JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.827.96-09

RECURSOS "EX OFFICIO". PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular, com multa, o contrato de fornecimento de alimentação e bebidas, em caráter de exclusividade. Carnaval/1996. Precedente. Voluntário, INTEMPESTIVO, NÃO CONHECIDO. "EX OFFICIO", PFM, CONHECIDOS. PROCEDENTES. Votação unânime.

ANÁLISE. CONTRATO. SPTuris. Fornecimento de alimentação e bebidas, em caráter de exclusividade. Carnaval/1996. Alteração procedimental. Inadmissibilidade. Descumprimento aos arts. 22, XXVII, e 37, XXI da CF. IRREGULAR. MULTA. Votação unânime.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

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 "ex officio", por regimental, e dos recursos voluntários da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e da São Paulo Turismo S.A. – SPTuris, por presentes os pressupostos de admissibilidade, bem como em não conhecer do recurso interposto pelo Senhor Ricardo Lopes Castello Branco, por intempestivo.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar-lhes provimento, para o fim de reformar a R. Decisão da Colenda Primeira Câmara recorrida, no sentido de julgar regular o Contrato DEJU/019/96 e de tornar insubsistente a multa aplicada ao ordenador das despesas, por entenderem que o objeto contratual consubstancia atividade negocial da São Paulo Turismo S.A. – SPTuris, não sendo necessária, portanto, a realização de procedimento licitatório, bem como que o procedimento "chamamento empresarial" adotado pela entidade foi adequado pois visou à garantia do princípio da isonomia e à seleção de particular que melhor atendesse aos anseios da mesma.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales.

Ausente o Conselheiro Edson Simões, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de abril de 2009.

Roberto Braguim – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente, nesta oportunidade, da análise do Recurso de Oficio, bem como dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Origem e pelo Sr. Ricardo Lopes Castello Branco, preordenados à reforma da Decisão da Primeira Câmara desta E. Corte, que julgou irregular o Contrato DEJU/019/96, por descumprimento dos arts. 22, inc. XXVII, e 37, inc. XXI, ambos da Constituição Federal, em razão de não ter sido precedido de licitação formal, mas sim de "Chamamento Empresarial."

A SPTuris, outrora denominada Anhembi, alegou contradição da presente decisão com o Acórdão proferido nos autos do TC nº 5.144.00-62. Argumentou que a entidade foi constituída na forma de sociedade de economia mista, voltada à exploração de atividade econômica, e que o objeto da contratação em causa - exploração comercial do Polo Cultural Grande Otelo - faz parte do seu objeto social, na forma descrita pelo art. 4º do seu Estatuto Social, e não necessita ser precedida de procedimento licitatório, vez que configura atividade econômica, sendo obrigatória a realização de licitação apenas para as atividades-meio da empresa. As atividades fins/negociais devem ser regidas pelas regras de direito privado, de acordo com o disposto no art. 173 da CF.

Em relação ao Carnaval Paulistano, informou que a entidade é contratada pela PMSP para organizar e viabilizar a infraestrutura do evento. Afirmou que estas atividades devem ser precedidas de licitação, mas todas as demais – relativas ao Carnaval – possuem natureza estritamente comercial, como alega ser o caso da atividade que ora se examina e, portanto, devem ser regidas pelo direito privado, ou seja, prescindem do procedimento licitatório.

Informou, ainda, que o D. Promotor de Justiça da Cidadania solicitou o arquivamento de representação que visava apurar eventuais irregularidades na contratação de empresas do setor alimentício para a realização do

Carnaval no Polo Cultural Grande Otelo, sob o argumento de que tais atividades podem ser contratadas diretamente por configurarem atividade-fim da então denominada Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo.

Alegou, também, que a realização do "Chamamento Empresarial" não objetivou criar uma nova modalidade de licitação, mas, ainda que ante a ausência de obrigatoriedade de realizar licitação, teve por finalidade dar cumprimento aos princípios a que está submetida a Administração Pública, em especial o da isonomia, bem como selecionar particular que melhor atendesse aos anseios da entidade, não devendo, portanto, ser punida por ter sido diligente.

Invocou, por fim, o princípio da segurança jurídica e a ausência de prejuízo ao Erário, para ver reformada a decisão ora guerreada e tornada insubsistente a multa aplicada ao Ordenador da Despesa.

A Procuradoria da Fazenda Municipal alegou, em síntese, que há dissensão doutrinária quanto à obrigatoriedade de sociedade de economia mista realizar procedimento licitatório; que a Origem, a despeito de possuir natureza jurídica de direito privado e desenvolver atividade econômica, promoveu o mencionado "Chamamento Empresarial", em observância aos princípios do art. 37, "caput", da Constituição Federal, e que não há indícios de prejuízo ao Erário. Invocou, ainda, o tempo decorrido e o consequente princípio da estabilidade das relações jurídicas, bem como a boa-fé dos agentes públicos, para pleitear a reforma da decisão então proferida ou, alternativamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste em tela.

O Sr. Ricardo Lopes Castello Branco não inovou em suas razões, praticamente reproduziu os argumentos lançados pela Origem. Requereu a anulação da multa a ele aplicada em face da ausência de prejuízo ao Erário.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se favoravelmente ao conhecimento dos recursos, mas, no mérito, opinou pelo seu improvimento, por entender que a atividade, objeto do contrato em causa, não configura atividade comercial, sendo, portanto, necessária a realização de procedimento licitatório.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo conhecimento e provimento dos recursos.

A Secretaria Geral apontou a intempestividade do recurso interposto pelo Sr. Ricardo Lopes Castello Branco. Opinou pelo conhecimento dos demais e, no mérito, pelo seu improvimento, por entender, na esteira das conclusões da AJCE, que a atividade em tela não configura exploração de atividade econômica.

É o relatório.

VOTO

O deslinde da questão que ora se apresenta demanda necessariamente que se discorra sobre a necessidade ou não da realização de licitação, face à natureza jurídica da SPTuris, bem como sobre a natureza da atividade, objeto do aludido "Chamamento Empresarial", qual seja, o fornecimento de alimentação e bebidas no Polo Cultural e Esportivo Grande Otelo, durante o Carnaval Oficial de São Paulo – 1996.

Sobre a primeira abordagem, já tive a oportunidade de me manifestar nos autos do TC nº 3.530.03-80, quando analisei a necessidade de procedimento que garantisse a igualdade de condições entre interessados em locar área pertencente à referida entidade, para a realização de feira de automóveis. As conclusões alcançadas foram no seguinte sentido:

'Entendo que a SPTuris (sociedade de economia mista), ainda que desempenhe atividade predominantemente econômica, estabelecendo relações de cunho negocial, não se vê desincumbida de traçar as já mencionadas políticas estratégicas de fomento ao turismo de negócios, as quais se traduzem em verdadeiras políticas públicas para a utilização de seus bens.

Esse hibridismo, por vezes, impõe o influxo do regime jurídico administrativo, ainda que parcialmente, condicionando determinada atividade. No caso da utilização do estacionamento para a realização de feira de veículos, entendo não haver motivação suficiente para definir o afastamento de procedimento que garanta igualdade de oportunidade a todas as eventuais interessadas em locar área para aquele fim, bem como buscar a proposta mais vantajosa, no pressuposto de que essa feira compõe evento relevante no quadro de negócios de interesse geral da cidade.'

Com efeito, tendo a SPTuris natureza jurídica de direito privado voltada ao desenvolvimento de atividade econômica, deverá, nos termos do art. 173 da CF, reger-se pelas regras de direito privado, devendo realizar o procedimento licitatório "stricto sensu" apenas no que diz respeito às atividades-meio que venha a realizar.

As atividades-fim, de natureza econômica, restam dispensadas deste procedimento. A dispensa não é, todavia, absoluta.

Conforme asseverado nos autos do TC já mencionado: *'O fato de o Estado vestir o figurino próprio das empresas privadas não significa que sua disciplina jurídica será toda regida por normas de direito privado, de forma a ser possível afirmar um regime peculiar a estas, decorrente da incidência de dispositivos legais cuja imposição decorre da própria Constituição, a exemplo dos princípios insculpidos no "caput" do art. 37, bem como dos incisos, II, XVI, XVII, XIX, do mesmo dispositivo, dentre outros.'*

Desta forma, reitero meu entendimento no sentido de que as atividades negociais realizadas pela Origem devem ser desenvolvidas

prestigiando-se os princípios ora referenciados, em especial o da isonomia, vale dizer, igualdade de oportunidades entre os eventuais interessados em com ela travar relações negociais, o que será analisado caso a caso.

No que diz respeito à atividade de fornecimento de alimentação e bebidas no Pólo Cultural e Esportivo Grande Otelo, durante o Carnaval Oficial de São Paulo – 1996, discordo das conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, bem como pela Secretaria Geral, por entender que de fato consubstancia atividade negocial da empresa, não podendo ser confundida com serviço público ou com a própria infraestrutura do evento, ainda que contemple o fornecimento de alimentação e bebidas para o camarote oficial da PMSP.

Lançadas as presentes considerações, entendo adequada a ação adotada pela Origem ao realizar procedimento que não se confunde com o procedimento licitatório "stricto sensu", já que não lhe era obrigatória a sua realização, tendo garantido a igualdade de oportunidade entre aqueles que desejaram disputar a possibilidade de com ela desenvolver atividades negociais.

Desta forma, não entendo o aludido "Chamamento Empresarial" como a criação de uma nova modalidade de licitação, em afronta aos dispositivos constitucionais pertinentes, mas sim como um procedimento voltado à garantia da isonomia, bem como a selecionar particular que melhor atendesse aos anseios da entidade.

No que toca ao alegado conflito apontado pela Origem entre o Acórdão proferido nestes autos e aquele lançado nos autos do TC 5.144.00-92, acolho as conclusões de SG, no sentido de inexistir referido conflito, uma vez que, neste último TC, discutiu-se a validade ou não da inspeção realizada pelo TCM na antiga Anhembi, oportunidade em que se entendeu devida a fiscalização mesmo em face da natureza jurídica de direito privado da entidade, já que inserta no quadro da Administração Indireta Municipal.

Isto posto, conheço dos recursos interpostos, à exceção daquele ofertado pelo Sr. Ricardo Lopes Castello Branco, por intempestivo, e, no mérito, decido pela sua procedência, para o fim de considerar regular a contratação "sub examine" e tornar insubsistente a multa aplicada ao Ordenador da Despesa.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Eurípedes Sales.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, julgar irregular o Contrato DEJU/019/96, considerando que a estrutura consagrada pela Lei Federal 8.666/93 não admite alteração procedimental como o fez a Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S. A. (atual São Paulo Turismo S/A – SPTuris) no que cognominou de "Chamamento Empresarial", bem como pelo descumprimento dos artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, ambos da Constituição Federal.

DECIDEM, outrossim, à unanimidade, aplicar ao Senhor Ricardo Lopes Castello Branco, Presidente, à época dos fatos, da Anhembi (atual SPTuris), a multa de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais), com base no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro Edson Simões.

Presente a Procuradora da Fazenda Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2006.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Eurípedes Sales – Relator.