamento de atos de gestão dos responsáveis.*

Em nova intervenção, a PFM ratificou seu entendimento quanto a impossibilidade de utilização do procedimento "Auditoria" para a apuração de lesão ao Erário, mas de todo modo considera tratar-se de questão secundária, haja vista que, na prática, não houve qualquer prejuízo aos cofres públicos, bem como todos os atos revestiram-se de legalidade, razões pelas quais requer o acolhimento e registro das manifestações de SEME.

A Secretaria Geral, concluindo a instrução processual, considerou que a ausência de manifestação específica da PFM acerca do trabalho elaborado pela CGMSP é questão *interna corporis* e não constitui óbice à continuidade deste processo. No mais, opinou no mesmo sentido dos Órgãos Técnicos especializados desta Casa, entendendo ao final que a presente Auditoria cumpriu seus objetivos e está em condições de ser submetida a julgamento.

É o relatório.

VOTO

Em face dos termos do antes relatado, evidencia-se que os autos acabam por retratar os esforços da Administração para conferir o uso correto e financeiramente adequado a próprio municipal, no caso, um bem deveras significativo para a Cidade, o Estádio do Pacaembu.

Desse quadro também salta aos olhos a dificuldade de compatibilização dos instrumentos legais disponíveis à época com os parâmetros

que balizam a conduta do Poder Público.

Essa dificuldade centra-se no fato de que toda a construção do direito administrativo, até bem recentemente, não via com bons olhos a exploração econômica dos bens públicos pela iniciativa privada, disponibilizando poucos instrumentos para tanto, como se depreende da mera leitura das disposições da Lei Orgânica do Município de São Paulo a respeito dos "Dos Bens Municipais", com a redação vigente à época do período abrangido pela inspeção a que se referem os autos (15/11/2008 até 30/09/2013):

> "*Art. 114 – Os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir.*
> *§ 1º - A concessão administrativa de bens públicos depende de autorização legislativa e concorrência e será formalizada mediante contrato, sob pena de nulidade do ato.*
> *§ 2º - A concorrência a que se refere o § 1º será dispensada quando o uso se destinar as concessionárias de serviço público, entidades assistenciais ou filantrópicas ou quando houver interesse público ou social devidamente justificado.*
> *§ 3º - Considera-se de interesse social a prestação de serviços, exercida sem fins lucrativos, voltados ao atendimento das necessidades básicas da população em saúde, educação, cultura, entidades carnavalescas, esportes, entidades religiosas e segurança pública.*
> *§ 4º - A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público, independe de licitação e será sempre por tempo indeterminado e formalizado por termo administrativo.*
> *§ 5º - A autorização será formalizada por portaria, para usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, exceto quando se destinar a formar canteiro de obra ou de serviço público, caso em que o prazo corresponderá ao da duração da obra ou do serviço.*
> *§ 6º - A locação social de unidades habitacionais de iais produzidas ou destinadas à população de baixa renda independe de autorização legislativa e licitação e será formalizada por contrato.*
> *§ 7º - Também poderão ser objeto de locação, nos termos da lei civil, os imóveis incorporados ao patrimônio público por força de herança vacante ou de arrecadação, até que se ultime o processo de venda previsto no § 5º do art. 112 desta lei.*

> *§ 8º - O Prefeito deverá encaminhar anualmente à Câmara Municipal relatório contendo a identificação dos bens municipais objeto de concessão de uso, de permissão de uso e de locação social, em cada exercício, assim como sua destinação e o beneficiário.*
> *§ 9º - Serão nulas de pleno direito as concessões, permissões, autorizações, locações, bem como quaisquer outros ajustes formalizados após a promulgação desta lei, em desacordo com o estabelecido neste artigo.*
> *§ 10º - A autorização legislativa para concessão administrativa deixará de vigorar se o contrato não for formalizado, por escritura pública, dentro do prazo de 3 (três) anos, contados da data de publicação da lei ou da data nela fixada para a prática do ato."*

Certamente que daquele momento até os dias de hoje foram sendo introduzidas inovações no ordenamento jurídico, perfilhado com as atuais concepções conferidas ao Estado enquanto gerenciador de bens e negócios, facilitadoras e legitimadoras de ações mais contundentes da iniciativa privada na gestão de bens públicos e de ganhos econômicos que disso podem decorrer.

Nessa linha lembro apenas para não escapar do debate relacionado ao bem imóvel Pacaembu, que esta Casa acabou de debruçar-se sobre a licitação de concessão desse patrimônio, que confere ao empreendedor privado uma possibilidade de medidas muito mais abrangentes que os instrumentos previstos à data da Inspeção que ora se debate.

De um lado, causava estranheza a obtenção de lucro pelo particular pela exploração de patrimônio público.

De outra parte, o Administrador Público, em face dos empecilhos vigentes, e visando a bem agir, acabava por deparar-se com o seguinte dilema: viabilizar a exploração do bem público pelo particular, ainda que com imperfeições, passíveis de críticas, inclusive por esta Corte de Contas; ou deixar o bem público sem utilização e sem recursos para mantê-lo, podendo levá-lo a deteriorar-se, com prejuízos de monta, e até incalculáveis quando se considera um bem de valor histórico e econômico como o Estádio do Pacaembu, acrescendo-se a isso as disposições contidas no Estatuto do Torcedor, particularidade que não pode deixar de ser sopesada pelo efetivo enfrentamento das várias questões apuradas ao longo da instrução do feito.

Assim, depois de rescindido o Contrato 006/SEME/2005, em julho de 2008, até a edição do Decreto 54.513/13, a partir do qual se passou a cobrar preço público pelo uso das lanchonetes do Pacaembu, vários foram os caminhos percorridos pela Administração para solver a questão, buscando-se

aquele possível e minimamente adequado ao funcionamento das lanchonetes em dias de jogos. Desta feita, o responsável pelo pagamento do uso do Estádio, passou a ter a obrigação de viabilizar o funcionamento das lanchonetes.

É certo que a partir de 2013, com a edição do Decreto 54.513/13, o uso das lanchonetes passou a ser objeto de permissão, remunerada mediante o pagamento de preço público, não pairando objeção sobre o proceder da Administração desde então.

Por esse raciocínio também não deve haver dúvida sobre o período que antecedeu à edição do Decreto 54.513/13, vez que a Administração procurou um meio que garantisse o funcionamento das lanchonetes, em consonância com o Estatuto do Torcedor, e propiciasse a cobrança pelo uso do espaço relativo àquelas.

Desse modo, em relação à possível ocorrência de prejuízos, no período de 15/11/2008 a 30/09/2013, decorrente da exploração das lanchonetes do Estádio do Pacaembu, é importante consignar outra vez que o último Contrato válido para exploração do uso de tais espaços, até a edição do Decreto 54.513/13, foi rescindido motivadamente pela Administração Pública em 11/08/2008, nos termos do documento de fls. 70/71.

No período analisado, apurou-se que na ocasião em que a Secretaria Municipal de Esportes e Lazer autorizava o uso do campo e suas dependências aos times mandantes permitia, sem cobrança de preço extra, a exploração das lanchonetes do Estádio, ficando a cargo dos permissionários/usuários viabilizar o funcionamento daquelas.

O Decreto 40.780/01 que à época tratava do uso, por terceiros, de áreas pertencentes à Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, mediante pagamento de preço público, não tratou de diferenciar a área principal de eventuais equipamentos acessórios, ou seja, no caso específico, não havia uma exigência legal para que ao outorgar o uso do campo a dado permissionário, tivesse que existir um preço à parte para o uso das lanchonetes.

Registre-se que nesse período, por duas vezes a Secretaria Municipal objetivou licitar o uso desses equipamentos, porém, ambos não prosperaram por falhas em seus Editais, fatos que demonstram a preocupação da Administração em superar a situação.

Neste contexto, não vislumbro a apontada irregularidade de "perda de arrecadação" apontada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle por não ter sido cobrado preço público específico para o uso das lanchonetes neste período, isto porque, o Decreto 40.780/01, norma vigente e aplicável à espécie, não estabelecia discriminação dos preços entre o uso do principal (Estádio) e seus acessórios (lanchonetes).

Descabe, portanto, rejeitar dada conduta pautada pelo efetivo cumprimento de norma vigente e aplicável ao caso concreto. Quanto a isso, não há dúvida.

Posto isto, as condutas adotadas pelos administradores mencionados nos autos não podem ser consideradas ilegais, vez que pautadas, repito, em normas vigentes e aplicáveis àquelas situações, durante todo o período auditado, razão pela qual conheço da presente Auditoria, cujo resultado deve ser devidamente registrado.

A respeito de noticiada perda de arrecadação, lembro que a Controladoria Geral do Município recomendou à Administração que apurasse as responsabilidades em face de tal constatação, cabendo ressaltar que de fato cumpre à Administração deslindar internamente essa questão.

Feitas as comunicações necessárias, especialmente à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, e adotadas as demais providências de estilo, arquive-se o presente.