TC nº 72-001.331.09-04

REPRESENTAÇÃO. SMT. Contratos de concessão de serviços de transporte coletivo público de passageiros. Cumprimento de cláusulas contratuais. Previsão de custeio para renovação da frota e reajuste da remuneração. CONHECIDA excepcionalmente. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 55, RITCMSP.

2.762ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 09/09/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.758ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, a despeito de não preenchidos todos os requisitos de admissibilidade insculpidos no artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, em razão da relevância da matéria diante do interesse público envolvido, em conhecer, excepcionalmente, da representação formulada pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros de São Paulo – Urbanuss e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em recomendar ao autor da representação que, em futuras petições, atente rigorosamente para os pressupostos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de setembro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Representação proposta pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros de São Paulo – URBANUSS (CT CONAD nº 005/09), pretendendo que a Municipalidade de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Transportes, cumpra as cláusulas contratuais referentes ao custeio para renovação da frota, no tocante aos meses de janeiro e fevereiro/2009, e ao reajuste da remuneração, previstas nos contratos de concessão de serviços de transporte coletivo público de passageiros, firmados com os concessionários signatários do expediente apresentado neste Tribunal de Contas.

Argumentou que a Municipalidade pretendia impor novo critério de cálculo de remuneração, configurando alteração unilateral, situação essa que guardaria semelhança com o ocorrido em 2007, quando este Tribunal posicionou-se contrário ao procedimento adotado pela Administração, referindo-se ao Acórdão proferido no TC 1.193.07-00, cuja cópia acompanhou a representação.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, inicialmente, apontou os processos autuados neste Tribunal, envolvendo a concessão dos serviços acima mencionados, destacando o invocado pela URBANUSS como paradigma, autuado sob TC 1.193.07-00, esclarecendo, entretanto, que naquele caso vigorava a Portaria 069/07, cuja inaplicabilidade foi decidida pelo Plenário desta Corte, por introduzir forma de remuneração diversa da prevista no artigo 28, da Lei Municipal nº 13.241/01 e no contrato celebrado entre as partes.

Quanto ao mérito do presente feito, a Especializada direcionou o foco do problema para o crônico deficit econômico do Sistema Municipal de Transporte Coletivo analisado, anualmente, por este Tribunal de Contas, nos processos que tratam do “Relatório de Função Transportes do Exercício”.

Apontou que a inserção de cláusulas transitórias fragilizou as condições que assegurariam um equilíbrio entre as partes, propiciando às Concessionárias menor empenho na responsabilidade de assumir o risco do negócio, onerando o Poder Público.

Concluiu que a atual organização dos serviços de transporte coletivo não corresponde às diretrizes constantes da Lei Municipal nº 13.241/2001, pois, além do pagamento complementar objetivando a renovação da frota não fazer parte dos parâmetros que nortearam o processo de Concorrência e da legislação aplicável (folha 27), a Municipalidade arca com subsídio, mediante

"compensações tarifárias", descaracterizando a essência do instituto da concessão, evidenciando-se, ainda, as seguintes infringências:

1 – "Ao inciso II do artigo 5º, da Lei Municipal nº 13.241/2001, que considera a concessão como delegação da prestação e exploração do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, nos Subsistemas Local e Estrutural, dentro dos limites do Município, que será condicionada a investimentos em bens reversíveis, situação não efetivada no atual processo de concessão".

2 – "Ao inciso VII do artigo 9º, da Lei Municipal nº 13.241/2001, que dispõe como obrigação dos operadores, a execução de obras previstas no Edital e no contrato de concessão, situação também não efetivada."

Antes de a Origem pronunciar-se a respeito da questão, quando já oficiada para tanto, a Municipalidade expediu dois atos administrativos atinentes às concessões de serviços em apreço, motivo pelo qual os autos retornaram à Especializada para manifestação sobre o reflexo, no presente feito, desses fatos supervenientes, a saber:

1 – o Decreto Municipal nº 50.630, de 22/05/2009, publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo em 23/05/2009, abrindo crédito suplementar para diversas Secretarias, destinando-se às Compensações Tarifárias o montante de R$ 76.050.000,00 (setenta e seis milhões e cinquenta mil reais); e

2 – o Informe Técnico DP/DR – DT, de 26/05/09, da São Paulo Transporte S/A, publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo em 29/05/09, tratando da Remuneração do complemento da Concessão, quanto à renovação da frota, no valor de R$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais).

Em resposta, a Auditoria, em síntese, informou:

a) O valor previsto no Decreto nº 50.630/09 perfaz o montante de R$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), inicialmente previsto na proposta orçamentária do Executivo Municipal, para o exercício de 2009 e aprovado pela Lei Municipal nº 14.871, de 30.12.08;

b) Esse crédito suplementar foi destinado à rubrica pertinente a "Compensações Tarifárias" direcionado à cobertura do déficit geral do Sistema Municipal de Transporte Coletivo, por isso, não poderia ser vinculado diretamente ao pagamento pela renovação da frota;

c) O pagamento noticiado no supra mencionado Informe Técnico refere-se a parte das parcelas atrasadas, reclamadas pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros de São Paulo – URBANUSS;

d) A análise dos relatórios da SPTrans indicam que foram pagos os valores devidos das operações do período e 01.01.09 até 02.03.09 - R$ 25.035.848,11 (vinte e cinco milhões, trinta e cinco mil, oitocentos e quarenta e oito reais e onze centavos) que, deduzidos das multas no montante de R$ 166.571,09 (cento e sessenta e seis mil, quinhentos e setenta e um reais e nove centavos), totalizaram R$ 24.869.277,02 (vinte e quatro milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, duzentos e setenta e sete reais e dois centavos), repassados às empresas operadoras do sistema estrutural.

e) Os valores repassados da SMT à SPTrans, a título de Compensações Tarifárias, não foram pactuados em contrato.

f) A SPTrans encaminha à Secretaria Municipal de Transporte - SMT demonstrativo indicando a compensação tarifária necessária para a cobertura dos custos relativos ao Sistema de Transporte Coletivo, que é liberada até o limite estabelecido na Programação da Liquidação.

A Origem apresentou suas considerações a respeito do versado na Representação e nos relatórios técnicos, aduzindo:

1 – “a malsinada intenção do sindicato em fazer parecer a essa E. Corte de Contas que o ‘Memorando SPTrans-DR nº 34/08. Remuneração de Frota Concessão – Jan e Fev/09” e o “Informe Técnico DP/DR – DP/DR São Paulo Transportes – Remuneração – Março/09”, objeto do presente questionamento, se assemelham à Portaria 069/07, que outrora foi objeto de apreciação por esse Egrégio Tribunal de Contas do Município”;

2 – Esses dois atos administrativos questionados não trazem qualquer mudança unilateral, já que se reportam aos Termos Aditivos aplicáveis desde março de 2008, e mais, se subordinam a estes, de modo que não existe qualquer inovação ou sobreposição às condições estabelecidas contratualmente;

3 – Ambos os documentos consignam o seguinte: “Prevê que a diferença entre a remuneração efetivamente praticada e aquela incialmente prevista nos termos dos Aditivos Contratuais será saldada tão logo as condições econômico-financeiras do sistema de transporte permitirem”;

4 – Diferentemente do alegado, não há mudança unilateral na relação contratual, mas sim um necessário e provisório contingenciamento que a seu tempo será solucionado;

5 – Nesse sentido, com amparo no Informe Técnico DP/DR-DT, publicado em 29/05/2009, ficou consignado o pagamento do saldo do complemento pela renovação da frota, o que permitiu quitar todas as diferenças remuneratórias referentes aos meses de janeiro e fevereiro de 2009, até o dia 02 de março de 2009, inclusive, quitação essa que alcançou a totalidade dos contratos de concessão.

6 – A fórmula prevista em contrato, para reajuste da remuneração, inclui a "Variação dos 'Preços por Atacado – Oferta Global – produtos industriais – Material de Transporte – Veículos e motor (coluna 43)/FGV, índice este cuja divulgação foi descontinuada, não sendo mais publicado desde dezembro de 2008;

7 – Diante dessa situação excepcional, deveria haver a substituição do aludido índice por outro que o representasse com a mesma especificidade, inexistindo, entretanto, previsão contratual para tal troca;

8 – Não podendo a Administração pública, de forma unilateral, realizar a substituição desse índice, como única solução, estabeleceu, temporariamente, a previsão de 7% (sete por cento), conforme divulgado no Informe Técnico DP/DR-DT, de 27/02/2009, até que a questão seja solucionada por ambas as partes.

9 – Em conclusão, a pretensão do Sindicato esbarra na impossibilidade jurídica do pedido, pois: "não houve qualquer alteração unilateral alguma, ou seja, é impossível restabelecer algo que não foi modificado – assim, como, na mesma tangência, no que se refere ao reajuste contratual pleiteado, pois, não há como se aplicar a cesta de índices na sua integralidade, uma vez que determinado índice não existe mais.".

Ao analisar o exposto pela Origem, a Subsecretarira de Fiscalização e Controle confirmou a descontinuidade, pela Fundação Getúlio Vargas, da apuração do índice previsto nos contratos com os concessionários e entendeu que "o índice provisório de 7% apresenta-se razoável face à variação de outros indicadores como IPCA - IBGE, 5,90%, IPC - FIPE, 6,19%, e IGP-DI - FGV, 7,50%.". Ainda, enfatizou que a Secretaria Municipal de Transportes e a SPTrans "vêm adotando providências para regularizar a situação com as empresas concessionárias", na medida da disponibilidade financeira, sugerindo, entretanto, recomendação à Origem para "envidar esforços para regularizar o valor pendente referente a remuneração pela renovação da frota e, em conjunto com as empresas concessionários, a cláusula contratual referente ao reajuste da remuneração".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo foi solicitada a manifestar-se a respeito do assunto posto, bem como sobre dois pontos específicos, a saber: (i) o fato de os Concessionários exigirem o cumprimento de obrigações contratuais enquanto inadimplentes por descumprirem diversas cláusulas contratuais, considerando o disposto no artigo 476 do Código Civil; e (ii) a titularidade da propriedade dos ônibus novos adquiridos com recursos públicos, sob a rubrica remuneração extra para a renovação da frota.

Em seu parecer, a Área Jurídica abordou, inicialmente, a questão da admissibilidade da Representação em foco, entendendo que, à luz do artigo 55 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, não foram atendidos os requisitos de apresentação de prova da "existência legal do Sindicato Representante" e dos "contratos de concessão e respectivos aditivos a que

faz alusão a exordial, instrumentos de extrema relevância para análise do caso concreto".

"Considerando o estágio avançado do processamento do feito e, sobretudo, a relevância da matéria diante do interesse público envolvido", caberia o enfrentamento do mérito, "haja vista a possibilidade de as falhas preliminares serem relevadas", e abordando todos os tópicos tratados, assim posicionou-se:

a) o atraso no pagamento a título de renovação da frota: "é possível observar que a Administração Municipal reconheceu o atraso no respectivo pagamento, justificando-o naquilo que qualificou como 'necessário e provisório contingenciamento'. A Equipe Técnica desta Casa, por seu turno, consignou em seguida que a SMT 'vem regularizando os valores devidos às concessionárias de acordo com a disponibilidade financeira".

b) a alteração de índices para reajuste: o "Órgão Técnico desta Casa apurou que isso se deveu ao fato de que um dos índices previamente definidos deixou de ser publicado pela entidade responsável, tornando-se, portanto, imperativa a sua substituição... [e] o percentual aplicado em seu lugar se mostrou razoável e compatível com outros índices que poderiam ter sido utilizados com o mesmo propósito." (...) curial seja estabelecido novo índice para substituir aquele.. por acordo entre as partes, nos termos do que dispõe o artigo 65, inciso II, alínea 'd' da Lei Federal nº 8.666/93".

c) "o déficit orçamentário do sistema de transporte coletivo, a utilização de dotação orçamentária diversa, a descaracterização do regime de concessão e a inobservância dos parâmetros de licitação – são examinados em outros expedientes e não guardam relação imediata com o objeto (pedido) da Representação" devendo "ser explorados em sede apropriada".

d) a análise do pedido do Representante à luz do disposto no artigo 476, do Código Civil: "positivação da máxima 'exceptio non adimpleti contractus', cuja aplicação no direito público, em detrimento da Administração, sofre limitações decorrentes da supremacia do interesse público sobre o interesse particular." E "a oposição da máxima em comento em nada poderá interferir na aplicação das cláusulas alusivas às penalidades por descumprimento contratual, observando-se, inclusive, quando pertinente, o disposto nos artigos 77 e 78 da Lei Federal nº 8.666/93".

e) a titularidade dos veículos novos: "a rigor, caberá às concessionárias (...), porque a renovação da frota representa, em verdade, mais uma dentre as diversas condições de execução contratual, devendo ser compreendida na remuneração. (...) 'In casu', a origem remota dos recursos não teria, portanto, o condão de conferir titularidade dos bens adquiridos ao Poder Público".

"Em tese, poderia ser cogitado, no entanto, é que ao invés de significar mera remuneração (valendo lembrar que a exigência de renovação da

frota naturalmente eleva o custo do serviço), os valores pactuados em função do dever de renovação da frota tenham servido como simulacro para patrocinar a aquisição de novos veículos por particulares. De todo modo, o vício estaria na formalização do respectivo contrato, mormente no procedimento licitatório que o antecedeu, porquanto não teria sido corretamente mensurado o custo daquilo que deveria representar simples remuneração de uma condição contratual."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo finalizou seu parecer posicionando-se pela "possibilidade de serem relevadas as falhas preliminares" da petição inicial e, quanto ao mérito, opinou "no sentido de que seja julgada improcedente a Representação em exame, sem prejuízo de eventuais providências voltadas à fiscalização do sistema de transporte coletivo urbano".

A Procuradoria da Fazenda Municipal registrou que a representação legal do Sindicato, exercida pelos Concessionários, não está formalizada de maneira adequada e, quanto ao mérito, encampou as razões de defesa colacionadas pela Origem e o judicioso parecer jurídico, requerendo a improcedência da Representação em pauta.

A Secretaria Geral, igualmente, opinou "pelo conhecimento da presente Representação que, embora não tenha preenchido os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte de Contas, as falhas preliminares podem ser relevadas, conforme considerações feitas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo".

Relativamente ao mérito, "no que diz respeito à renovação da frota, a Origem reconheceu o atraso no respectivo pagamento e justificou como necessário e provisório o contingenciamento" e a "SMT vem regularizando os valores devido às concessionárias de acordo com a disponibilidade orçamentário-financeira" por isso a "irregularidade na forma apontada não procede".

De igual modo, sustentou que não prospera a alegação quanto à alteração da cesta de índices de reajuste, pois, deixando de ser publicado um dos elementos que a compõem, "o percentual aplicado em seu lugar é razoável e compatível com outros índices que poderiam ter sido utilizados com o mesmo propósito." Endossando, no mais, o disposto no parecer da Área Jurídica, posicionou-se pela improcedência da Representação, "sem prejuízo das recomendações que se entender necessárias".

É o Relatório.

VOTO

Com amparo nas ponderações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, endossadas pela Secretaria Geral, a despeito de não preenchidos todos "os requisitos de admissibilidade insculpidos no artigo 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas", em razão da "relevância da matéria diante do

interesse público envolvido", conheço, excepcionalmente, da Representação ora apreciada.

No tocante ao exposto pelo Representante em sua inicial, não procede a alegação de que a Municipalidade teria realizado "novas mudanças unilaterais de critérios previstos em aditamento contratual", posto que, consoante verificado na instrução processual, ocorreram atrasos nos pagamentos para renovação da frota por questões orçamentárias e não a alardeada redução dos respectivos valores.

Quanto à pretendida manutenção do critério de cálculo de reajuste da remuneração, prevista em contrato, como bem demonstrou a Origem e confirmado pela Auditoria, esbarra na impossibilidade jurídica do pedido, eis que um dos índices que integravam a fórmula estabelecida deixou de ser publicado pela fonte, sendo substituído pelo "índice provisório de 7%" considerado "razoável" pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, "face à variação de outros indicadores como IPCA - IBGE, 5,90% [cinco vírgula noventa por centos], IPC - FIPE, 6,19% [seis vírgula dezenove por cento], e IGP-DI - FGV, 7,50% [sete vírgula cinquenta por cento]", revelando-se, assim, desmedida a pretensão do Requerente de, alternativamente, aplicar-se o percentual de 11,654% (onze vírgula seiscentos e cinquenta e quatro por cento).

Diante de todo o exposto, com respaldo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo ("no sentido de que seja julgada improcedente") e da Secretaria Geral ("no mérito, pela sua improcedência"), cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo improcedente a Representação oferecida pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros de São Paulo – URBANUSS, aqui postulando em nome de todos os Concessionários do Sistema de Transporte Público Coletivo da Cidade de São Paulo, exceto o da Área 4.

Determino, seja transmitida ciência da decisão a ser prolatada pelo Pleno ao Autor da Representação, com a recomendação que, em futuras representações, atente rigorosamente, para os pressupostos regimentais de admissibilidade.

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos. **(2.758ª S.O.)**