TC nº 72-000.323.03-47

3º JULGADO
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VOLUNTÁRIO. Decisão que negou provimento ao recurso. Retomada da licitação autorizada. CONHECIDO. ACOLHIDO PARCIALMENTE. Votação unânime.

2º JULGADO
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que suspendeu temporariamente o edital. Ilegalidade comprovada. Suspenso até a regularização. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

1º JULGADO
ACOMPANHAMENTO. EDITAL. SMT. Concessão dos serviços de transporte coletivo. Suspeitas de ilegalidades. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. Votação por maioria

TC citado: 72.000.920.03-26.

3º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração -, dos quais é Relator o Conselheiro Edson Simões.

CONSIDERANDO:

I – que o transporte público coletivo de passageiros na Capital se reveste de inquestionável prioridade e requer atenção por parte das autoridades envolvidas, dado seu caráter social;

II – a competência constitucional deste Tribunal, para o exame e fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos atos praticados pela Administração Municipal;

III – a ocorrência de alteração do Edital, com supressão da cláusula que possibilitava a prorrogação do prazo da concessão por até 25 (vinte e cinco) anos, por meio do COMUNICADO nº 9, publicado no Diário Oficial do Município de 21/02/03, aceitando a decisão, proferida na sessão de 19/02/03, de

vigência da concessão em 10 (dez) anos, prorrogável no máximo por mais 5 (cinco) anos;

IV – os fundamentos expostos pela Assessoria Técnica Jurídica, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria-Diretoria Geral, no sentido de que os questionamentos registrados e ainda pendentes são de todo relevantes;

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, e Maurício Faria, que votaram com o Relator, tendo restado superado o acréscimo ao voto do Relator suscitado pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, que propunha a devolução do prazo aos licitantes em razão das alterações levadas a efeito no instrumento convocatório, observadas as disposições do artigo 14 da Lei Federal 8.987/95, posto que não acompanhado pelos demais Conselheiros, em **conhecer dos Embargos Declaratórios interpostos**, por preencherem os requisitos legais de admissibilidade, e, **no mérito, em acolher parcialmente os mesmos**, para efeito de autorizar a Origem a retomar o certame sobrestado, mediante o acompanhamento concomitante, pelos Órgãos Técnicos desta Corte, da presente licitação, promovendo-se, em continuação e em autos apartados, o exame aprofundado da matéria relativa à natureza jurídica da concessão, observadas as formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Maurício Faria.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso, com sustentação oral.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de fevereiro de 2003.

Antonio Carlos Caruso – Presidente. Edson Simões, Relator.

RELATÓRIO e VOTO em Notas Taquigráficas.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro Edson Simões – Relator, nos termos do parágrafo 2º do artigo 157 do Regimento Interno desta Corte.

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 interposto, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, no mérito, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor, e Roberto Braguim, em negar provimento ao apelo, uma vez que perduram no edital da Concorrência 012/2002 vícios de ilegalidade que não autorizam o prosseguimento da licitação.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em julgar irregular o edital da Concorrência 012/2002, ficando mantida a suspensão do certame, até que sejam escoimadas do edital as ilegalidades e irregularidades apontadas no voto do Relator, bem como aquelas contidas no voto do Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de fevereiro de 2003.

Antonio Carlos Caruso – Presidente. Edson Simões, Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo da análise do edital da Concorrência número 12/02 para outorga de concessão do serviço de transporte coletivo público de passageiros em áreas do subsistema estrutural na cidade de São Paulo.

O Grupo Técnico desta Corte, ao analisar o edital, apontou diversas irregularidades e ilegalidades, quais sejam:

a – A publicação é extemporânea, não apresenta as justificativas para a concessão, não caracteriza o objeto, área e prazo da concessão (artigo 5º e artigo 16 da Lei Federal 8.987/95).

b – O prazo mínimo estipulado na lei para apresentação das propostas restringe a participação de empresas não atuantes no sistema, tendo em vista a complexidade dos dados envolvidos (artigo 3 e 21, parágrafo 2º, inciso II, "a", da Lei 8.666/93).

c – O edital permite a desclassificação com base em dados relacionados à habilitação (artigo 43, parágrafo 5º, da Lei 8.666/93).

d – O edital não pode excluir a possibilidade de servidor da Administração reconhecer a autenticidade de cópias de documentos (artigo 32 da Lei 8.666/93).

e - A exigência de garagens dentro do perímetro da concessão é fator restritivo à participação (artigo 3º da Lei 8.666/93).

f - Não há previsão legal para o critério de julgamento adotado - menor valor da remuneração (artigo 15 da Lei 8.987/95).

g - Os critérios para considerar as propostas comerciais manifestamente inexeqüíveis não estão explicitados (artigo 40, inciso VII da Lei 8.666/93).

h – O prazo de até 25 (vinte e cinco) anos deve ser definido no edital e não ser hipótese de eventual prorrogação, como está sendo tratado no edital (artigo 21 da Lei 13.241/01).

i – O prazo estipulado no edital é muito exíguo para empresas não atuantes no sistema, restringindo o caráter competitivo da licitação (artigo 3º da Lei 8.666/93).

j - As penalidades administrativas para o não cumprimento dos deveres da concessionária não estão previstas no edital ou no contrato, não estando claros os critérios para redução da remuneração nos casos de desatendimento das metas e prazos (artigo 35 da Lei Municipal 13.241/01 e artigo 40, inciso III, da Lei 8.666/93).

Na Sessão Extraordinária 2.077, realizada na data de 31/01/03, este Tribunal deliberou, por maioria de votos, suspender, temporariamente, a concorrência, diante de dúvidas em relação a cláusulas editalícias e tendo em vista a magnitude monetária do objeto licitado e a importância do transporte coletivo público para a Cidade de São Paulo, até que sejam escoimadas as questões suscitadas pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal, em resguardo ao interesse público.

Após ciência desta decisão, a Secretaria Municipal de Transportes apresentou esclarecimentos de folhas 233 a 256 e o recurso de folhas 266 a 296, alegando, em síntese, que o edital em exame não apresenta qualquer ilegalidade, requerendo a reforma da decisão no sentido de revogar a suspensão da concorrência, com o conseqüente prosseguimento do certame.

Em atendimento ao determinado por este Relator, designado em virtude de prolator da corrente vencedora, os autos foram submetidos à apreciação da Secretaria de Fiscalização e Controle para análise da defesa apresentada pela Origem, bem como encaminhados à Assessoria Técnica Jurídica para manifestação sobre o enquadramento das condições editalícias às normas de concessão de serviço público e a respeito da admissibilidade do recurso interposto.

A Secretaria de Fiscalização e Controle entendeu que o edital encontra-se IRREGULAR, pelos motivos a seguir expostos:

a - Sobre a extemporaneidade da publicação do ato de justificação, a Origem informou que as justificativas para a concessão, as características de seu objeto, área e prazo encontram-se detalhadas na Lei Municipal 13.241/01, bem como no Decreto Municipal 42.736/02, razão pela qual acha-se suprida a exigência do artigo 5º da Lei 8.987/95. Reafirmou seu posicionamento nosso Órgão Técnico, no sentido da extemporaneidade do referido ato, já que o mesmo, embora datado de 26/12/02, foi publicado somente em 18/01/03, portanto, após a publicação do edital, sem a caracterização do objeto, área e prazo.

b - Quanto à exigüidade do prazo de 30 (trinta) dias para a divulgação do edital, a Origem informou que o novo modelo vem sendo discutido desde 2001, tendo sido realizada a audiência pública em 2002 e disponibilizado na Internet o Termo de Referência, que não recebeu questionamentos sobre a exiguidade de aludido prazo.

Entendeu o Grupo Técnico deste Tribunal que as regras do novo Sistema de Transporte só foram divulgadas com a publicação do edital.

c - Em relação ao item que permite a desclassificação das propostas com base em dados relacionados à habilitação, informou a Origem que está ‘em estrita consonância com a orientação dessa Corte de Contas’. Nossos técnicos entenderam que permanece a dúvida sobre a correta interpretação deste item, visto que a licitante, embora possa apresentar proposta para todas as áreas, só poderá assinar contrato para três, ratificando que foi sugerido à Origem, de expressa referência, que o capital social deverá atender à soma das três maiores áreas pretendidas pelo licitante.

d - Quanto ao item do edital que excluía a possibilidade de servidor da Administração reconhecer a autenticidade de cópias de documentos, a Origem admitiu o equívoco e efetuou a republicação, nos termos legais.

e - No item do edital que exige que o licitante possua garagens em sua área de operação, a Origem não rebateu a conclusão de nossos técnicos, ao contrário do que foi afirmado pelos seus representantes, tendo em vista que o prazo de vinte e quatro meses previsto no edital não se refere à localização das garagens mas sim às adequações de ordem estrutural e física das mesmas, permanecendo a exigência de que a garagem esteja localizada na área de operação, desde o início da concessão, fator esse considerado restritivo à participação de licitantes que estejam fora do sistema atual de transportes coletivos na Capital.

f - No que se refere ao critério de julgamento - menor valor de remuneração por passageiro transportado, o qual não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 15 da Lei 8.987/95, a Origem apresentou parecer do Professor Adilson Dallari, no sentido de se interpretar que a menor remuneração enquadra-se no inciso I do referido artigo, que menciona “menor tarifa”, considerando a sua finalidade. Nossos técnicos entenderam que não se trata de interpretação literal ou finalística, visto que a própria Lei Municipal nº 13.241/01, no seu artigo 10, parágrafo 20, dispõe taxativamente que, no julgamento de cada licitação, deverão ser aplicados os critérios estabelecidos no artigo 15 da Lei Federal nº 8.987/95, questionando o modelo apresentado, por não enquadrado no regime de concessão.

g - Quanto ao critério para julgamento da exeqüibilidade das propostas, a Origem concluiu que ‘o critério explicitado no edital para os preços manifestamente inexeqüíveis é o da consistência dos dados apresentados, que será aferida pela Comissão, seja por comparação com dados previamente conhecidos, seja por diligências realizadas junto à proponente, para que justifique o valor constante de sua proposta comercial’.

O Grupo Técnico esclareceu que o questionamento formulado refere-se exatamente a aferição dessa “consistência”, de forma objetiva, já que não há previsão no edital ou no processo administrativo, inexistindo qualquer dado objetivo hábil para servir de comparação aos valores propostos pelas licitantes, ferindo assim o princípio do julgamento objetivo das propostas, bem como o disposto no inciso IX do artigo 18 da Lei Federal nº 8.987/95.

h - Em relação à possibilidade da concessão vir a ser estendida por até vinte e cinco anos, a Origem informou que se trata de disposição prevista na Legislação Municipal nº 13.241/01 que regulamenta a concessão, acrescentando ‘que a extensão não implica no aumento da remuneração, apenas no prazo’.

Os nossos técnicos afirmam que a concessão deve ser licitada por prazo certo e previamente determinado no edital, devendo a prorrogação ser tratada como exceção e não como regra. A própria lei municipal anteriormente citada não trata esse prazo como hipótese de prorrogação a ser considerada posteriormente à contratação.

i - No que se refere ao exíguo prazo para o início da operação, a Origem reforça a argumentação a respeito do prévio conhecimento das condições de operação do novo modelo de transporte pelos licitantes, ressaltando

que não houve qualquer pedido de impugnação ou esclarecimento em relação ao prazo de 30 (trinta) dias fixado no edital.

A equipe técnica entendeu aludido prazo como restritivo da eventual participação de empresa que não esteja no atual sistema de transporte público na Capital, tendo em vista a frota necessária para o início da operação, não localizando no edital disposições sobre prazos entre a assinatura do contrato e a emissão da Ordem de Serviço.

j - Quanto às penalidades administrativas e sua aplicação, a Origem apresentou os termos do Comunicado publicado no Diário Oficial do Município, afirmando que estava em consonância com a orientação deste Tribunal.

Nossos Técnicos esclareceram que a orientação desta Corte foi no sentido da necessidade de expressa menção e graduação das penas na hipótese de eventual descumprimento por constituir cláusula contratual essencial do edital, nos termos da legislação federal e municipal. Aduziu que a Origem não atendeu à legislação, devendo as penalidades estar integralmente transcritas.

A Secretaria de Fiscalização e Controle, no tocante ao cálculo do valor máximo da remuneração, observou que os dados dos passageiros efetivamente transportados, constantes da Tabela 1 do Caderno 13 que não constitui Anexo do Edital, apresentam divergências em relação aos dados referentes a 2002, apresentados nas estatísticas da São Paulo Transporte ao final do Anexo I. Procedeu à comparação dos passageiros transportados e verificou que a quantidade de passageiros da Tabela 1, como transportados no ano de 2002, é 13% (treze por cento) superior à registrada pela São Paulo Transporte naquele ano.

Acrescentou que todos os acréscimos apresentados nos comparativos das Tabelas não constam do edital, não estando disponibilizados aos licitantes, sendo fundamentais para a adequada elaboração das propostas. Entendeu que, com esses acréscimos, a estimativa final de viagens sobre a qual se calculou a remuneração máxima estabelecida no edital é 33% maior que a possível de ser apurada a partir dos dados, referentes a 2002, informados aos licitantes.

Com relação aos esclarecimentos ao edital, divulgados pela Origem constatou o Grupo Técnico que determinados esclarecimentos incorporam situações, modificações ou interpretações que não estavam inicialmente previstas no texto do edital e afetam a formulação das propostas, prevalecendo o entendimento de que a divulgação deverá ser feita pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido para apresentação das propostas.

Instada a se manifestar, a Assessoria Técnica Jurídica, sobre o recurso interposto, entendeu estarem presentes as condições exigidas pelo Regimento Interno no seu artigo 147, parágrafo 1º, que admite a interposição de recurso ordinário em face das decisões prolatadas pelo Tribunal Pleno, estando atendidos também prazo e legitimidade.

No que diz respeito aos aspectos jurídicos questionados no edital, informou que o item quanto ao prazo contratual e prorrogação da concessão é manifestamente ilegal e inconstitucional, por violar os ditames do artigo 175 da Constituição Federal e as disposições das Leis 8.987/95 e 8.666/93. Entendeu que a prorrogação do contrato de concessão constitui burla à obrigatoriedade do prévio procedimento licitatório, não podendo ser generalizada e descontrolada. Dessa forma, o prazo contratual e sua prorrogação não podem ser aleatórios, mas decorrentes de estudos, indicando claramente quais os investimentos exigidos em bens reversíveis e que estarão a cargo da concessionária para viabilizar a amortização, em condições normais da exploração do capital investido, elementos esses que são imprescindíveis à determinação da tarifa. Essas condições devem ser analisadas previamente e consideradas no momento da licitação e não durante a execução da concessão, como requisito para possível prorrogação. Por fim, entendeu que, como consta no edital, agride os dispositivos legais e constitucionais citados, devendo ser expurgado do instrumento convocatório.

Em relação à remuneração, quanto ao questionamento se o novo modelo de transporte coletivo pode ser classificado como concessão ou se constitui prestação de serviços, salientou a Assessoria Jurídica que a questão é de suma importância, eis que o objeto da concorrência em exame versa sobre a prestação de serviço de transporte coletivo público de passageiros. Após definição dos conceitos de concessão e de prestação de serviços, ressaltou aquela especializada que a Secretaria de Transportes apresentou no edital inovações no sistema, as quais, ainda que tenham por objetivo o aprimoramento da qualidade na prestação de serviço prestado ao usuário, torna no mínimo questionável seu enquadramento no instituto da concessão.

Em conclusão, a Assessoria Jurídica entendeu não restar outra alternativa senão impugnar o critério de julgamento previsto no edital em exame, salientando que o edital separou as noções de tarifa e remuneração, conferindo-lhes regime e conseqüências jurídicas diversas, não podendo ser acolhida a afirmação da Origem que alega estar dando à remuneração a mesma finalidade da tarifa para o atendimento do artigo 15 da Lei 8.987/95, posto que conflita com o modelo proposto e com o próprio edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal posicionou-se tão-somente quanto ao conhecimento da peça recursal, pois atendidas as condições de sua admissibilidade, porém, deixando a critério deste Plenário a decisão sobre o seu mérito.

A Secretaria-Diretoria Geral se manifestou no sentido da inadequação do instrumento convocatório, até que sejam escoimados os vícios de ilegalidades apontados. Asseverou que o edital, lei interna da licitação, vincula aos seus termos os licitantes e a própria Administração Pública. E, em conseqüência, impõe, pelo Princípio do Julgamento Objetivo, que o julgamento das propostas seja feito com base em critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas formuladas.

Quanto às questões apresentadas pelo grupo técnico, ressaltou:

a - quanto ao critério de julgamento das propostas inexeqüíveis, seu caráter subjetivo, por não haver no edital critérios perfeitamente colocados para a avaliação das propostas, em ofensa ao princípio do julgamento objetivo;

b - a impossibilidade da concessão estender-se até 25 anos por contrariar a Lei Municipal número 13.241/01, que admite a prorrogação da concessão no prazo máximo de 15 anos;

c - quanto ao critério de julgamento das propostas - menor valor da remuneração por passageiro transportado - entendeu que o novo modelo editalício separou os conceitos de remuneração e tarifa, afastando o critério enunciado no artigo 15 da Lei 8.987/95.

Concluiu pela imperiosidade da exigência de critérios perfeitamente definidos no edital, explicitando como se dará a avaliação das propostas, que tem como objetivo o resguardo do princípio da isonomia, de sorte que a aferição da melhor proposta ocorra a partir de todos os dados disponíveis, inclusive de receitas complementares expressamente previstas, possibilitando a formulação conceitual do que será julgado o menor preço.

É o relatório.

VOTO

Oportuno registrar que este Tribunal de Contas recebeu do Ministério Público dois ofícios: o primeiro oriundo da 9ª Promotoria de Justiça da Cidadania, requisitando cópia integral do processo relativo à Concorrência 12/02; o outro advindo do Grupo de Atuação Especial de Proteção a Pessoas Portadoras de Deficiência, indagando se consta do edital cláusula referente à acessibilidade nos veículos de transporte coletivo municipal às pessoas portadoras de deficiência. Em atenção aos citados ofícios, esta Corte enviou cópias do processo e encaminhou aos Órgãos Técnicos para pronunciamento do segundo ofício recebido.

DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

A instrução processual compreendeu a análise dos argumentos apresentados pela Origem em relação aos aspectos controvertidos no edital de Concorrência 12/02, bem como apreciou as razões expostas no recurso da Origem.

Do Acórdão proferido restaram consignadas irregularidades e ilegalidades atinentes ao edital da concorrência em análise, itens

que ainda não foram superados, com base nos pareceres técnicos exarados nos autos. Senão vejamos:

Itens superados por encontrarem abrigo na legislação vigente

Entendo que a matéria constante nas letras “b” e “i” do item 4.1 das Conclusões da Secretaria de Fiscalização e Controle obedecem parâmetros legais, uma vez que os prazos mínimos estipulados no edital se adequam à legislação, apesar de entendimento discordante do Grupo Técnico.

Quanto à letra “a” do item 4.1 do citado relatório, entendo tratar-se de mera impropriedade formal, que não afeta a essência do edital em análise.

Quanto à letra “d” do item 4.1, a Origem republicou tal item, nos termos legais, sanando a impropriedade apontada.

Itens não devidamente atendidos pela Secretaria de Transportes

Em relação à letra “c” do item 4.1 do relatório do Grupo Técnico, apesar de ter restado consignado no Acórdão proferido, equivocadamente, que não se constitui por si só infringência à legislação vigente, diante das novas ponderações de nossos técnicos, entendo que ainda persiste deficiente a interpretação deste item, visto que a licitante, embora possa apresentar proposta para todas as áreas, só poderá assinar contrato para três, devendo, em conseqüência, constar que o capital social deverá atender à soma das três maiores áreas pretendidas pelas licitantes.

Quanto à letra “e” do item 4.1. do citado relatório, que exige que o licitante possua garagens em sua área de operação, resta ainda indefinida a questão do prazo de 24 meses previsto no edital, visto que não se refere à localização e sim às adequações de ordem estrutural e física, permanecendo a exigência de que a garagem esteja localizada na área de operação, desde o início da concessão.

No que se refere à letra “j” do item 4.1, em relação às penalidades, constou que esta matéria é cláusula essencial do edital. Nota-se que não foi alterado o edital de modo a expressar taxativamente as hipóteses de eventuais infrações cometidas pelas concessionárias, as respectivas sanções e graduações.

ITENS RELEVANTES NÃO CORRIGIDOS PELA ORIGEM

Em relação à letra "f" do item 4.1, ao CRITÉRIO DE JULGAMENTO - menor valor de remuneração por passageiro registrado - continuo entendendo que o mesmo não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 15 da Lei 8.987/95.

Ademais, como bem salientou a Secretaria-Diretoria Geral e a Assessoria Técnica Jurídica, o edital separou os conceitos de remuneração e tarifa, afastando-se do disposto na legislação acima citada, não sendo claro e objetivo o bastante para permitir a apresentação de propostas que permitam um processamento objetivo da Comissão de Licitação no seu julgamento.

Quanto ao critério para julgamento da exeqüibilidade das propostas (letra "g"), permanece expressado de forma subjetiva, por não haver no edital critérios perfeitamente colocados para a avaliação das propostas, em ofensa ao princípio do julgamento objetivo.

No que se refere ao prazo da concessão estender-se por até 25 anos (letra 'h"), entendo que a concessão deve ser licitada por prazo certo e previamente determinado no edital, podendo ser prorrogada no prazo máximo de 15 anos, nos termos da Lei 13.241/01, considerando que a prorrogação do contrato de concessão, na forma constante do edital, configura burla à obrigatoriedade do prévio procedimento licitatório, sendo certo que as condições de prorrogação devem ser analisadas previamente e consideradas no momento da licitação e não durante a execução da concessão, como requisito para possível prorrogação.

Além de todo o acima exposto, ressalta-se que endosso inteiramente as conclusões da Assessoria Técnica Jurídica, que ficam fazendo parte integrante do meu voto, ao definir os conceitos de concessão de serviço público e prestação de serviço público e os aspectos jurídicos do edital, permitindo-me transcrever o citado parecer:

"Prazo Contratual/Prorrogação

Subitem '13.1. O prazo da concessão será de 10 (dez) anos, contados da data da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por até 5 (cinco) anos, mediante prévia justificativa do Poder Concedente, nos termos do artigo 21, inciso I, da Lei nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001'.

Subitem '13.3. Excepcionalmente, os contratos de concessão poderão vir a ser estendidos para até 25 (vinte e cinco) anos, contados da data de sua assinatura, nos casos em que for exercida a opção pela realização de novos e elevados investimentos em bens reversíveis'.

Subitem '13.3.1. A opção referida no item 13.3, deverá ser exercida no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses,

contados a partir da data da assinatura do contrato, mediante comunicação por escrito ao Poder Concedente para análise e aprovação'.

O Subitem 13.3 do edital de convocação é, a nosso ver, manifestadamente ilegal e inconstitucional, por violar os ditames do artigo 175 da CF e das disposições das Leis 8.666/93 e 8.987/95.

Com efeito, estabelece a norma constitucional o seguinte:

'Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos'.

A prorrogação do contrato de concessão na forma estipulada no subitem 13.3 do edital configura burla à obrigatoriedade do prévio procedimento licitatório.

Em verdade, a norma editalícia estabelece a prorrogação contratual sem que as condições e os critérios da prestação do serviço estejam perfeitamente delimitados no próprio edital e no contrato. Tais elementos são essenciais à delimitação do prazo contratual, pois o fator tempo influencia na formação da tarifa.

Os parágrafos 2º e 3º do art. 4º da Lei nº 9.074/95 dispõem que o prazo será o suficiente para a amortização dos investimentos. A determinação do prazo, portanto, deve ser criteriosa, solidamente justificada e atrelada às condições previamente estabelecidas no edital, não podendo ser condicionada a critérios e condições futuras e não fixadas, deixando-se ao alvedrio da Administração. Assim, a prorrogação não pode ser generalizada e descontrolada.

A esse propósito, a doutrina do Profº Toshio Mukai é pertinente:

'A questão da prorrogação é delicada, pois não pode representar burla ao certame licitatório. É razoável a prorrogação por prazo necessário para finalização da amortização dos bens, mas não é plausível a prorrogação que implique verdadeira nova concessão sem nova licitação'.

'Entenda-se que a concessão deve possuir um prazo atrelado a um estudo minucioso, não devendo ser nem superior, nem inferior ao prazo necessário à amortização dos investimentos previstos (em geral dispendido em anos para que seja possível que a empresa privada vá

auferindo também o lucro que almeja obter)' (DCAP nº 07/jul/2000, pg. 71).

Desta forma, o prazo contratual e sua prorrogação não podem ser aleatórios, mas decorrentes de estudos técnicos que indiquem claramente quais os investimentos exigidos em bens reversíveis e que estarão a cargo da concessionária, de forma a garantir e viabilizar a amortização em condições normais da exploração do capital investido, elementos esses que são imprescindíveis à determinação da tarifa. Essas condições, porém, devem ser analisadas previamente e consideradas já no momento da licitação, não durante a execução da concessão, como requisito para possível prorrogação.

Entendemos assim, que esse aspecto, da forma como apontado no edital e defendido pela Origem, agride os dispositivos legais e constitucionais citados, devendo ser expurgado do instrumento convocatório.

Remuneração

Neste tópico serão abordados tanto o critério de julgamento questionado nos autos, bem como o estudo determinado pelo despacho de fls. 258, o qual requereu a explicitação "se, de acordo com o propalado 'novo modelo de transporte coletivo', as condições editalícias se enquadram na legislação vigente e podem ser classificadas como 'concessão de serviço de transporte coletivo' ou se constitui 'prestação de serviços'".

A questão posta é de suma importância, eis que o objeto da concorrência em exame versa sobre a prestação de serviço de transporte coletivo público de passageiros. Este serviço foi tratado pela Constituição Federal, a qual expressamente o eleva à condição de serviço público, já que taxativamente submete sua delegação à concessão ou permissão. Diz o inciso V do art. 30 da Constituição Federal que compete ao Município 'organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial'.

Este dispositivo, interpretado juntamente com o art. 175 da própria Constituição Federal já transcrito anteriormente, nos impõe afirmar que o serviço de transporte coletivo, por ser público por determinação do texto constitucional, pode ser prestado diretamente pela Administração ou por delegação a particulares. Neste último caso somente mediante dois instrumentos de outorga: a concessão e a permissão.

A concessão, por sua vez, é regida pela Lei Federal 8.987/95, a qual lhe confere as normas gerais a serem observadas por todos os entes federados. Segundo essa Lei é concessão de serviço público 'a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado' (art. 2º, II).

Dessa definição, bem como de outros dispositivos da própria Lei 8.987/95, pode-se afirmar algumas características próprias da concessão, quais sejam: transferência da execução do serviço, resguardando o poder público a titularidade do serviço; a prestação do serviço por conta e risco da concessionária; a exploração do próprio serviço como forma de remuneração e a fixação de uma tarifa a ser paga pelo usuário como forma de manutenção do sistema.

Estas características, em síntese, significam que a outorga de uma concessão a um particular implica em que ele se encarregará da prestação do serviço, bem como de sua gestão e organização, obviamente sempre respeitando a lei específica do ente concedente que fixou suas diretrizes. Ao poder concedente, verdadeiro titular do serviço, permanecem os poderes de fiscalização e controle da concessão, aferindo-se o cumprimento de seus termos contratuais, bem como a qualidade do serviço prestado ao usuário. É indispensável ressaltar que, em se tratando de concessão de serviço público, sua prestação se deve pautar pelos princípios da universalidade e continuidade do serviço público.

Mas a característica do risco empresarial na concessão é extremamente significativa. Quando a lei diz que a concessionária prestará o serviço por sua conta e risco, ela está dando a diretriz básica da concessão. É que neste tipo de outorga o poder público se retira da prestação do serviço. A gestão e prestação do serviço é transferida totalmente para a concessionária, que usará da própria exploração do serviço para se remunerar. Assim é que o insucesso empresarial está incluído no risco da concessionária, arcando ela com eventuais prejuízos decorrentes da exploração do serviço, não o Poder Público. O Poder Público não se submete a qualquer risco financeiro ou imprevisão por conta da outorga da concessão do serviço.

Ademais, vale ressaltar que no modelo previsto na Lei 8.987/95, a tarifa será paga pelo usuário e dela advirá a manutenção do sistema. Se é assim, os recursos dela provenientes são passados diretamente à concessionária para que se recomponha dos custos gastos com referida prestação do serviço.

Conquanto preveja uma parte regulamentar no pacto efetuado com a concessionária, o que permite a alteração unilateral da organização do serviço pela Administração para atendimento do interesse público, a concessão possui também um parte estritamente contratual, a qual versa sobre o aspecto financeiro da outorga. É que a concessionária precisa ver resguardados os benefícios que vai auferir com a prestação do serviço público, eis que seu objetivo é o lucro. Utiliza-se, porém, da concessão para obter o objetivo almejado. Por esta razão, confere-se à concessionária o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, o qual nada mais é que o direito à manutenção da equivalência entre benefícios e encargos fixados no início do contrato. Dada a ocorrência de algum fato superveniente que altere este equilíbrio, tem a concessionária o direito à recomposição daquela equivalência. Além disso, a tarifa poderá ser reajustada para a atualização monetária dos custos envolvidos na prestação do serviço.

Não é demais neste ponto expor uma distinção que é feita de maneira muita clara por toda a doutrina. Os elementos catacterísticos acima expostos, sobretudo o da conta e risco na exploração da concessão e o da titularidade da concessionária apenas para a execução do serviço, são marcantes para fixar as diferenças entre concessão de serviço público e prestação de serviços. É que na concessão a outorga da execução do serviço por conta e risco da concessionária implica em que ela terá relação direta com o usuário do serviço público. O usuário não tem relação direta com o poder concedente, apenas a concessionária o tem. Isto é assim porque o serviço é prestado diretamente da concessionária para o usuário, respondendo ela por todos os danos causados pela prestação do serviço.

O contrato de prestação de serviço, por sua vez, é cabível quando, em não se tratando de serviço público, a Administração requerer do particular a prestação de um serviço para si. Neste tipo de contratação, não há relação do particular prestador do serviço com qualquer usuário; sua relação é feita tão somente com a Administração, para quem presta o serviço e de quem recebe uma remuneração mensal fixada no contrato. Com o usuário só a Administração possui relação. É o caso, por exemplo, de contratação de serviço de limpeza para uma determinada Secretaria. O contrato é estabelecido entre a empresa e referida entidade, ficando totalmente à parte do contrato o administrado. Além disso, no contrato de prestação de serviço, a remuneração do contratado é fixa e, portanto, independente de qualquer risco empresarial.

Em uma breve síntese, pode-se dizer que este é o modelo de concessões apresentado pela Lei 8.987/95.

Tentando viabilizar uma nova forma de prestação dos serviços de transportes coletivo à população, a Secretaria Municipal de Transportes apresenta o Edital de Concorrência n.º 012/2002. Nele se podem verificar algumas inovações no sistema, as quais, ainda que tenham por objetivo o aprimoramento da qualidade na prestação do serviço, torna no mínimo questionável seu enquadramento no instituto da concessão.

O primeiro ponto a ser questionado é a manutenção da gestão do serviço nas mãos do poder concedente. Explica-se: o novo sistema não transfere totalmente a execução do serviço à concessionária nos moldes da Lei 8.987/95. É que a gestão da parte financeira do serviço será reservada a uma empresa estatal a ser criada, a qual receberá todos os recursos provenientes das tarifas e, posteriormente, repassará os valores devidos à concessionária. Ao contrário do quanto exposto anteriormente, as tarifas não vão diretamente à concessionária de forma a que tenha liberdade de gerir o serviço, o qual, repita-se, é explorado por sua conta e risco.

Para viabilizar referido sistema, criou-se a figura da “remuneração” da concessionária a ser fixada na proposta e na qual se baseará a Administração no momento do repasse dos recursos advindos da tarifa. O novo modelo separou então os conceitos de remuneração e tarifa, embora aquela esteja

embutida nesta. Desta forma, a remuneração será aquela prevista na proposta da concessionária e deverá ser "paga" pela Administração no prazo previsto no Edital.

A transferência da gestão dos recursos à empresa estatal não é expressamente prevista na Lei 8.987/95. Conquanto esta Lei seja um pouco criticada por não comportar uma maleabilidade no tipo de outorga em face das características especiais de cada serviço público concedido, o modelo da Lei, como já exposto anteriormente, parte da premissa de que inclusive a gestão do serviço fica sob a responsabilidade da concessionária.

Pode-se alegar a favor do modelo criado pela Municipalidade, no entanto, que por ser complexo requer uma gestora dos recursos, dada a existência de modalidades de serviço distintas e de tarifas diferenciadas. Esta premissa é plenamente justificável. O que pode ser questionado, no entanto, é a solução encontrada pelo modelo, a qual reputa às concessionárias incapacitadas de se auto-organizarem em cooperativas, por exemplo, e promoverem, elas mesmas, a gestão centralizada destes recursos.

Mas, ainda que não se considere a transferência da gestão como descaracterizadora do instituto da concessão, outro fator deve ser questionado. Trata-se da remuneração "paga" pela Administração à concessionária e, principalmente, a forma pela qual se implementa. É que ainda que se considere que referido pagamento não descaracteriza o risco da concessionária - o pagamento será feito com base em sua proposta e não terá um valor fixo, mas sim por passageiro registrado —, a forma de pagamento criou um risco para a Administração, o que é vedado pela lei.

Explica-se: o edital previu que a distribuição dos recursos advindos das tarifas será feito com prioridade dada ao "pagamento" às concessionárias. A cláusula 4.4 deixa claro que as concessionárias e permissionárias serão pagas em primeiro lugar, da forma pactuada no contrato. Tão-somente com o saldo da receita, ou seja, após o "pagamento" delas é que o poder público se recompensará dos custos apontados nos itens 4.4.2 e 4.4.3. Caso não haja saldo, a Administração não se recompensará deles.

Esta previsão cria um risco para a Administração inexistente no contrato de concessão. Parte-se da premissa que o sistema não falhará nem dará prejuízos, o que é incerto e, por isso, não pode ser suportado pela Administração caso venha a ocorrer.

Por último, vale questionar a base de cálculo para o reajuste previsto no edital, no capítulo XVII. Dissemos anteriormente que a Lei 8.987/95 admite o reajuste das tarifas. Este deve ter seu critério já fixado no edital e deve ter trâmites mais simples que o pedido de revisão advindo do desequilíbrio da equação econômico-financeira. A lei, no entanto, faz menção à reajuste da tarifa, eis que o modelo nela previsto parte da premissa de que a tarifa é repassada integralmente à concessionária e é dela que advém os recursos para a concessionária cobrir seus custos.

O novo modelo, porém, não poderia prever um reajuste automático de tarifa, já que a concessionária não receberá as tarifas, mas sim uma remuneração. O reajuste das tarifas, as quais são fixadas pelo poder público, será reajustado quando este entender necessário. Por esta razão, o edital fixou um reajuste sobre aquela remuneração, já que é ela que proporcionará o ressarcimento da concessionária.

Da leitura do edital, no entanto, infere-se que essa remuneração é composta por diversos itens que não somente os valores relativos a insumos. A remuneração poderá ser composta também, por exemplo, com as receitas adicionais (previstas nas propostas) que podem também manter o sistema mas que devem, obrigatoriamente, servir para tornar as tarifas mais módicas. Essas receitas alternativas (as relativas à cláusula 4.3.1 do Edital) compõem a remuneração a ser “paga” pelo poder concedente de acordo com a sua proposta. Desta forma pergunta-se: como pode o reajuste ser aplicado de maneira predeterminada sobre uma remuneração que contém itens passíveis de atualização monetária e outros não? Verifica-se que, na verdade, o reajuste permitido pela legislação está sendo aplicado, porém sobre uma base de cálculo que contém valores de natureza diversa, uns reajustáveis e outros não.

Finalizando, são por todas estas razões que não restaria outra alternativa ao Grupo Técnico senão impugnar o critério de julgamento previsto no edital em exame. É que, como visto acima, esse edital separou as noções de tarifa e remuneração, conferindo-lhes, inclusive, regime e conseqüências jurídicas diversas. Assim, mesmo que se considere a defesa da Origem, a qual alega estar-se dando à remuneração a mesma finalidade da tarifa para o atendimento do art. 15 da Lei 8.987/95, tal afirmação não pode ser acolhida. Isto conflita com o modelo proposto e com o próprio edital.

Os questionamentos acima apontados são extremamente relevantes, eis que em decorrência de uma interpretação restritiva a concessão pode vir a ser até descaracterizada.

Diante de todo o exposto, no tocante ao recurso interposto e às defesas apresentadas nos autos, CONHEÇO, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO, uma vez que, conforme, amplamente demonstrado, perduram no Edital da Concorrência 12/02 vícios de ilegalidade que não autorizam o prosseguimento da licitação.

Em assim sendo, pela manifesta inadequação das cláusulas editalícias, JULGO IRREGULAR O EDITAL DA CONCORRÊNCIA 12/02, ficando mantida a suspensão do certame, até que sejam escoimadas do edital as ilegalidades e irregularidades apontadas no presente voto.

1º JULGADO

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, em preliminar, por maioria, de conformidade com o voto apresentado em separado pelo Conselheiro Edson Simões – Revisor, bem assim pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Maria do Carmo P. Dermenjian, diante da persistência de denúncia quanto à legalidade de determinadas cláusulas editalícias, e, tendo em vista a magnitude monetária do objeto licitado e a importância da prestação do transporte coletivo público para a cidade de São Paulo, em suspender temporariamente a Concorrência nº 012/2002, até que sejam escoimadas as dúvidas suscitadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte, em resguardo ao interesse público.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria – Relator, nos termos de seu relatório e voto apresentados.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Eurípedes Sales e Maria do Carmo P. Dermenjian.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de janeiro de 2003.

Antonio Carlos Caruso – Presidente. Edson Simões, Conselheiro Revisor.