JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-003.530.03-08

AUDITORIA. SPTuris. Apuração de eventuais irregularidades. Feira de automóveis. Ineficiência dos controles dos estacionamentos. Arts. 37 e 173 CF. CONHECIDA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

2.416 ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 07.04.2009.

Ref. Especial: 72.002.339.08-62.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 da presente auditoria.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à São Paulo Turismo S.A. - SPTuris que passe a observar os seguintes aspectos:

1) submissão a procedimento que garanta isonomia aos eventuais interessados na locação da área de estacionamento da SPTuris, para a realização de feira de veículos;

2) implantação definitiva do controle de acesso dos estacionamentos, sob pena de responsabilização, devendo fazê-la em prazo razoável, desde que inquestionavelmente breve, sendo que sua concretude será objeto de controle nos autos do processo TC 2.339.08-62.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia do presente Acórdão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo - Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, à SPTuris e ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento o Conselheiro Presidente Roberto Braguim - Revisor e o Conselheiro Edson Simões.

Ausente o Conselheiro Vice-Presidente Eurípedes Sales, por motivo de saúde. Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de fevereiro de 2009.

Antonio Carlos Caruso - Presidente em exercício.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO

O presente TC foi instaurado por determinação deste Relator, objetivando a realização de auditoria na Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo, atualmente denominada SPTuris, visando apurar a existência de eventuais irregularidades na locação da área de estacionamento da empresa para a realização da Feira Livre do Automóvel, bem como a utilização do nome 'ANHEMBI' para a divulgação do evento por parte da locatária, a empresa MATEL Representações e Produções Ltda. Houve, da mesma forma, determinação para a análise do instrumento jurídico utilizado para a locação.

Também consta dos autos a existência de denúncia no Ministério Público do Estado de São Paulo, PJC-CAP nº 387/2002 - 6ª PJ, cujo conteúdo se dirige à verificação da legalidade da locação realizada há mais de 20 anos de área pública e sem procedimento licitatório, assim como a utilização indevida do nome da empresa ANHEMBI para a divulgação do evento. Em relação a este último ponto, a despeito da proposição, o próprio "Parquet" antecipou compreender a denominação utilizada em razão do bairro e local em que se situa a feira, o que tornaria duvidoso, ou até mesmo tendencioso, atribuir algo indevido à locatária na divulgação de seus eventos, até porque existem outras sociedades comerciais que adotam o mesmo vocativo.

Iniciada a instrução, a Auditoria elaborou relatório de inspeção através do qual, especificamente em relação ao contrato de locação, informa as seguintes condições para utilização do espaço:

10 mil reais de aluguel mínimo, ou a somatória dos valores assim definidos:

- 25,5% sobre o faturamento bruto mensal recolhido nas bilheterias do evento, mais ...

- ... 12% sobre as rendas auferidas em razão da comercialização dos espaços de propaganda e merchandising nos dias de feira, mais ...

- ... 10% sobre o montante auferido durante a feira, referente à venda de alimentos e bebidas.

Consta, ainda, que foi celebrado Termo de Aditamento acrescendo a área localizada no Polo Esportivo e Cultural Grande Otelo do complexo Parque Anhembi, mais conhecida como Dispersão, Pista, Setores 9 e 10, além de incluir as terças-feiras para a realização da *'Feira de Automóveis Antigos no Anhembi'* e todos os sábados para a 'Feira Livre do Automóvel'. Assim, o aluguel com cláusula de carência para pagamento de 12 meses ficou estabelecido na forma que segue:

- 15% sobre o valor da arrecadação auferida nas bilheterias dos eventos aditados, mais ...

- ... 10% sobre os valores arrecadados pela comercialização de alimentos, mais ...

- ... 12% sobre as rendas auferidas em razão da comercialização dos espaços de propaganda e/ou merchandising nos dias de feira.

Ao tempo em que se realizava o controle, encontrava-se em curso ação judicial promovida pela MATEL, visando à renovação do contrato de locação. Esta, por sua vez, foi sobrestada a pedido das partes pelo MM. Juiz da 17ª vara Cível da Capital.

Como pano de fundo das posições adotadas pela Anhembi, seja em relação aos atos de controle externo, seja em relação à sua posição na ação judicial, houve sempre a tese lançada pela Empresa afirmando não se submeter ao certame licitatório por ser pessoa jurídica de direito privado, de modo que os seus contratos relacionados ao exercício de atividades de cunho negocial não se sujeitam à licitação.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo aduziu que a questão diz respeito ao regime jurídico regedor das empresas estatais e seus bens, asseverando que, embora estejam estas sujeitas ao regime jurídico de direito privado, devem incidir princípios de direito público, sobretudo os insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, não sendo por outra razão que tais empresas devem realizar concurso público para contratar seus empregados, aplicando-se o mesmo raciocínio às licitações. Concluiu que, para fins de gestão dos bens, incidem os princípios constitucionais, de modo que a empresa estará submetida, pelo menos, à realização de procedimento que assegure tratamento isonômico aos interessados na locação da área, com a devida publicidade e transparência. Afirma ainda que, diante dos controles existentes, é possível inferir que a Anhembi recebe menos do que o devido, por força da cláusula contratual que fixa o valor da locação, e, desta feita, sugere que a Auditoria se manifeste sobre tal aspecto.

Em 23 de setembro de 2004, a Anhembi informou a esta Corte de Contas a celebração de acordo nos autos da ação judicial promovida pela MATEL, dando conta que, diante da homologação, a ação seria extinta (sem julgamento de mérito, diga-se de passagem). Na petição encaminhada ao Juízo, consta que o contrato AJU/LOC/011/97 seria rescindido em comum acordo e, como desdobramento, celebrar-se-ia novo contrato de locação pelas partes.

Essa relação contratual, por sua vez, consubstanciou-se no Termo nº GJU/092/04, estabelecido nos seguintes parâmetros:

- 27,5% sobre o faturamento bruto mensal recolhido nas bilheterias do evento aos domingos no estacionamento do Pavilhão;

- 20% sobre o faturamento bruto mensal recolhido nas bilheterias do evento realizado às terças-feiras no Polo Cultural e Esportivo Grande Otelo;

- aluguel mínimo de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais mensais), ou o valor obtido pela aplicação da soma dos percentuais acima mencionados, prevalecendo sempre o maior;

- a comercialização de bebidas, comidas e a exploração de propaganda e merchandising de terceiros já estão incluídas nos percentuais fixados.

Saneando o feito (fls. 240/243), determinei:

- encaminhamento de ofício ao Ministério Público noticiando a celebração de acordo judicial, acompanhado de cópia do novo contrato celebrado;

- encaminhamento de ofício à Origem para informar sobre a homologação judicial do acordo noticiado;

- realização de nova inspeção, inclusive considerando os termos pactuados no novo contrato celebrado pelas partes e,

- análise e manifestação da AJCE em face do acordo celebrado perante a 17ª Vara Cível desta Capital.

A Auditoria, então, analisou os eventos realizados durante a vigência do contrato anterior e do subsequente. Nisso, constatou que o sistema de controle, em ambas as situações, se fazia através da emissão de um simples recibo, que declarava a quantia recebida com base no demonstrativo mensal/faturamento/comissão elaborado pela MATEL. Aproveitou o ensejo para

informar que não houve auditoria interna ou qualquer outra forma de controle sobre os valores arrecadados, ainda que tenha sempre havido cláusula contratual para tanto. Consignou, por fim, que a Empresa informava a implantação do sistema mecanizado, inclusive com verificação “in loco” (16.06.05).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo deu por prejudicada a análise do contrato em face da homologação do acordo judicial, sem prejuízo de manifestação em futura contratação. Com relação à fiscalização, considerou que a Anhembi deveria ter desenvolvido uma forma de gestão contratual melhor elaborada.

Deparando-me diante do cenário a que se faz menção, determinei a realização de mais uma inspeção para verificar se as medidas de controle anteriormente noticiadas haviam sido implantadas pela Origem. Referida auditoria foi realizada em maio de 2006, abrangendo o período de janeiro de 2005 a maio de 2006, e encontra-se consubstanciada no relatório de fls. 454/461, com os seguintes aspectos relevantes a destacar:

- os documentos relativos à arrecadação são os mesmos apresentados na inspeção anterior;

- o controle administrativo é feito através de relatórios emitidos pela MATEL e pela SPTuris e são organizados em um PA;

- existência de falhas nos controles, tais como: movimentos absolutamente iguais nos dias 10 e 17/01 (um deles provavelmente não é verdadeiro); em alguns casos, o nº da nota fiscal figura em mais de uma sequência, indicando a não veracidade dos relatórios de movimento de caixa, rasuras e desencontro de informações com o setor de arrecadação da Anhembi/SPTuris, que levou em consideração a informação da MATEL (essas divergências são frequentes e nem sempre são justificadas ou corrigidas pela MATEL); em um mesmo caixa, veículos da mesma modalidade apresentaram valores de ingresso diferentes; alguns caixas da MATEL trabalham durante um mesmo evento com mais de 10 sequências diferentes de NFs, o que dificulta as conferências e possibilita a ocorrência de erros; divergências injustificadas entre os números das NFs e o nº de placas das modalidades entregues; a MATEL monta as bilheterias a cada evento e não são utilizados equipamentos eletrônicos, embora esse procedimento seja mencionado no relatório da comissão formada para tratar do controle desse contrato; a sequência das NFs e a numeração das placas são fornecidas com inconsistências ao final do evento.

Em conclusão, mais uma vez, a Auditoria atestou a existência de inúmeras fragilidades na execução do contrato, afirmando não ser possível identificar a quantidade de veículos em cada evento e o valor real arrecadado. Indica, ainda, que: 1) não foram localizadas auditorias ou informações contábeis e financeiras sobre o ingresso de veículos, o que está previsto no contrato como prerrogativa da contratante; 2) a SPTuris não realizou contagem dos veículos ou checagens periódicas das informações fornecidas pela MATEL (a estatal não

mantém pessoas para essa finalidade nas feiras); 3) a recomendação sobre a implantação de controles eletrônicos, feita pela comissão especial constituída para essa finalidade, não tinha sido implementada. Todavia, ressalvava a existência de processo instaurado para a contratação de empresa especializada na tecnologia de controle.

Diante das justificativas apresentadas pela SPTuris e pela empresa locatária, Aud manifestou-se conclusivamente no sentido de que não houve alteração na situação retratada nos relatórios de auditoria anteriores, ponderando que apenas verificação futura poderia constatar a efetiva implantação do sistema de automação do estacionamento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido de que a Origem está adotando as providências para aprimorar os controles, opinando pelo conhecimento da auditoria, sem prejuízo das recomendações.

Ao final, a Secretaria Geral acompanhou a manifestação da AJCE no que se refere à necessidade de licitar, entendendo aplicáveis à espécie os princípios do art. 37 da Carta Magna. Todavia, ponderou que, no presente caso, a matéria foi afastada diante da homologação da ação judicial pelo Juízo competente. Em relação aos controles e fiscalização, registrou as informações relacionadas às falhas de controle, inconsistências e fragilidades na execução do ajuste em questão.

Informou sobre a contratação da empresa ANSETT Tecnologia e Engenharia, através do contrato GJU 36/06, visando à instalação e manutenção de sistema de administração do estacionamento do Parque Anhembi até 17.11.06, bem como a rescisão unilateral do referido ajuste em dezembro de 2007, de forma que o sistema ainda não havia sido implantado. Nesse passo, ressaltou a ausência de planejamento da empresa, sobretudo considerando que essa determinação já constava do relatório do exercício de 1999 e que vem sendo reiterada em todos os anos subsequentes, demonstrando, assim, a ineficiência da empresa nesse particular.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, não obstante tenham os Órgãos Técnicos se manifestado pelo prejuízo da discussão em torno da necessidade de conferir procedimento que assegure igual oportunidade aos interessados para locação da área de estacionamento da SPturis para a finalidade proposta, uma vez que houve homologação de acordo nos autos da ação renovatória de aluguel, entendo que a inexistência de sentença de mérito faz com que não haja apreciação pelo Poder Judiciário acerca da controvérsia do regime jurídico e o reflexo em torno dos bens da Empresa.

Desta forma, ainda que considerasse prejudicada a questão, isso seria unicamente em relação ao contrato homologado, permanecendo a discussão relacionada à viabilidade ou não da locação direta e sem chamamento público, razão pela qual este aspecto não pode deixar de ser abordado no presente voto.

A esse respeito, cumpre mencionar a decisão proferida no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, sobre a promoção de arquivamento do procedimento instaurado para apurar irregularidades na locação das áreas de estacionamento da Anhembi. Dentre outros aspectos, entendeu o Conselho do MP que não foi julgada a questão da falta de licitação para locação de imóvel de propriedade da sociedade de economia mista, propondo sua continuidade diante da conversão em diligência e o retorno da peça apuratória à Promotoria de origem, ao mesmo tempo em que frisou a relevância da manifestação do Tribunal de Contas a respeito do citado contrato (fls. 71/72).

Passando agora ao conteúdo da apreciação, faço as seguintes considerações:

Em razão da relação jurídica estabelecida na locação da área de estacionamento da Empresa SPTuris, então denominada Anhembi, deparamo-nos com a complexa discussão relacionada aos contornos do regime jurídico desta estatal que, em tese, desempenha atividade econômica sob a disciplina do artigo 173 da Carta Magna.

Essa complexidade se apresenta ainda mais robusta quando, em relação às atividades desempenhadas e de natureza predominantemente econômica, verifica-se, conjuntamente, um hibridismo composto por serviços que se enquadram num repertório de ações eminentemente estatais, a exemplo do fomento do turismo de negócios como elemento estratégico da cidade.

Surge, daí, uma análise de conformação que reconhece o regime jurídico de direito privado como base das relações estabelecidas, mas que, indubitavelmente, sofre o influxo do regime jurídico de Direito Administrativo. Tal incidência se definirá em maior ou menor grau a partir da realidade que se apresenta em cada caso concreto, sendo este o desafio que integra o objeto da auditoria ora em julgamento.

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 artigo 37, bem como dos incisos II, XVI, XVII, XIX do mesmo dispositivo, dentre outros.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em relação às estatais que integram a Administração Indireta, assevera que *'... são fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador*

destas pessoas é o de se constituírem em auxiliares do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentes dos meramente privados' (nota 01).

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 da feira de veículos, entendo não haver motivação suficiente para definir o afastamento de procedimento que garanta igualdade de oportunidade a todas eventuais interessadas em locar a 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.

Paralelamente, agora remetendo a discussão à questão relacionada à fiscalização dos estacionamentos, destaco o seguinte:

O nexo causal que tornou a discussão aqui necessária, estendendo o objeto do presente TC até a verificação do controle de acesso de veículos, resulta do próprio liame estabelecido entre a locação e o valor que lhe corresponde.

Isso melhor se explica pelo simples fato de que a arrecadação de ingressos compõe uma equação matemática que define o quanto é devido como pagamento pela MATEL, e, por consequência, a inconsistência na verificação do acesso de veículos concorre definitivamente para fragilizar, ou até mesmo vulnerar, o valor fixado a título de locação.

Esses vários apontamentos que acusam a ineficiência da contagem de ingresso desses veículos, assim como a compreensão de que a SPTuris se submete aos princípios do caput do artigo 37 da Constituição Federal, para o caso em tela, conduzem meu voto ao CONHECIMENTO e REGISTRO da presente auditoria, DETERMINANDO, por força do quanto versado, que a SPTuris passe a observar os seguintes aspectos:

1 - submeter-se a procedimento que garanta isonomia aos eventuais interessados na locação da área de estacionamento da Empresa, para realização de feira de veículos;

2 - implante definitivamente o controle de acesso dos estacionamentos, sob pena de responsabilização. Neste particular, deverá fazê-lo em prazo razoável,

> desde que inquestionavelmente breve, e sua concretude será objeto de controle nos autos do TC nº 2.339.08-62, "venia concessa" por parte do Ilustre Relator, Eminente Conselheiro Roberto Braguim, posto que define objeto específico referente à receita de estacionamento da SPTuris.

Permito-me suscitar tal desfecho pelo fato de que o TC a que se faz referência teve como origem as considerações levadas a efeito na Sessão Ordinária realizada em 17 de setembro de 2008, na qual ressaltei as novas questões que se apresentavam como desdobramento da instrução do presente feito.

DETERMINO, ainda, remessa de cópia da presente decisão ao Ministério Público, não só em face das solicitações encaminhadas por aquele órgão, mas diante das reiteradas informações constantes nos autos acerca da ineficiência dos controles dos estacionamentos, das imprecisões e fragilidades passíveis de gerar evasão de receitas, e da constatação da não solução por parte da SPTuris.

DETERMINO, por fim, encaminhamento de ofício à SPTuris para ciência do teor da presente decisão, com cópia endereçada ao Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal. Após, arquivem-se os autos.