TC nº 72-001.353.12-34

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SP-OBRAS. Manutenção, conservação, criação, confecção, instalação de abrigos em pontos de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque e de totens indicativos com exclusividade na exploração publicitária. CONHECIDA. Votação unânime. IMPROCEDENTE. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 72-000.492.14-67, 72-000.908.12-11, 72-001.333.12-27, 72-001.353.12-34.

2.896ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 25/08/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.893ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA, que havia adiantado o seu voto para conhecimento dos Senhores Conselheiros na 2.891ª S.O., e DOMINGOS DISSEI, tendo votado o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator na 2.867ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer da representação interposta pela empresa Quirino Ferreira, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, nos termos de seu voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgá-la improcedente.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator que, nos termos de seu relatório e voto, e MAURÍCIO FARIA, consoante voto proferido em separado, julgaram-na parcialmente procedente.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de outubro de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o **TC n.º 72-000.908-12.11** da análise do Edital da Concorrência 01412960, publicado pela SPObras, tendo por objeto a concessão de uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a criação, confecção, instalação, manutenção e conservação de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque e de pontos/totens indicativos de ponto de parada de ônibus, com exploração publicitária.

Em análise por parte da Auditoria desta Corte de Contas restaram apuradas as seguintes irregularidades:

1) O modelo de contratação unindo numa mesma licitação a criação de mobiliário inédito, confecção, instalação, manutenção, conservação e exploração publicitária, em único lote, estaria contrariando o §1º do art. 23 da Lei Federal n.º 8.666/93.

2) Insuficiência de informações em relação ao valor estimado da concessão, a partir de falhas apontadas no estudo de viabilidade econômico-financeira elaborado pela FIPE.

3) Irregularidade quanto à possibilidade do Poder Concedente "*autorizar a exploração de serviços alternativos, complementares ou acessórios, bem como de projetos associados, que gerem receitas adicionais",* por ausência dos requisitos previstos na Lei Federal n.º 8.987/95.

4) Não justificativa do prazo de 25 anos para o contrato de concessão.

5) O subitem 10.5 do Edital e o item 12 – DA HABILITAÇÃO, divergem quanto à relação de documentos a serem apresentados no Envelope Habilitação, especificamente no que se refere à segunda via da Carta de Credenciamento.

6) A limitação do número de atestados para a comprovação da qualificação técnica restringe a participação de licitantes.

7) Não estão justificados o Índice de Alavancagem menor ou igual a 14,7, nem o índice de Cobertura de Benefícios maior ou igual a 0,9 para a qualificação econômico-financeira das licitantes, infringindo o §5º do art. 31 da Lei Federal n.º 8.666/93.

8) A exigência contida no item 14.1.2 do Edital não tem previsão legal, por se tratar de Carta da Instituição financeira, a ser emitida por terceiro.

9) Necessidade de esclarecer o critério de reajuste definido no Edital.

10) O critério de revisão previsto na Cláusula 11.4.4 da Minuta do Contrato seria incompatível com o instituto da concessão ao prever o pagamento, pelo Poder Concedente, de investimentos ou despesas adicionais que tenham sido efetivamente incorridos ou do valor equivalente à perda de receita efetivamente incorrida.

11) Não previsão da exigência de declaração e cláusulas específicas quando da aquisição de produtos de empreendimentos minerários e de utilização de produtos e subprodutos de madeira, conforme determinam os Decretos Municipais 48.184/07 e 50.977/09.

12) Disponibilização do Manual da SPTrans, sem a devolução do prazo de divulgação da concessão.

Com base nos argumentos da Auditoria a licitação foi suspensa por ordem do Exmo. Sr. Conselheiro Relator à época (fls. 505).

A Origem foi regularmente intimada e apresentou seus esclarecimentos (fls. 509/591) enfrentando os temas de destaque.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 594/602), diante das informações prestadas pela Origem, emitiu seu parecer enfrentando pontualmente todos os argumentos de Auditoria e concluiu pela regularidade do certame, nos seguintes termos:

> *"1. Em relação à formatação do Edital, incluindo no contrato da concessão a criação, confecção, instalação, manutenção e conservação, com exploração publicitária,*

de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque, no Município de São Paulo, entendo que o objeto está em consonância com a Lei Municipal 15.465/11 e com o Decreto 52.933/12, os quais dispõem sobre as regras específicas da concessão ora analisada.

De fato, a ementa da citada Lei Municipal 15.465/11 expressamente afirma que a mesma "dispõe sobre a outorga e a gestão de concessão, visando a criação, confecção, instalação e manutenção ... de abrigos de parada de transporte público de passageiros e de totens indicativos de parada de ônibus, com exploração publicitária.

Dessa forma, não vislumbro nenhuma ilegalidade no procedimento adotado pela SPObras, cabendo, inclusive, ressaltar que essa questão já foi objeto de análise pelo Poder Judiciário (consoante informações de fls. 513/514), ***que entendeu não haver qualquer irregularidade no objeto da concessão, acrescentando que a questão encontra-se dentro do âmbito decisório próprio da Administração****.*

É de se registrar, ainda, que o objeto ora licitado tem a mesma formatação daquele apresentado tanto na Consulta quanto na Audiência Pública que antecederam a publicação do Edital, o que demonstra que a matéria foi amplamente discutida e justificada, restando, no meu modo de ver, comprovadas a legitimidade e a oportunidade de sua concepção, notadamente dentro das peculiaridades inerentes às concessões de uso de bem público.

Quanto à exigência de ineditismo do projeto a ser apresentado pela licitante, nos termos da alínea "j" do Item 4 do Anexo I do Edital (fls. 371), a partir das justificativas trazidas pela Origem às fls. 529/533, é possível inferir que, na verdade, se trata de um projeto original, único, devidamente customizado às especificidades da Cidade de São Paulo.

Nesse sentido, entendo que os argumentos apresentados são suficientes para motivar e legitimar essa exigência editalícia.

Isto porque a Cidade de São Paulo apresenta singularidades capazes de legitimar a necessidade de

originalidade dos projetos, tendo em vista os inúmeros fatores caracterizadores dessa natureza, em especial, as diretrizes do zoneamento urbano e a Lei Cidade Limpa (Lei Municipal 14.223/06) que, como ressaltado pela Origem, acarretou um significativo processo de despoluição visual ao restringir a publicidade na paisagem urbana.

Nesse diapasão vale lembrar – como justificado pela Origem – que o volume de equipamentos e serviços correlatos não possui paralelo com nenhuma outra cidade do mundo, o que leva à necessidade de uniformização dos mesmos para a criação de uma identidade visual.

Ademais, a exigência de ineditismo se coaduna perfeitamente com a continuidade da prestação dos serviços de utilidade pública em questão, haja vista que, ao término da concessão em comento, os bens reverterão ao Poder Concedente que deverá mantê-los e continuar instalando outros equipamentos idênticos àqueles utilizados pela concessionária, o que somente se garantirá – sem a necessidade de pagamento permanente de royalties –, se os projetos dos equipamentos forem inéditos.

2. Quanto à insuficiência de informações em relação ao valor estimado, a partir de falhas apontadas no estudo de viabilidade econômico-financeira elaborado pela FIPE e ao prazo da concessão, bem como em relação aos índices econômico-financeiros[1] exigidos para a comprovação da qualificação da licitante - em que pese a impossibilidade técnica desta assessoria jurídica adentrar no mérito das referidas questões –, quer me parecer que as mesmas restaram justificadas nas informações complementares trazidas pela Origem aos autos, bem como no próprio estudo da FIPE (cf. fls. 515/516, 533/545 e 38/85, respectivamente).

Nesse sentido é possível constatar, principalmente nos últimos esclarecimentos prestados pela SPObras, que o estudo em questão foi embasado em criteriosos elementos de pesquisa, tais como a quantidade de empresas atuantes no setor, os fatores que compõem os preços sugeridos, os municípios pesquisados para as projeções e análises estatísticas, o prazo necessário para a viabilidade da presente concessão e, do mesmo modo,

[1] Índice de Alavancagem menor ou igual a 14,7 e Índice de Cobertura de Benefícios maior ou igual a 0,9

os índices financeiros para a qualificação técnico-financeira das licitantes.

Assim, entendendo-se que referido estudo técnico financeiro foi elaborado por renomada instituição de pesquisa econômica, especializada na matéria, os dados e conclusões ali registrados são dignos de respeitabilidade e credibilidade, o que vem justificar as exigências e o prazo definido para a concessão em causa.

6. Quanto à exigência da Carta de Instituição ou Entidade Financeira declarando que analisou o Plano de Negócios da licitante e atestando a sua viabilidade e exequibilidade, nos termos do Item 14.1.2 do Edital (fls. 346), a sua legitimidade restou comprovada nas informações trazidas pela Origem às fls. 553/556, sendo possível constatar que se trata de documento já incorporado nas licitações das grandes concessões e PPPs.

Ademais, como explicitado pela própria SPObras, o referido documento equivale à exigência de laudos técnicos, comumente exigidos nas licitações de compras -- aquisições de medicamentos, por exemplo – para comprovar as especificações técnicas dos produtos ofertados pelas licitantes.

Trata-se de documento não previsto na legislação de forma expressa, porém já incorporado nas licitações, de forma legítima, com a aprovação da doutrina e da jurisprudência atinentes à matéria.

7. No tocante à necessidade de esclarecer o critério de reajuste definido no Edital, a partir das justificativas da SPObras de fls. 523, é possível inferir que a data da assinatura do contrato será a data base para a contagem da anualidade para o reajustamento dos preços, porém o Io (índice inicial) do reajuste será o do mês de janeiro de 2012. Nessas condições, entendo não remanescer dúvidas sobre o critério de reajuste dos preços da concessão.

8. Em relação ao critério de revisão previsto na Cláusula 11.4.4 da Minuta do Contrato (fls. 435), as explicações da Origem de fls. 523/525, somadas à nova redação a ser concebida para o Item em questão, nos termos da alínea "C" dos Esclarecimentos a serem divulgados (fls. 589/590), resolvem a questão."

Com fundamento no parecer da AJCE o Exmo. Sr. Conselheiro Relator à época (fls. 603) autorizou a retomada do certame licitatório.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, acompanhando o entendimento da AJCE,. requer o reconhecimento da regularidade do certame.

Por fim, a Secretaria Geral, com base na manifestação da Origem que se comprometeu a efetivar as alterações propostas por esta Corte e na esteira da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da D. Procuradoria da Fazenda Municipal, opinou pela possibilidade de acolhimento do Edital.

TC n.º 72.001.353.12-34

Trata-se de representação formulada por Quirino Ferreira, em face do Edital de Concorrência n.º 014129160.

Alega o representante que o Edital está revestido de irregularidade, destacando a ausência de projeto técnico padrão para a concessão de uso do mobiliário urbano; subjetividade do julgamento técnico; necessidade de parcelamento do objeto; da incorreta definição do valor do contrato e do valor de outorga; bem como restrição ao caráter competitivo.

A AJCE opinou pela improcedência da Representação, uma vez que os esclarecimentos ofertados pela Origem justificam a conduta adotada.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pela improcedência da Representação, em razão da ausência de ilegalidade que justificasse a impugnação do edital em tela.

A Secretaria Geral acompanhou a AJCE e PFM opinando pelo conhecimento da Representação, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, por sua improcedência.

TC n.º 72-001.333.12-27

Trata-se de representação formulada pela empresa ADSHEL Ltda., em face do Edital de Concorrência n.º 014129160.

Alega a representante que o edital está revestido de irregularidades, destacando a necessidade de fracionamento em lotes distintos para cada região em razão do objeto; que a adoção do tipo “técnica e preço” não restou justificado; deve ser excluída a exigência de índice de nacionalização do equipamento, constante no item 5.1 do Termo de Referência, bem como a necessidade de correção de imprecisões técnicas dos itens 5.1, 5.2, 5.3, 6, 7, 8 e 9 do edital.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento da representação, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, e quanto ao mérito, pela improcedência, com fundamento nos esclarecimentos da origem e ponderações técnicas em cada um dos tópicos de debate.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pela improcedência da representação, em razão da ausência de ilegalidade que justificasse a impugnação do edital.

Por sua vez, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da representação, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e, quanto ao mérito, pela improcedência.

TC n.º 72-000.492.14-67

Trata-se de análise da Concorrência n.º014129160 – SPObras, do Contrato n.º0141291600/SPObras e do Termo de Aditamento n.º01, firmados entre a São Paulo Obras – SPObras e o Consórcio PRA SP – Concessionária de Exploração de Imobiliário Urbano S.A. formado pelas empresas – Odebrecht TransPort Participações Ltda., APMR –Investimentos e Participações Ltda., Rádio e Televisão Bandeirantes de Minas Gerais Ltda., Kalítera Engenharia Ltda.

O feito encaminhado para análise de Auditoria alcançou as seguintes conclusões do órgão técnico:

- Relatório de Análise de Licitação, fl. 391.

*"**13) Conclusão***
***13.1** – O modelo de contratação não atende a LF nº 8.666/93, art. 23, § 1º (item **11.5** deste relatório. Ver item **2.1** do Anexo de Continuação).*

***13.2** – O estudo elaborado pela FIPE não é suficiente para justificar o valor de referência da outorga adotado (Itens **11.4** e **11.7** deste relatório. Ver item **2.2** do Anexo de Continuação).*

***13.3** - A limitação do número de atestados restringe a participação de licitantes e não tem previsão legal, em ofensa à LF nº 8.666/93, art. 30, §§ 1º e 5º (Item **11.12** deste relatório. Ver item **2.3** do Anexo de Continuação).*

***13.4** - Não estão justificados nem o "índice de alavancagem", nem o "índice de cobertura", em ofensa à LF nº 8.666/93, art. 31, § 5º (Item **11.13** deste relatório. Ver item **2.4** do Anexo de Continuação).*

13.5 *- A exigência de 'Carta de instituição ou entidade financeira, declarando que analisou o Plano de Negócios' não tem previsão legal (Item* ***12.1*** *deste relatório. Ver item* ***2.5*** *do Anexo de Continuação)."*

- **Relatório de Análise de Contratação, fl. 395.**

*"**16) Conclusão:***
Não foram constatadas irregularidades no instrumento contratual.

O Contrato decorre de licitação com apontamentos de irregularidades."

- **Relatório de Análise de Termo de Aditamento, fl. 398.**

*"**16) Conclusão:***
Não foram constatadas infringências nesse termo de aditamento.
O Contrato decorre de licitação com apontamentos de irregularidades."

Após regular intimação a origem se manifestou e juntou documentação.

Os autos foram remetidos para a Assessoria Jurídica de Controle Externo que se posicionou pelo acolhimento dos instrumentos em análise.

Por fim, a Procuradoria da Fazenda Municipal, se apropriando das considerações trazidas pela AJCE, requereu o acolhimento dos instrumentos examinados.

A Secretaria Geral se manifestou na mesma linha de argumentação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de acolhimento da Concorrência n.º014129160 – SPObras, do Contrato n.º 0141291600 e do Termo de Aditamento n.º 01.

Este é o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em julgamento o **Edital da Concorrência 01412960**, publicado pela SPObras, tendo por objeto a concessão de uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a criação, confecção, instalação, manutenção e conservação de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de

embarque e desembarque e de pontos/totens indicativos de ponto de parada de ônibus, com exploração publicitária; **da Concorrência n.º 014129160 – SPObras, do Contrato n.º0141291600/SPObras e do Termo de Aditamento n.º 01**, firmados entre a São Paulo Obras – SPObras e o Consórcio PRA SP – Concessionária de Exploração de Imobiliário Urbano S.A. formado pelas empresas – Odebrecht TransPort Participações Ltda., APMR –Investimentos e Participações Ltda., Rádio e Televisão Bandeirantes de Minas Gerais Ltda., Kalítera Engenharia Ltda.

Também em julgamento as Representações interpostas por Quirino Ferreira e pela empresa ADSHEL Ltda, em face do Edital em questão.

O Edital de licitação passou pelo crivo de Auditoria, onde foram apontadas irregularidades que fundamentaram a suspensão do certame licitatório.

Após a resposta da Origem, o feito tramitou pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, cuja manifestação orientou a decisão monocrática para a liberação do certame.

Registro que a liberação cautelar do procedimento não induz pré-julgamento da matéria, de modo que passo a enfrentar as questões suscitadas pela Auditoria.

5.2. Insuficiência de informações em relação ao valor estimado da concessão, a partir de falhas apontadas no estudo de viabilidade econômico-financeira elaborado pela FIPE.

Ponto de principal relevância procedimental reveste-se na ausência de critérios técnicos suficientes para que a FIPE fornecesse padrões seguros de disputa, apresentando à Origem um retrato fiel do impacto financeiro com a instituição deste novo paradigma de publicidade na cidade.

Antes de adentrar aos pontos conclusivos da Especializada é necessário frisar que a cidade de São Paulo havia instituído o programa Cidade Limpa, que impedia a publicidade externa em próprios públicos, placas de estabelecimentos com metragem específica e a retirada da cidade de todos os anúncios em Outdoor.

Destarte, a cidade receberia com este programa um canal único de publicidade, sem qualquer paradigma mundial, com uma demanda represada.

Para melhor ilustrar a situação fática destaco o voto do Conselheiro Maurício Faria, no julgamento do TC n.º 72-000.909.12-84 e acompanhantes, ao ponderar sobre a nova realidade na cidade de São Paulo:

> *"Por sua vez, segundo artigo veiculado em 28/01/2013, na Folha de São Paulo, intitulado Publicidade volta as ruas de SP e anima setor no país, houve o seguinte registro:*
> *"...Dois publicitários de grandes agências com sede em São Paulo disseram à Folha que empresas estão refazendo sua programação de 2013 para incluir, ainda que em escala pequena, a propaganda exterior. Violeta Noya, presidente do consórcio Pra SP, que cuidará dos abrigos em paradas de ônibus, diz que a precisão é que 65% das faces de publicidade fiquem ocupadas, em média, durante o ano. Rafael Sampaio, da ABA, disse que é natural que as empresas voltem, mais isso vai acontecer aos poucos. 'Vai voltar gradativamente. Vamos ver o resultado. Não dá para comparar com o que estava nem com qualquer outra cidade do mundo porque ninguém nunca zerou (a publicidade exterior) e recomeçou com uma mídia só'. Afirma Sampaio. Ele diz que a propaganda em relógios e abrigos 'é um bom recomeço', mas defende a volta de todas as modalidades de publicidade exterior – outdoors, por exemplo, continuam proibidos. Para o anunciante, teria muito mais efetividade [o mobiliário] se fosse combinado com outras alternativas"".*

A Auditoria destaca que não foram fornecidos os nomes dos 34 municípios que serviram como amostra para a estimativa dos valores para veiculação de propaganda no mobiliário urbano e, principalmente, por não ter sido considerado o fato de que, com a Lei Cidade Limpa, existia uma forte demanda reprimida por propaganda externa na Cidade de São Paulo.

Em destaque:

> *"Somado ao acima exposto tem-se que a procura por locais para propaganda externa tende a ser superior não só aos 50% fixados no estudo da FIPE como também aos 70% considerados "ótimo".*
>
> *Por outro lado, o estudo não se preocupou com a possibilidade da adoção de valores para faces menos visíveis, abrigos em áreas com mais ou menos movimento de pedestres/motoristas.*
>
> *Considerando ainda que a SPObras permite a adoção de dimensões e materiais diversos para cada região da Cidade (Anexo I –Termo de Referência, item 4 – Diretrizes Gerais), e que portanto, a licitante vencedora poderá, no decorrer do contrato, trocar abrigos/totens mais caros por abrigos/totens mais baratos, conclui-se que o estudo*

elaborado pela FIPE não é suficiente para justificar o valor da outorga."

Em que pesem os argumentos da Origem, da AJCE e SG, entendo que o item não encontra fundamento fático e jurídico para sua regular validação, assistindo razão à Auditoria, principalmente por conta de que a demanda externa foi subestimada, **o que implica indiretamente em um valor inferior ao que foi estimado para a outorga no Edital.**

5.10. A exigência contida no item 14.1.2 do Edital não tem previsão legal, por se tratar de Carta da Instituição financeira, a ser emitida por terceiro.

Neste ponto acolho o entendimento da Auditoria, pois a exigência não encontra fundamento legal de validade, cujo princípio da legalidade restrita impõe a Administração a fazer apenas o que a lei expressamente autoriza.

Neste diapasão, ressalto a obra "Curso de Direito Administrativo" do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello:

"Explicitação concreta do princípio da legalidade encontra-se no art.4º, segundo o qual: "Todos quantos participarem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos."

O professor Marçal Justen Filho, nos "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", destaca o formalismo em favor dos administrados, nos seguintes termos:

"É imperioso destacar que a procedimentalização não é uma garantia a favor da Administração e contra os administrados. A sua função é precisamente oposta: restringe-se o poder estatal e dificulta-se a adoção de atos arbitrários. ***É inconstitucional opor ao administrado a burocracia da complexidade de procedimentos como via de denegação de seus pleitos ou direitos.*** *Assim, quando se afirma que o particular não pode impugnar o ato estatal porque não adotou o "formulário" apropriado, pratica-se fraude à garantia constitucional do devido processo administrativo."*

Verifique-se na realidade a incursão no processo de licitação de uma fase alienígena e sem previsão legal, cuja solução cabe a parte

estranha ao processo, não pode prevalecer em prejuízo a participantes que não atingem o cumprimento efetivo do dispositivo.

Ante o exposto, a Cláusula é ilegal e abusiva, sendo um impeditivo real para validade do certame.

5.11. Necessidade de esclarecer o critério de reajuste definido no Edital.

O correto seria fixar o critério de reajuste a partir da data de apresentação da proposta, em conformidade com o artigo 1º do Decreto n.º 48.971/07:

> *"Art. 1º. Os editais de licitação e os contratos celebrados pela Administração Municipal Direta e Indireta deverão prever que o reajuste de preço será concedido após 1 (um) ano da data-limite para apresentação da proposta."*

Desta maneira, por expressa determinação legal, assiste razão à Auditoria desta Corte de Contas quanto à irregularidade do critério adotado no Edital.

5.12. O critério de revisão previsto na Cláusula 11.4.4 da Minuta do Contrato seria incompatível com o instituto da concessão ao prever o pagamento, pelo Poder Concedente, de investimentos ou despesas adicionais que tenha sido efetivamente incorridos ou do valor equivalente à perda de receita efetivamente incorrida.

A Auditoria, com a prudência que lhe é peculiar, destaca que o risco do negócio é da concessionária.

Apesar dos argumentos da Origem, eventual obrigação adicional por parte da Origem deveria seguir com o regular Termo de Aditamento e reajuste do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A Cláusula em questão é abusiva e pende em real desfavor para a Administração Pública, razão pela qual acolho o parecer da Auditoria.

Por fim, relevo os itens 5.1, 5.3, 5.4, 5.5, 5.6, 5.7, 5.8, 5.9, 5.13 e 5.14 em acolhimento as justificativas da Origem.

O **TC 72-000.492.14-67** tratou de análise da Concorrência, do Contrato e do Termo Aditivo.

A Auditoria desta Corte de Contas entendeu que o Contrato e o Termo Aditivo não tiveram qualquer irregularidade adjacente, salvo se originarem de licitação que entende por irregular.

Quanto à concorrência, a Auditoria entendeu que:

1) o *modelo de contratação não atende a Lei Federal n.º8.666/93;*

2) o estudo elaborado pela FIPE não é suficiente para justificar o valor de referência da outorga adotado;

3) que o número de atestados restringe a participação de licitantes;

4) não restaram justificados os índices de alavancagem e de cobertura; e

5) A exigência de Carta de instituição ou entidade financeira declarando que analisou o Plano de Negócios não tem previsão legal.

Conforme disposto na análise do referido Edital, acompanho a Auditoria quanto à irregularidade Contratual em razão das irregularidades remanescentes, relacionadas nos itens 2 e 5 de seu parecer.

A representação interposta, TC n.º 72-001.333.12-27, por ADSHEL Ltda destaca a necessidade de fracionamento em lotes distintos para cada região; que a adoção do tipo técnica e preço não restou justificada e que deveria ser excluída de índice de nacionalização do equipamento.

Neste processo acompanho o parecer das equipes de apoio quanto o conhecimento da representação e improcedência quanto ao mérito.

Por fim, o TC 72-001.353.12-34 trata de representação de Quirino Ferreira, que impugna a disputa por entender que o edital está revestido de irregularidades, quanto à ausência de projeto técnico padrão para a concessão de uso de mobiliário urbano; subjetividade do julgamento técnico; necessidade de parcelamento do objeto; da incorreta definição do valor do contrato e do valor de outorga; bem como restrição ao caráter competitivo.

Adotando o mesmo entendimento de Auditoria no TC n.º 72-000.908.12-11 entendo parcialmente procedente a representação ante a incorreta definição do valor do contrato e do valor da outorga.

Ante o exposto, **JULGO IRREGULAR** o Edital da Concorrência 01412960, bem como a Concorrência n.º014129160 – SPObras, e por acessoriedade o Contrato n.º0141291600/SPObras e o Termo de Aditamento n.º01.

Ainda, **CONHEÇO** da Representação interposta pela empresa ADSHEL Ltda, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade e, quanto ao mérito, **JULGO-A IMPROCEDENTE**, com fundamento na manifestação da AJCE e SG na qual utilizo como razões de decidir.

E, **CONHEÇO** da representação interposta por Quirino Ferreira, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade e, quanto ao mérito, **JULGO-A PARCIALMENTE PROCEDENTE**, com fundamento nas razões já expostas.

Deixo de apenar os agentes públicos responsáveis, considerando que o prosseguimento do certame foi autorizado pelo Conselheiro Relator à época.

Expeça-se ofício ao Ministério Público, dando-se ciência da decisão a ser alcançada pelo Plenário, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

Determino que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle promova o acompanhamento de Execução Contratual em autos apartados.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Cuidam os autos dos TCs 72-000.908.12-11 e 72-000.492.14-67 da análise do Edital da Concorrência 014129160, do Contrato 0141291600 e seu Termo Aditivo nº 1 firmados entre a São Paulo Obras e a Concessionária de Exploração de Mobiliário Urbano S.A. (formado pelas empresas – Odebrecht TransPort Participações Ltda., APMR – Investimentos e Participações Ltda., Rádio e Televisão Bandeirantes de Minas Gerais Ltda., Kalítera Engenharia Ltda.), tendo por objeto a "concessão de serviço de utilidade pública, com uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a manutenção e conservação de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque e de pontos/totens indicativos de ponto de parada de ônibus existentes, bem como a criação, confecção, instalação e manutenção de abrigos em ponto de parada de ônibus e em estações de embarque e desembarque e de totens indicativos de ponto de parada de ônibus, com exclusividade na exploração publicitária" no valor de R$ 573.136.728,57(quinhentos e setenta e três milhões, cento e trinta e seis mil setecentos e vinte e oito reais e cinquenta e sete centavos) para o prazo de 25 (vinte e cinco) anos.

A questão primordial é o Edital da concorrência. Os TCs 72-001.333.12-27 e 72-001.353.12-34 de 2012, ora julgados de forma conjunta, tratam de representações interpostas em face do referido instrumento convocatório.

Inicialmente, endosso as considerações bem postas pelo Conselheiro João Antônio, na sessão ordinária de 06 de julho de 2016, quando do julgamento dos TCs 2.983/05-89 e 1.552/07-01 (que cuidaram da análise do edital da concorrência nº 1/2005 da Secretaria Municipal de Habitação referente à

execução de serviços e obras de urbanização no complexo Paraisópolis), que possuem questão processual idêntica ao presente:

Naquela ocasião, o voto do Conselheiro João Antonio deu-se nos seguintes termos:

> "Destaque-se que o edital foi suspenso de forma monocrática por este Tribunal para correções das falhas apontadas pela Auditoria. Posteriormente foi autorizado seu prosseguimento por decisão monocrática do Conselheiro Relator à época, com base na manifestação da Assessoria Jurídica. Por este motivo, em nome do princípio da segurança jurídica, entendo que a Administração procedeu de acordo com as orientações deste Tribunal, portanto, agiu de boa-fé, devendo a mencionada irregularidade, ser avaliada em sede de execução contratual. Diante do exposto julgo regular o edital da concorrência 1/2005/SEHAB".

Novamente, acompanho e endosso esse posicionamento e faço minhas as seguintes palavras proferidas no mesmo julgamento também pelo Conselheiro João Antonio, reconhecido e combativo defensor do instituto da segurança jurídica em seus votos, nesta Corte Contas (conforme Notas Taquigráficas). Vou usar as palavras precisas do Conselheiro como se fosse uma equação matemática: (...)

> "O Edital foi suspenso de forma monocrática por este Tribunal, para as correções das falhas apontadas pela auditoria. Posteriormente foi autorizado seu prosseguimento, por decisão monocrática pelo conselheiro Relator à época, com base na manifestação da Assessoria Jurídica. Por este motivo, em nome do principio da segurança Jurídica, entendo que a administração procedeu de acordo com as orientações deste tribunal, portanto, agiu de boa-fé, devendo a mencionada, irregularidade, ser avaliada em sede de execução contratual. (...)
>
> Minha conclusão, só para dialogar com o conselheiro Mauricio Faria, independentemente do mérito do julgador anterior, que me antecedeu, objetivamente, o Tribunal de Contas, na forma monocrática, liberou uma licitação. Aqueles que procederam de acordo como a orientação do Tribunal de Contas, na forma monocrática – mas que não deixa de ser do Tribunal de contas –, não podemos atribuir a eles irregularidade com base nesta liberação.

> O TRIBUNAL DE CONTAS É UM TODO. Quando eu busco a minha fundamentação para julgar favorável a licitação. É em nome da segurança jurídica. Meramente em nome da segurança jurídica, em que pese eu achar que houve descumprimento do Regimento Interno desta corte. Estou de pleno acordo. Mas este não é um problema dos agentes públicos e políticos lá de fora; este é um problema do Tribunal, é um problema nosso. (...) eu em nome da segurança Jurídica, acho que é o único caminho que podemos trilhar e, obviamente, sempre atentar ao cumprimento do Regimento Interno desta corte. (...) Não podemos promover lá fora a insegurança Jurídica por atos praticados pelo Tribunal de Contas – na figura de um conselheiro, mas foi pelo Tribunal de contas. (...) (...) Temos atos administrativos praticados pelo administrador público após o envio de um ofício comunicando a autorização da retomada de um certame, que estava suspenso. Um ofício do Tribunal de Contas. Chegou um ofício. Os atos diversos praticados a partir daquele ofício estavam autorizados. O que deveríamos ter feito à época – porque hoje eu pertenço à instituição –, atentos, é ter nos dirigido ao Conselheiro à época, e dizer: "Cumpra-se o Regimento".

Mas isso é um problema nosso. Não é um problema dos outros lá de fora. É simplesmente isso. A decisão monocrática do então Conselheiro Relator Eurípedes Sales foi anterior à Resolução nº 6/2012 e, portanto, anterior à exigência de referendo para as decisões de retomada de certame. Mas, mesmo o Conselheiro João Antonio, acreditando que houve descumprimento ao Regimento Interno, defendeu a segurança jurídica.

> "Não podemos gerar na Administração Pública, seja qual for a cor das bandeiras – não estou preocupado com isso –, uma instabilidade jurídica por conta de fracassos nossos no que diz respeito ao cumprimento do regimento interno. É um fracasso nosso. É só essa a divergência que tenho com o conselheiro Maurício Faria."

E, continuando o seu correto conceito de justiça, o Conselheiro João Antonio arrematou:

> "Quando a falha for nossa, eu sempre vou me pautar para garantir que os atos praticados em decorrência dela não sejam punidos. O que devemos, então, fazer? Rigorosamente quanto ao cumprimento do regimento interno. (...) Ela [a licitação] só aconteceu por causa de um ato do Tribunal de Contas, e nós somos responsáveis por ele. Independentemente da concordância com meu

> antecessor ou não, nós, como instituição, somos responsáveis por aquele ato." (...)
>
> O Tribunal de Contas é uma instituição. O Tribunal de contas não é Mauricio, não é João Antonio, O TRIBUNAL DE CONTAS É UM TODO."

O acertado entendimento do Conselheiro João Antonio deixou evidente que a autorização de RETOMADA do certame, POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO CONSELHEIRO RELATOR, com base em parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo que, divergindo da Auditoria, considerou sanados os apontamentos iniciais, resultou na SUPERAÇÃO desses pontos. Isso porque a decisão que autorizou o prosseguimento do certame, na forma regimental (que ainda não previa o referendo para as decisões de retomada de certame, pois anterior à Resolução 6/2012), representou o entendimento deste TRIBUNAL DE CONTAS (que "É UM TODO", nas reiteradas palavras do próprio Conselheiro João Antonio) e, como tal, orientou a atuação da Origem.

Assim, os instrumentos analisados não podem ser tidos como irregulares NESTA FASE pelos mesmos motivos já afastados pelo Tribunal quando da liberação do certame – ainda que por decisão monocrática, em nome da segurança jurídica.

A despeito de outras considerações feitas pelo Conselheiro Maurício Faria (vide notas taquigráficas), o Edital 1/2005 da SEHAB foi, ao final, julgado REGULAR por votação unânime :

> ("A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.
> ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA, com voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, em julgar regular o Edital da Concorrência 001/2005/SEHAB.
> ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.
> Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.
> Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.
> Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de julho de 2016.
> ROBERTO BRAGUIM. Presidente.
> JOÃO ANTONIO. Relator."),

Nos termos do voto do Conselheiro Relator João Antonio, tendo, portanto, o Pleno concluído que as razões que motivaram a suspensão do instrumento convocatório estavam superadas em decorrência da decisão deste Tribunal de Contas, que autorizou o prosseguimento do certame (ainda que por decisão monocrática), devendo eventuais falhas ou irregularidades graves ser analisadas em sede de execução contratual.

A situação relatada nesses TCs, que são simétricas à dos TCs ora sob julgamento retratam inúmeros outros casos já julgados por este Tribunal.

Como é cediço, até 10 de outubro de 2012 o Regimento Interno deste Tribunal de Contas previa o referendo pelo Pleno APENAS das decisões de suspensão do certame, nos termos do inciso XVI do artigo 31 que estabelece ser

> "competência exclusiva do Pleno, referendar as determinações do Relator aos órgãos e entidades licitantes da Administração Pública, para a adoção de medidas corretivas decorrentes do exame de cópia do edital de licitação, e a sustação do procedimento até o cumprimento das determinações expedidas."
>
> O inciso XVII do mesmo artigo 31 e a alínea "d" do § 1º do artigo 101 do Regimento Interno ("Art. 101 - Compete ao Relator e ao Juiz Singular: d) solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, determinando, "ad referendum" do Pleno, as medidas corretivas pertinentes e a sustação do procedimento, se for o caso; observado, no caso de revogação da suspensão, o disposto no inciso XVII do parágrafo único do art. 31."), que estabelecem a necessidade de referendo pelo Pleno das decisões de autorização de prosseguimento e retomada de certame, foram acrescidos TÃO SOMENTE por meio da Resolução 06/2012, de 10 de outubro de 2012 (durante a minha presidência), que passou a afirmar: "São atribuições exclusivas do Tribunal Pleno (...) decidir a respeito da revogação de medida liminar eventualmente concedida, nos termos do inciso anterior".

No presente caso, A DECISÃO QUE AUTORIZOU A RETOMADA DA CONCORRÊNCIA foi exarada em 11 DE JULHO DE 2012, ou seja, ANTES da aludida alteração regimental, logo, EM TOTAL CONSONÂNCIA COM A NORMA ENTÃO VIGENTE. Esse entendimento é também endossado pelo voto do Conselheiro Maurício Faria no TC 72-001.161.12-73, no qual as suas decisões de suspensão e retomada do Pregão 98/12 da Secretaria Municipal de Saúde (objetivando a prestação de serviços de lavanderia hospitalar) NÃO FORAM

SUBMETIDAS A REFERENDO DO PLENÁRIO, pois, segundo ele: "não houve encaminhamento ao Pleno para referendo (...) sendo que, à época, ainda não se tinha a alteração ditada pela Resolução 06/2012 de 10/10/2012, que passou a prever a necessidade de submissão ao Pleno também da decisão de retomada de licitações".

A implementação do referendo, nos termos em que é realizado hoje, demorou ainda alguns meses depois da edição da citada Resolução 6/2012. Contudo, é certo que até 10 de outubro de 2012 (data da edição da resolução) as decisões de suspensão e retomada de certame não eram submetidas a referendo do Pleno, ainda que no Regimento Interno já constasse a necessidade de referendo das decisões de SUSPENSÃO de certame. Não era a praxe. Nesse sentido, os Conselheiros que integram o Colegiado do TCM tomaram diversas vezes decisões monocráticas sem que fossem posteriormente submetidas a referendo do Pleno. Cite-se (dentre muitos exemplos):

1- os TCs 72-000.443.09-94, 72-002.500.09-05 e 72-000.606.07-95, de Relatoria do então Conselheiro Antonio Carlos Caruso, que cuidaram do Edital do Pregão 38/2008, da Secretaria Municipal de Saúde, objetivando a contratação de empresa especializada em prestação de serviço de limpeza hospitalar no valor de R$ 11.223.784,80 (onze milhões, duzentos e vinte e três mil setecentos e oitenta e quatro reais e oitenta centavos), e do Edital de Concorrência 001/2009, da Secretaria Municipal para Participação e Parceria, visando a contratação de serviço de planejamento, atividades de inclusão digital e apoio para gerenciamento do Programa de Inclusão Digital da Cidade de São Paulo no valor de R$ 42.735.358,00 (quarenta e dois milhões, setecentos e trinta e cinco mil trezentos e cinquenta e oito reais), e edital da concorrência 01/06, da Secretaria de Serviços para prestação de serviços técnicos de otimização do sistema de iluminação pública no valor de R$ 9.888.435,33 (nove milhões, oitocentos e oitenta e oito mil quatrocentos e trinta e cinco reais e trinta e três centavos), respectivamente (decisões citadas são de 2009 e 2007);

2- os TCs 72-003.123.11-74, 72-001.850.12-79, 72-001.161.12-73 e 72-003.229.06-38, de Relatoria do Conselheiro Maurício Faria, que cuidaram do Edital do Pregão 22/2011, da Secretaria Municipal de Saúde para a contratação de Serviço de vigilância e segurança patrimonial desarmada, com instalação e manutenção de monitoramento e alarme nas unidades de saúde no valor de R$ 10.635.145,56 (dez milhões, seiscentos e trinta e cinco mil cento e quarenta e cinco reais e cinquenta e seis centavos), do Edital do Pregão 17/2011, da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social para contratação de empresa especializada em prestação de serviço de transporte com veículos no valor de R$ 1.750.346,66 (um milhão, setecentos e cinquenta mil trezentos e quarenta e seis reais e sessenta e seis centavos), e do Edital do Pregão 98/2012, da Secretaria Municipal de Saúde, objetivando a prestação de serviços de lavanderia hospitalar, e do Edital do Pregão 239/2006, da Secretaria Municipal de Saúde para a contratação de empresa especializada em operação de logística, para recebimento, conferência, armazenagem, controle de estoque, inventários periódicos, separação, embalagem,

expedição e entrega de medicamentos, respectivamente (Decisões citadas são de 03/11/2011, 10/08/2012, 25/05/2012 e 24/08/2006 respectivamente);

3- os TCs 72-000.829.12-47, 72-001.264.12-06, 72-002.454.13-68, 72-002.486.11-92 e 72-003.027.10-08, de Relatoria do Conselheiro Roberto Braguim (que cuidaram do Edital do Pregão 16/ 2012, da Secretaria Municipal de Educação para registro de preços para fornecimento de mobiliário escolar: conjunto de sala de aulas, conjunto refeitório, conjunto sala de leitura para EMEF e EMEI no valor de R$ 19.263.000,00 (dezenove milhões, duzentos e sessenta e três mil reais), do Edital da Concorrência 01/2012, da Secretaria Municipal de Educação, objetivando a contratação de serviço de avaliação educacional em larga escala para realização da Prova São Paulo – Edição 2012, no valor de R$ 9.988.252,17 (nove milhões, novecentos e oitenta e oito mil duzentos e cinquenta e dois reais e dezessete centavos); do Edital do Pregão 13/2013 para contratação de empresa para prestação de serviços continuados de administração, recebimento, conferência, guarda, armazenagem, destruição e destinação final dos resíduos gerados das mercadorias apreendidas pela fiscalização da Subprefeitura Sé; do Edital da Tomada de Preços 06/2011, da SPTrans, cujo objeto é a prestação de serviços especializados de engenharia para caracterização e diagnóstico de aspectos específicos dos serviços de ônibus municipais na cidade de São Paulo, e do Edital do Pregão 32/2010, da Secretaria Municipal de Educação, visando a prestação de serviços de vigilância e segurança patrimonial desarmada, respectivamente (Decisões citadas são de 2010, 2011, 2012 e 2013);

4- o TC 72-002.888.11-04, do Conselheiro Domingos Dissei, que tratou do Edital de Pregão 17/2011, da Secretaria Municipal de Participação e Parceria, objetivando a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de infraestrutura e logística, incluída a mão de obra e todos os materiais necessários à execução de eventos das Coordenadorias e Conselhos da Pasta no valor de R$ 2.839.840,75 (dois milhões, oitocentos e trinta e nove mil oitocentos e quarenta reais e setenta e cinco centavos); e (decisão de 2011);

5- o TC 72-002.108.09-20, deste Relator, que tratou do Edital da Concorrência 01/2009, da Secretaria Municipal de Educação, para contratação de entidade especializada para operacionalização dos procedimentos relativos à realização da Prova São Paulo 2009 no valor de R$ 9.476.445,00 (nove milhões, quatrocentos e setenta e seis mil quatrocentos e quarenta e cinco reais) (decisão de 2009).

Em todos eles, as decisões de suspensão e retomada do certame foram proferidas monocraticamente, sem posterior referendo, sendo, ao final, mantidas em sede de julgamento do Pleno (que contou com a participação e voto dos Conselheiros que integram o Pleno), como não poderia ser diferente, sob pena de lançar sobre tais decisões a indesejada mancha da insegurança jurídica.

Frise-se: a decisão de retomada do certame ora sob julgamento foi PROFERIDA ANTES DA RESOLUÇÃO 6/12 e, portanto, estava em total consonância com o regimento interno, que não previa o referendo das decisões

que autorizavam o prosseguimento de certame. Não obstante, a segurança jurídica não vale apenas para um processo, mas sim para todos. O mesmo raciocínio defendido pelo Conselheiro João Antonio naqueles casos (em que foi acompanhado pelo Pleno por votação unânime), vale, claro, também para estes processos em nome dos princípios da isonomia, igualdade e equidade. Entendimento diverso colocaria em risco inúmeras decisões tomadas por este Tribunal de Contas (a exemplo das acima mencionadas), especialmente aquelas proferidas durante os anos em que as decisões eram monocráticas, mesmo após o referendo ter sido incorporado ao regimento interno. Para haver coerência e equidade é preciso que se aplique e se resguarde a segurança jurídica para todos os casos (especialmente quando praticamente idênticos), não cabendo qualquer seletividade.

Diante disso, é certo que se encontram SUPERADOS nos TCs em julgamento os questionamentos feitos inicialmente pela Auditoria desta Corte, tendo em vista a decisão que autorizou a RETOMADA do certame lastreado na manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo (acompanhada pela Procuradoria da Fazenda, pela Secretaria Geral e pelo Judiciário) que, depois de analisar os esclarecimentos da Origem, concluiu pela REGULARIDADE DO EDITAL, pois justificados e sanados os questionamentos que motivaram a suspensão da licitação. Senão vejamos.

A Auditoria apontou as seguintes infringências no edital da Concorrência 014129160/SPObras:

"1 - O modelo da contratação unindo numa mesma licitação a criação de mobiliário inédito, confecção, instalação, manutenção, conservação e exploração publicitária, em um único lote, estaria contrariando o § 1º do artigo 23 da Lei Federal 8.666/93.

2 - Insuficiência de informações em relação ao valor estimado da concessão, a partir de falhas apontadas no estudo de viabilidade econômico-financeira elaborado pela FIPE.

3 - Irregularidade quanto à possibilidade do Poder Concedente "autorizar a exploração de serviços alternativos, complementares ou acessórios, bem como de projetos associados, que gerem receitas adicionais", por ausência dos requisitos previstos na Lei Federal 8.987/95.

4 - Não justificativa do prazo de 25 anos para o contrato da concessão.

5 - O subitem 10.5 do Edital e o item 12 – DA HABILITAÇÃO, divergem quanto à relação de documentos a serem apresentados no Envelope Habilitação, especificamente no que se refere à segunda via da Carta de Credenciamento.

6 - A limitação do número de atestados para a comprovação da qualificação técnica restringe a participação de licitantes.

7 - Não estão justificados o Índice de Alavancagem menor ou igual a 14,7, nem o Índice de Cobertura de Benefícios maior ou igual a 0,9, para a qualificação econômico-financeira das licitantes, infringindo o § 5º do artigo 31 da Lei Federal 8.666/93.

8 - A exigência contida no item 14.1.2 do Edital não tem previsão legal, por se tratar de Carta de Instituição financeira, a ser emitida por terceiro.

9 - Necessidade de esclarecer o critério de reajuste definido no Edital.

10 - O critério de revisão previsto na Cláusula 11.4.4 da Minuta do Contrato seria incompatível com o instituto da concessão ao prever o pagamento, pelo Poder Concedente, de investimentos ou despesas adicionais que tenham sido efetivamente incorridos ou do valor equivalente à perda de receita efetivamente incorrida.

11 - Não previsão da exigência de declaração e cláusulas específicas quando da aquisição de produtos de empreendimentos minerários e de utilização de produtos e subprodutos de madeira, conforme determinam os Decretos Municipais 48.184/07 e 50.977/09.

12 - Disponibilização do Manual da SPTrans, sem a devolução do prazo de divulgação da concessão."

Diante disso, foi determinada a suspensão do certame (por decisão monocrática do então Relator Eurípedes Sales).

Depois de analisar as justificativas e esclarecimentos apresentados pela SP-Obras, a Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se no sentido da possibilidade de retomada do certame, nos seguintes termos:

"1. Em relação à formatação do Edital, incluindo no contrato da concessão a criação, confecção, instalação, manutenção e conservação, com exploração publicitária, de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque, no Município de São Paulo, entendo que o objeto está em consonância com a Lei Municipal 15.465/11 e com o Decreto 52.933/12, os quais dispõem sobre as regras específicas da concessão ora analisada. De fato, a ementa da citada Lei Municipal 15.465/11 expressamente afirma que a mesma 'dispõe sobre a outorga e a gestão de concessão, visando a criação, confecção, instalação e manutenção ... de abrigos de parada de transporte público de passageiros e de totens indicativos de parada de ônibus, com exploração publicitária'.

Dessa forma, não vislumbro nenhuma ilegalidade no procedimento adotado pela SP-Obras, cabendo, inclusive, ressaltar que essa questão já foi objeto de análise pelo Poder Judiciário (consoante informações de fls.

513/514), que entendeu não haver qualquer irregularidade no objeto da concessão, acrescentando que a questão encontra-se dentro do âmbito decisório próprio da Administração.

É de se registrar, ainda, que o objeto ora licitado tem a mesma formatação daquele apresentado tanto na Consulta quanto na Audiência Pública que antecederam a publicação do Edital, o que demonstra que a matéria foi amplamente discutida e justificada, restando (...) comprovadas a legitimidade e a oportunidade de sua concepção, notadamente dentro das peculiaridades inerentes às concessões de uso de bem público.

Quanto à exigência de ineditismo do projeto a ser apresentado pela licitante, nos termos da alínea "j" do Item 4 do Anexo I do Edital (fls. 371), a partir das justificativas trazidas pela Origem às fls. 529/533, é possível inferir que, na verdade, se trata de um projeto original, único, devidamente customizado às especificidades da Cidade de São Paulo.

Nesse sentido, entendo que os argumentos apresentados são suficientes para motivar e legitimar essa exigência editalícia. Isto porque a Cidade de São Paulo apresenta singularidades capazes de legitimar a necessidade de originalidade dos projetos, tendo em vista os inúmeros fatores caracterizadores dessa natureza, em especial, as diretrizes do zoneamento urbano e a Lei da Cidade Limpa (Lei Municipal 14.223/06) que, como ressaltado pela Origem, acarretou um significativo processo de despoluição visual ao restringir a publicidade na paisagem urbana. Nesse diapasão vale lembrar – como justificado pela Origem – que o volume de equipamentos e serviços correlatos não possui paralelo com nenhuma outra cidade do mundo, o que leva à necessidade de uniformização dos mesmos para a criação de uma identidade visual. Ademais, a exigência de ineditismo se coaduna perfeitamente com a continuidade da prestação dos serviços de utilidade pública em questão, haja vista que, ao término da concessão em comento, os bens reverterão ao Poder Concedente que deverá mantê-los e continuar instalando outros equipamentos idênticos àqueles utilizados pela concessionária, o que somente se garantirá – sem a necessidade de pagamento permanente de royalties –, se os projetos dos equipamentos forem inéditos.

2. Quanto à insuficiência de informações em relação ao valor estimado, a partir de falhas apontadas no estudo de viabilidade econômico-financeira elaborado pela FIPE e ao prazo da concessão, bem como em relação aos índices econômico-financeiros exigidos para a comprovação da qualificação da licitante (...) as mesmas restaram justificadas nas informações complementares trazidas pela Origem aos autos, bem como no próprio estudo da FIPE (cf. fls. 515/516, 533/545 e 38/85, respectivamente). Nesse sentido é possível constatar, principalmente nos últimos esclarecimentos prestados pela SP-Obras, que o estudo em questão foi embasado em criteriosos elementos de pesquisa, tais como a quantidade de empresas atuantes no setor, os fatores que compõem os preços sugeridos, os municípios pesquisados para as projeções e análises estatísticas, o prazo necessário para a viabilidade da presente concessão e, do mesmo modo, os índices financeiros para a qualificação técnico-financeira das licitantes.

Assim, entendendo-se que referido estudo técnico financeiro foi elaborado por renomada instituição de pesquisa econômica, especializada na matéria, os dados e conclusões ali registrados são dignos de respeitabilidade e credibilidade, o que vem justificar as exigências e o prazo definido para a concessão em causa.

3. Quanto à irregularidade da previsão de o Poder Concedente "autorizar a exploração de serviços alternativos, complementares ou acessórios, bem como de projetos associados, que gerem receitas adicionais", por ausência dos requisitos previstos na Lei Federal 8.987/95, as justificativas de fls. 516/519, somadas aos esclarecimentos de fls. 546/549 a serem publicados em relação aos Itens 5.1.7 do Edital e 2.1.11 do Anexo 12 – Minuta do Contrato (cf. fls. 590/591) eliminam o questionamento de AUD.

4. Em relação à divergência entre o subitem 10.5 do Edital e o item 12 – DA HABILITAÇÃO, entendo que o contido na alínea "H" dos Esclarecimentos (cf. fls. 591) eliminará a mencionada divergência quando de sua publicação.

5. A questão da limitação do número de atestados para a comprovação da qualificação técnica, a meu ver, está devidamente justificada na defesa da SP-Obras, às fls. 522, cabendo acrescentar que esta Corte de Contas já julgou legítima a eventual limitação do número de atestados técnicos operacionais, considerando-se os argumentos da Administração para os casos específicos, tal qual ocorre na presente licitação.

6. Quanto à exigência da Carta de Instituição ou Entidade Financeira declarando que analisou o Plano de Negócios da licitante e atestando a sua viabilidade e exequibilidade, nos termos do Item 14.1.2 do Edital (fls. 346), a sua legitimidade restou comprovada nas informações trazidas pela Origem às fls. 553/556, sendo possível constatar que se trata de documento já incorporado nas licitações das grandes concessões e PPPs. Ademais, como explicitado pela própria SP-Obras, o referido documento equivale à exigência de laudos técnicos, comumente exigidos nas licitações de compras – aquisições de medicamentos, por exemplo – para comprovar as especificações técnicas dos produtos ofertados pelas licitantes. Trata-se de documento não previsto na legislação de forma expressa, porém já incorporado nas licitações, de forma legítima, com a aprovação da doutrina e da jurisprudência atinentes à matéria.

7. No tocante à necessidade de esclarecer o critério de reajuste definido no Edital, a partir das justificativas da SP-Obras de fls. 523, é possível inferir que a data da assinatura do contrato será a data base para a contagem da anualidade para o reajustamento dos preços, porém o Io (índice inicial) do reajuste será o do mês de janeiro de 2012. Nessas condições, entendo não remanescer dúvidas sobre o critério de reajuste dos preços da concessão.

8. Em relação ao critério de revisão previsto na Cláusula 11.4.4 da Minuta do Contrato (fls. 435), as explicações da Origem de fls. 523/525,

somadas à nova redação a ser concebida para o Item em questão, nos termos da alínea "C" dos Esclarecimentos a serem divulgados (fls. 589/590), resolvem a questão.

9. O questionamento sobre o atendimento às regras dos Decretos Municipais 48.184/07 e 50.977/09 fica igualmente solucionado com a publicação dos Esclarecimentos, notadamente o contido na alínea "B" (fls. 589), de acordo com o compromisso já assumido pela SP-Obras em sua defesa de fls. 525.

10. Por fim, quanto à disponibilização do Manual da SPTrans, sem a devolução do prazo de divulgação da concessão, entendo que as explicações de fls. 525/526 são suficientes para demonstrar a desnecessidade de devolução do prazo de divulgação, ainda assim, a questão fica superada com a suspensão do Certame."

A Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral [SG: "Os questionamentos originários foram devidamente esclarecidos pela Origem e acolhidos pelos órgãos técnicos desta Corte, os únicos itens que merecem aperfeiçoamento, não impedem o acolhimento do edital, vez que o prosseguimento do certame já havia sido autorizado por Vossa Excelência.

Pelas razões expostas, com base na manifestação da Origem que se comprometeu a efetivar as alterações propostas por esta Corte, na esteira da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da D. Procuradoria da Fazenda Municipal, opino, igualmente, pela possibilidade de acolhimento do instrumento "sub examine".]

Acompanharam a Assessoria Jurídica de Controle Externo e opinaram pela regularidade do Edital.

Com amparo e nos termos da aludida manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, este Tribunal de Contas, entendendo justificados os apontamentos iniciais, AUTORIZOU O PROSSEGUIMENTO DA CONCORRÊNCIA 014129160/SPOBRAS (na forma monocrática nos exatos termos previstos no regimento interno), condicionado à publicação, pela Origem, dos esclarecimentos referentes ao edital.

Destaque-se que o entendimento deste Tribunal de Contas foi o mesmo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considerou regular o edital da Concorrência 014129160/SPObras nos autos da Ação Popular, movida por Quirino Ferreira, pretendendo a declaração de nulidade da licitação e do contrato de concessão, alegando que o instrumento convocatório estaria eivado de ilegalidades que poderiam lesar o patrimônio público.

A Ação foi julgada improcedente, tendo a decisão sido mantida em sede de APELAÇÃO/reexame necessário (0023896-93.2012.8.26.0053) nos termos do voto do Desembargador Relator da 9ª Câmara de Direito Público Jeferson Moreira de Carvalho, vazado nos seguintes termos:

> "Conforme se extrai dos autos, o edital de concorrência 014129160 não foi prejudicado pela suscitada ausência de projeto técnico básico, o que levaria à apresentação de modelos diferentes, colocando em risco a objetividade do certame e o padrão estético dos espaços concedidos, pois está em consonância com a Lei Municipal nº 15.465/2011, a qual prevê abrigos de parada de transporte público de passageiros e de totens indicativos de parada de ônibus, com exploração publicitária, objeto da licitação em exame.
>
> Assim dispõe o art. 7º, §§ 1º e 2º da referida lei:
>
> 'Os abrigos a serem instalados deverão ser compostos por estrutura e painéis publicitários, ocupando, no solo, o menor espaço possível. § 1º. O equipamento deverá dispor de 2 (duas) faces de painel publicitário, totalizando, no conjunto, até 4m² (quatro metros quadrados), admitindo-se apenas 1 (um) painel publicitário por face. § 2º O equipamento poderá contar com câmeras de monitoramento do entorno, que possibilitem a utilização de imagens, em tempo real e de maneira remota, pelos diversos órgãos públicos municipais, estaduais e federais, na forma e número estabelecidos no edital de licitação.'

Diante do acima delineado, não vislumbro qualquer violação à lei, ao revés, o edital da licitação está em consonância com a norma legal.

Assim, resta claro que todos os licitantes sabiam desde antes da publicação do edital os requisitos que deveriam preencher para eventualmente vencerem o certame, vez que se trata de lei, a qual possui presunção de constitucionalidade, e que a ninguém é escusável do seu desconhecimento.

Não há que se falar ainda em risco à poluição visual, isso porque a Lei Municipal 14.465/2011 coaduna-se com a Lei Municipal 14.223/2006 (Lei da Cidade Limpa) sendo desnecessário que fosse realizado concurso de projetos para eleger algum que representasse os interesses ambientais, paisagísticos e urbanísticos da cidade. No que tange ao parcelamento do objeto da licitação, nos termos do art. 23, § 1º da Lei 8.666/93:

> '§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.'

Nesse cenário, correta interpretação do dispositivo dada pela sentença, qual seja, a divisão do objeto, com vistas a aumentar a competitividade, só será possível se não onerar a Administração. Com efeito, a divisão do objeto traria prejuízos ao poder público, tendo em vista a quantidade de abrigos a serem instalados na cidade. A centralização de todo objeto em único lote permite uma otimização de custos e receitas do projeto, além de, em eventual inadimplemento da contratada, o ente licitante precisar buscar cobrir o prejuízo de uma só empresa.

Com relação ao valor do contrato e do valor da outorga, além de embasados em estudo criterioso da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas FIPE (órgão reconhecido), não há qualquer prova do prejuízo. Para tanto seria necessário demonstrar que os valores seriam incompatíveis com os benefícios que seriam gerados e com as obras realizadas. Desta forma, correta a sentença, que deve ser mantida tal qual lançada, bem como mantida as custas nela fixadas" (decisão transitada em julgado em 16/03/16).

Registre-se que essa ação é diferente da citada Apelação em Medida cautelar 0023893-41.2012.8.26.0053 (Apelante: Adshel Ltda.) que foi julgada extinta sem julgamento de mérito (por desistência do autor), restando prejudicado o recurso de apelação. Desembargador Relator da 9º Câmara de Direito Público: Jeferson Moreira de Carvalho (participaram do julgamento: Carlos Eduardo Pachi e Rebouças de Carvalho)

No que tange à análise do Contrato e seu Termo Aditivo nº 01, a Auditoria entendeu serem REGULARES, recaindo sobre eles tão somente a acessoriedade decorrente dos apontamentos feitos no exame do edital.

Por seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ["Quanto ao Contrato e o Termo Aditivo em exame, observa-se não remanescer anomalias de ordem jurídica, uma vez que guardam consonância com os preceitos legais então aplicáveis, segundo denotam os atos e documentos colacionados na presente instrução processual e destacados no relatório da Especializada. (...)

Ante o exposto, posicionamo-nos pelo acolhimento da Concorrência 014129160 – SPObras, do Contrato 0141291600/SPObras e do Termo de Aditamento 01."], a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral [SG:"(...) Da análise dos autos verifica-se que discordam AUD e a AJCE. (...) Com todo o respeito ao parecer apresentado pela SFC, posiciono-me na esteira do entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido do acolhimento dos instrumentos “sub examine”, uma vez que esta Secretaria Geral, nos autos do TC 72-000.908.12-11, também se manifestou pelo acolhimento do Edital de Concorrência 014129160.

Portanto, conforme razões acima expostas, e, considerando não remanescer impropriedades com relação ao Contrato e ao Termo de Aditamento analisados, opino pelo acolhimento da Concorrência, do Contrato e

do Termo de Aditamento."] também opinaram pela regularidade do contrato e seu termo aditivo.

Conforme se conclui da instrução processual (cujos pareceres técnicos foram acima transcritos), as irregularidades que motivaram a suspensão do certame foram, pontualmente (uma a uma), consideradas justificadas e superadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo em razão dos esclarecimentos e explicações apresentadas pela Origem.

Com base nesse posicionamento Jurídico, apoiado pela Secretaria Geral, este Tribunal de Contas AUTORIZOU A RETOMADA do certame. Este é o ponto mais importante a ser destacado antes de qualquer outro.

De acordo com a posição da Assessoria Jurídica de Controle Externo (adotado por este Tribunal como razões de decidir pelo prosseguimento do certame), não remanesceram irregularidades no edital: todos os apontamentos da Auditoria foram suficientemente justificados pela SP-Obras.

No caso em tela, o parecer da Auditoria tornou-se superado pela manifestação da Assessoria Jurídica, que deu base para a autorização de prosseguimento do certame. Acharam-se ausentes, portanto, quaisquer motivos jurídicos ou irregularidades, naquele momento, que impedissem o prosseguimento do certame.

Uma vez mais, frise-se que: a autorização de retomada do certame decorreu de decisão monocrática do então Conselheiro Relator nos exatos termos do que dispunha o Regimento Interno antes da Resolução 6/2012. A decisão de retomada do certame não foi submetida a referendo do Pleno, pois o Regimento não exigia que o fizesse antes da Resolução 6/2012 de 10 de outubro de 2012, sendo, portanto, indiscutível a sua legalidade. Ainda que assim não fosse, é inegável que as decisões monocráticas dos Conselheiros Relatores representavam esta Corte de Contas como um todo, como muito bem afirmou o Conselheiro João Antonio. Nem poderia ser diferente, sob pena de gerar assombrosa insegurança jurídica por parte da Administração e de todos os Interessados.

Assim como se espera das decisões mais recentes, esta Corte de Contas precisa defender fervorosamente a higidez das suas decisões, independentemente de quando tenham sido tomadas, ainda mais quanto em perfeita obediência às suas normas regimentais. As decisões desta Corte de Contas não podem ser fragilizadas, nem mesmo em decorrência da alteração do quadro de Conselheiros, ou, no futuro, veremos as nossas atuais decisões sendo simplesmente rejeitadas.

Ademais, a Origem AGIU DE BOA FÉ, no cumprimento da decisão deste Tribunal, não podendo, assim, SER PUNIDA nesta fase, ainda que houvesse falha formal desta Corte – o que não ocorreu.

Com efeito, uma vez autorizada a retomada do certame, sob o argumento de que ficaram justificadas as irregularidades inicialmente apontadas, não há como, em sede de julgamento final, o mesmo ato passar a ser tido como irregular justamente em função daqueles pontos anteriormente considerados superados (com base na Assessoria Jurídica de Controle Externo, na Procuradoria da Fazenda Municipal, na Secretaria Geral e também no Judiciário).

O entendimento da Auditoria desta Corte foi afastado e ficou superado quando foi autorizada a retomada do certame com fundamento na posição da Assessoria Jurídica de Controle Externo (que divergia da conclusão da área auditora), além da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral e também do Judiciário. Entendimento diverso causaria total afronta ao princípio da segurança jurídica.

Ora, os atos apreciados por este Tribunal não podem estar sujeitos à mudança de entendimento sem que existam fatos ou elementos novos para tanto, notadamente quando se tratar de "reformatio in pejus". E neste caso não houve fato novo, pois se baseou na posição inicial da Auditoria combatida pelo Jurídico, pela Procuradoria da Fazenda e pela Secretaria Geral.

A decisão que permitiu a continuidade do certame ultrapassou os requisitos necessários à concessão de uma medida cautelar, para a qual bastaria a verossimilhança do alegado e do perigo na demora caso a decisão não fosse adotada. Se uma analise superficial da matéria bastaria para proferir uma decisão cautelar (suspendendo ou autorizando a retomada de um certame), o que, por natureza, justificaria a reapreciação da decisão por quem a proferiu, no presente caso, este Tribunal só autorizou a retomada da licitação lastreando-se em aprofundada análise técnica de seus órgãos, em especial, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral (além da Procuradoria da Fazenda Municipal), que afastaram a existência de todas as irregularidades inicialmente apontadas (e que justificaram a paralização da licitação).

Dessa forma, não há como afastar irregularidades apontadas inicialmente e, sem fatos novos, restaurar essas mesmas irregularidades já velhas e superadas. Consoante se verifica nos autos, NÃO surgiram fatos ou elementos novos capazes de alterar a decisão deste Tribunal, que autorizou a retomada do certame, não havendo irregularidades novas (ou anteriores remanescentes) que possam macular o edital da concorrência.

É dizer, estar-se-ia exclusivamente alterando uma posição já tomada por esta Corte sobre uma situação fática pretérita sem que essa situação tenha se alterado. Isso seria um verdadeiro absurdo.

O Conselheiro João Antonio traz (em 06/06/2016) as irregularidades inicialmente apontadas pela Auditoria (em 04/06/2012 – 4 anos atrás) para justificar o seu voto. Todavia, o parecer da Auditoria (de 04/06/2012 de 4 anos atrás) encontrou-se superado pela manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo (de 07/07/2012 – 1 mês depois), da Procuradoria da Fazenda Municipal (de

07/11/12 – 4 meses depois) e da Secretaria Geral (14/11/12 – 4 meses e meio depois), que deu base e fundamentou a decisão de autorização de prosseguimento do certame, além da decisão judicial.

Não há fato novo, apenas uma tentativa de alteração intempestiva da interpretação dada por este Tribunal à mesma situação. Além disso, cita o voto do Conselheiro Maurício Faria, proferido no julgamento do TC 72-000.909.12-84 (que cuidou da análise do edital da licitação atinente à criação, confecção, instalação e manutenção de relógios eletrônicos digitais) para apontar supostas falhas nos estudos da FIPE (que também foram utilizados naquela licitação). OCORRE que no julgamento do referido TC 72-000.909.12-84 (relógios) os argumentos da Auditoria e do Conselheiro Maurício Faria FORAM VENCIDOS na votação do Plenário, que CONSIDEROU REGULAR o edital da concorrência sobre os relógios digitais (pelos Votos dos Conselheiros ES, RB e DD – EES na presidência), encontrando-se essa decisão transitada em julgado.

VOTOS proferidos no TC 72-000.909.12-84 (que cuidou do Edital da Concorrência 015129160 da São Paulo Obras para a concessão de serviço de utilidade pública, com uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a criação, confecção, instalação e manutenção de relógios eletrônicos digitais, com marcação de hora, temperatura, qualidade do ar e outras informações de interesse público, com exclusividade na exploração publicitária), em que foi usado o mesmo estudo da FIPE.

O Consº Relator Eurípedes Sales – "Conforme ficou comprovado nos autos, todas as questões suscitadas foram enfrentadas pelos órgãos técnicos, à luz dos esclarecimentos oferecidos pela Origem. Ao final, questionamento algum remanesceu apto a impedir o prosseguimento do certame. Isso posto, com fundamento nas conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, pela Secretaria Geral e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, eu julgo regular o Edital de Concorrência 015129160, promovido pela São Paulo Obras. Ademais, conheço das Representações interpostas pela empresa Adshel Ltda. e pelo cidadão Quirino Ferreira, em face do Edital ora em julgamento, por terem preenchidos os requisitos de admissibilidade previsto no Regimento Interno deste Tribunal. No mérito, julgo-as improcedentes, com base nas razões expostas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo. E encerro a minha pauta, Senhor Presidente."

O Sr. Consº Roberto Braguim – Com o Relator.

O Sr. Presidente – Conselheiro Maurício Faria?

O Sr. Consº Maurício Faria – Tenho voto divergente. "Primeiramente, cabe registrar a complexidade da contratação, em face de seu pioneirismo e sua singularidade, principalmente com a inserção de publicidade, ínsita ao objeto. Neste caso, o estudo de viabilidade econômico-financeira e plano de negócios buscam uma avaliação prévia, objetivando aferir a capacidade econômico-financeira do empreendimento ao longo do tempo, além de como e em que medida

os recursos mobilizados se mostrarão viáveis e lucrativos. (...) Diante do exposto, julgo irregular, como já disse, a Concorrência 015.129.160. Acerca das Representações, voto pelo conhecimento das mesmas e, no mérito, pelo provimento parcial, conforme os itens indicados. Determino, ainda, a instauração de procedimentos específicos para análise do decorrente contrato, assim como para o devido acompanhamento da execução contratual, com especial atenção aos preços de mercado praticados pela concessionária e ao faturamento que ela vem auferindo. Publique-se."

O Sr. Consº Domingos Dissei – "Eu só vou fazer uma consideração. O Conselheiro Mauricio Faria está fazendo essa conta e é uma conta em que todos os mil relógios estariam alugados todos os dias. Fazendo vezes 30, vezes 12, vezes 2 e tal. Isso tem que ser verificado, também, se estão alugados todos os dias, eu acredito que não. E o valor, como se os mil relógios tivessem o mesmo valor. É evidente que não. Os da Avenida Paulista deve ser um custo, agora, quando eu vou numa avenida que não tem movimento, é outro custo. Mas é evidente, tem que ser verificado, também. Só fazer essas observações. E eu voto com o Relator."

O Consº Maurício Faria – Senhor Presidente. Exatamente em função das questões que foram problematizadas pelo Conselheiro Dissei, é que eu entendo que é imprescindível a análise da execução desse Contrato, porque, em princípio, se trata exatamente de um mercado que estava com oferta represada, uma demanda reprimida, e então é preciso verificar qual é a realidade dessa demanda e isso poderá ser devidamente verificado.

O Sr. Presidente – Conselheiro Relator? A proposta feita pelo Conselheiro?

O Sr. Consº Eurípedes Sales – Concordo.

O Sr. Presidente – Conselheiro Vice Presidente Roberto Braguim?

O Sr. Consº Roberto Braguim – Concordo.

O Sr. Presidente (Edson Simões) – Então, por maioria, é julgado regular o Edital da Concorrência e por unanimidade são conhecidas as Representações e, no mérito, por maioria, são julgadas improcedentes, nos termos do voto do Relator, apresentando voto em separado o Conselheiro Mauricio Faria, ressaltando que todos aceitaram que ocorra o acompanhamento da execução."]

Assim, não tem qualquer fundamento trazer à colação as bases de um voto/entendimento que RESTOU VENCIDO E SUPERADO NO PLENÁRIO DESTE TRIBUNAL DE CONTAS, que é o órgão mais elevado de deliberação do Tribunal, tese sempre defendida pelo Conselheiro Vice-Presidente Maurício Faria. Ora, o julgamento do Pleno é SOBERANO e se sobrepõe às

posições vencidas, já que ele sim representa a posição deste Tribunal de Contas, novamente, que "É UM TODO", nas palavras do Conselheiro João Antonio.

O Conselheiro Maurício Faria também tenta resgatar o seu próprio voto, proferido no aludido TC 72-000.909.12-84. Todavia, o voto e todas as considerações nele expostas sobre o valor do contrato, da outorga e o estudo da FIPE em geral RESTARAM VENCIDOS NO PLENÁRIO DESTE TRIBUNAL DE CONTAS, não tendo cabimento uma tentativa de reabrir decisão transitada em julgado, em uma nova composição do Pleno, pois, segundo o próprio Conselheiro Maurício Faria, "posicionamentos vencidos, devem se sujeitar à decisão da maioria do órgão colegiado deste Tribunal de Contas" que é, repita-se: "SOBERANO", tal como ocorre em todo e qualquer Tribunal (seja Administrativo ou do Poder Judiciário). Logo, não procedem os argumentos que tentam levantar falhas nos estudos da FIPE por falta de amparo legal. (sobre o estudo da FIPE, reitere-se a posição clara do TJSP:

> "Com relação ao valor do contrato e do valor da outorga, além de embasados em estudo criterioso da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas FIPE (órgão reconhecido), não há qualquer prova do prejuízo. Para tanto seria necessário demonstrar que os valores seriam incompatíveis com os benefícios que seriam gerados e com as obras realizadas").

Destaque-se ainda, por oportuno, que as questões afetas ao estudo da FIPE postas no voto do Conselheiro Relator e do Conselheiro Maurício Faria (frise-se: além de já discutidas e VENCIDAS quando do julgamento do TC 72-000.909.12-84) são matérias para serem analisadas em sede de execução contratual (não em sede de análise de edital). Além disso, tal como ocorre neste processo, a decisão que autorizou a retomada do certame dos relógios digitais foi realizada por decisão monocrática, na forma regimental, que ainda não previa o referendo para o prosseguimento de certames, pois anterior à Resolução 06/2012 e, como tal, foi aceita por todos os Conselheiros que nem sequer mencionaram tal fato em seus votos.

Finalmente, destaque-se que a Contratada não foi intimada para apresentar defesa, pois não foram apontadas irregularidades no contrato. Assim, de forma anômala, CASO por hipótese se pretendesse ALTERAR o posicionamento já exarado por este Tribunal (num NOVO e diverso entendimento pela irregularidade do edital e do contrato sem apresentar fatos novos), o terceiro interessado deveria ter sido convocado para apresentar defesa, assegurando o direito ao contraditório e ampla defesa (tão defendidos nas sessões deste Pleno).

Assim, caso tivesse ocorrido fatos novos, teria que haver ampla defesa, pois teriam (Origem e Contratada) que explicar os pontos irregulares. Ocorre que os fatos novos são, na realidade, antigos e houve ampla defesa da Origem com relação a eles sendo que os Órgãos Técnicos do TCM liberaram o edital e o contrato, não podendo haver apontamentos de irregularidades já combatidas,

explicadas e liberadas como se essas fossem novas e onde já tinha sido usada a ampla defesa e aceita pelos Órgãos Técnicos. Em ambas as hipóteses estaria ferida a segurança jurídica.

Assim, tendo em vista que restaram justificados e superados os apontamentos que motivaram a suspensão do certame, nos exatos termos do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo (endossado pela Procuradoria da Fazenda e pela Secretaria Geral e decisão judicial) e, diante do cumprimento pela Origem, da condicionante imposta por esta Corte (de publicar os esclarecimentos no Diário Oficial de forma que integrassem o instrumento convocatório) e, ainda, tendo em vista a constatação, pela Auditoria, da regularidade do contrato e de seu termo aditivo, JULGO REGULARES a Concorrência 014129160 – SPObras, o Contrato 0141291600/SPObras e respectivo Termo de Aditamento 01 e IMPROCEDENTES as REPRESENTAÇÕES.

Mas o caso não se encerra na forma. Como sabemos, falhas graves e irregularidades podem ser descobertas e elucidadas de forma concreta durante a execução contratual.

Acontece que até o dia 06 de junho de 2016 (data em que estes processos foram colocados em pauta para julgamento) não havia determinação para análise da execução contratual pelos Relatores (nem antigo nem atual). Tardiamente (mas ainda em tempo hábil), em 16 de junho de 2016, é que houve determinação (pelo atual Conselheiro Relator) para exame da execução do contrato, sendo autuado, para tanto, o TC 72-004.029.16-56. Portanto, o acompanhamento da execução contratual terá a finalidade de apurar concretamente se houve irregularidades e, caso sejam constatadas, serão adotadas as medidas necessárias para eventual apenação dos agentes responsáveis e até ressarcimento de prejuízos causados ao erário. Aí sim, o TCM, de forma concreta, com os fatos novos e irregularidades constatadas, poderão penalizar os responsáveis sem que precise usar fatos antigos já superados pelo TCM como neste presente caso.

A execução esclarecerá as irregularidades. Assim, o fato novo que pode comprovar as irregularidades e ensejar a punição dos possíveis responsáveis está na execução contratual e não no uso do parecer de Auditoria de 04/06/12 que foi superada há 4 anos.

Determino o envio de cópia deste voto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção às solicitações dos autos (TC 72-000.492.14-67). (2.893ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Preliminarmente, registro que, no controle preventivo de licitação, esta matéria foi objeto de suspensão cautelar e posterior autorização de prosseguimento do certame licitatório, mas levada a efeito por meio de decisões

monocráticas do então Relator, sem o referendo do Colegiado, com inobservância do já então disposto no artigo 31, incisos XVI e art. 101, § 1º, alínea (na sua redação anterior à Resolução 6, de 10/10/12) do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Nessas condições, assiste ainda maior razão ao atual Relator ao entender que "a liberação cautelar do procedimento não induz prejulgamento da matéria".

Por outro lado, cabe registrar, também, que ocorreram decisões proferidas pelo Poder Judiciário posteriormente ao despacho de autorização de retomada da licitação por parte do então Relator. Isso se deu mediante concessão de liminar sustando novamente a licitação, a qual foi posteriormente revista por decisão do TJSP, que permitiu o prosseguimento do certame.

Nos termos do voto proferido pelo Ilustre Relator, há uma sistematização dos apontamentos de irregularidade que, sinteticamente, registram o seguinte:

1) insuficiência de informações em relação ao valor estimado da concessão impossibilitando padrões seguros de disputa e criando fragilidade na definição do valor de outorga;

2) exigência editalícia sem base legal consubstanciada na exigência de declaração de análise de Instituição Financeira em relação ao Plano de Negócios;

3) modelo de contratação em desacordo com a legislação que rege as concessões;

4) número de atestados exigidos contendoelemento de restrição à participação;

5) ausência de justificativa para os índices de alavancagem e de cobertura;

6) necessidade de parcelamento do objeto da licitação.

Ao final do voto proferido pelo Ilustre Relator, os elementos definidores da sua convicção pela irregularidade do Edital, da Concorrência, e, por acessoriedade, do Contrato SPObras 014129160 e do Termo de Aditamento 01, pautaram-se pela insuficiência de informações em relação ao valor estimado da concessão, a assegurar padrões seguros de disputa, a fragilidade na definição do valor de outorga, e, por fim, pela exigência do edital que, sem base legal, cria obrigação perante terceiros e submete o Ente Público à declaração de análise de Instituição Financeira em relação ao Plano de Negócios.

No meu entender, tal ênfase é justamente o que traz os contornos mais claros de comprometimento do procedimento – e também da avença – e, como se verá, posiciono minha declaração de voto nessa mesma direção. No entanto, sinto a necessidade também de registrar que a Área Auditora desta Corte não teve a oportunidade, por parte da Relatoria anterior, de se manifestar após a juntada das defesas oferecidas, e, com isso, deixou de trazer novas considerações em torno dos temas.

Alargar o debate tem sido uma orientação importante para a instrução dos feitos deste Tribunal, e, "in casu", se tivesse sido resguardado tal encaminhamento pelo então Relator, teríamos, em relação a esse desdobramento do processado, uma ampliação das diversas abordagens já introduzidas nos autos.

Por agora, então, centro foco na consistência do estudo de viabilidade econômico-financeira e no plano de negócios realizado para dar suporte à licitação. A licitação/contratação em exame foi estruturada a partir do mesmo estudo desenvolvido pela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, para dimensionamento do potencial do mercado de exploração de mídia externa nos relógios eletrônicos digitais da cidade de São Paulo, cuja licitação foi anteriormente tratada nos TCs 72-000.909.12-84, 72-001.334.12-90 e 72-001.335.12-52.

Já naquela ocasião, entendi que o referido estudo deixou de avaliar com precisão os vários graus de certeza do negócio em função das suas diferentes etapas de desenvolvimento, principalmente quando voltados à adequada definição do perfil do investimento e o correspondente potencial de retorno. Nesses termos, surge uma premissa que tanto serve para a análise voltada para a licitação dos relógios como também para essa voltada para a licitação dos abrigos, qual seja: se a base de dados para a tomada de decisão referente à viabilidade do negócio da concessão e à própria participação do Município mostra-se inconsistente, não há margem para validação da licitação.

Um primeiro questionamento que deve ser feito em relação ao estudo da FIPE confronta com a afirmação, nele contida, de que diversas cidades brasileiras já associaram o uso da publicidade a esse tipo de exploração do mobiliário urbano, mediante contrapartida do detentor da concessão. Desta feita, devemos observar que todo o estudo foi desenvolvido para um mercado hipotético que pressupõe ampla disponibilidade de formas ou suportes de mídia externa e, ainda, respectivos marcos regulatório bem definido, ou seja, num ambiente considerado de "concorrência perfeita" [2]. Este certamente não é o caso do Município de São Paulo, no qual os novos contornos traçados pela Lei Cidade Limpa interferiram sobremaneira no mercado de mídia e publicidade exterior,

[2] concorrência imperfeita: "corresponde a uma estrutura de mercado em que não se verifica a concorrência perfeita, ou seja, em que existe pelo menos uma empresa ou consumidor com poder suficiente para influenciar o preço de mercado. São exemplos de situações de concorrência imperfeita os monopólios, oligopólios e concorrência monopolística" (Paulo Nunes - Economista, Professor e Consultor de Empresas - Data de criação: 14-09-2007).

descaracterizando completamente as regras de mercado e os parâmetros existentes até o advento de tal lei. Por consequência, somente a partir de uma avaliação desse novo potencial de mercado poder-se-ia elaborar dados conformados à nova realidade de restrição severa à mídia exterior.

Reforçando esse argumento, é importante fazer um breve histórico do mercado de exploração de veículos de mídia no Brasil. Segundo artigo veiculado em 28-01-2013 na Folha de São Paulo, intitulado "Publicidade Volta às Ruas de SP e Anima Setor no País", temos o seguinte registro: "... Dois publicitários de grandes agências com sede em São Paulo disseram à Folha que empresas estão refazendo sua programação de 2013 para incluir, ainda que em escala pequena, a propaganda exterior.

Violeta Noya, presidente do consórcio Pra SP, que cuidará dos abrigos em paradas de ônibus, diz que a previsão é que 65% das 'faces' de publicidade fiquem ocupadas, em média, durante o ano. Rafael Sampaio, da ABA, disse que é natural que as empresas voltem, mas isso vai acontecer aos poucos. 'Vai voltar gradativamente. Vamos ver o resultado. **Não dá para comparar com o que estava nem com qualquer outra cidade do mundo porque ninguém nunca zerou [a publicidade exterior] e recomeçou com uma mídia só'**, afirma Sampaio.

Ele diz que a propaganda em relógios e abrigos 'é um bom recomeço', mas defende a volta de todas as modalidades de publicidade exterior – outdoors, por exemplo, continuam proibidos. 'Para o anunciante, teria muito mais efetividade [o mobiliário] se fosse combinado com outras alternativas.'" (Grifei.)

Esse aspecto um tanto quanto incontroverso também é trazido de alguma forma para o próprio estudo da FIPE, no qual constou: "Conhecer os preços praticados neste mercado é fundamental para minimizar a assimetria de informação entre o município e as empresas que participarão do leilão [...] esta pesquisa tem como objetivo oferecer alguns parâmetros de referência que devem auxiliar o município a desenhar o contrato de outorga que lhe seja o mais vantajoso possível."

No entanto, um novo questionamento acerca do seu estudo mais uma vez se apresenta quando identifica-se que o universo pesquisado pela FIPE colheu dados a partir da realidade de seis cidades brasileiras (que, inclusive, não menciona quais são), e a partir da realidade de outras vinte e quatro cidades americanas.

Todavia, a forma diferenciada de operação das ações de publicidade exterior nos dois países – Brasil e EUA – importa em composições de custos também diferenciadas, o que torna incomparáveis os preços e direciona para as conclusões, lançadas no próprio estudo, ao reconhecer que as melhores referências serão os preços praticados no mercado brasileiro.

Voltemo-nos, então, para as práticas e referências nacionais que foram definidas: O estudo desenvolvido sugere estimativas de valores para concessão e exploração das mídias externas em abrigo de ônibus no valor de R$ 793,24 por face, por semana. Os valores assumidos e recomendados correspondem aos valores brutos, não descontadas comissões de venda e eventuais transferências da concessionária para a Municipalidade. O estudo afirma que a probabilidade de variação de preços na veiculação de propaganda não excederá a 10%.

O resultado projetado para a taxa de administração da concessão foi de R$ 69,00 por mês por abrigo/totens instalado. O valor da outorga definido em contrato é de R$ 172,525 milhões, o de investimento é de R$ 261,697 milhões (14.700 totens e até 7.500 abrigos novos) e a remuneração da SP-Obras (taxa de administração) é de R$ 138,9 milhões, totalizando o valor do contrato em R$ 573,136 milhões, para o prazo de 25 anos de concessão[3].

Com isso, a FIPE utilizou dados financeiros de empresas que tem classificação de risco similar às do setor em questão nos sites do IPEA e Economática para subsídio ao estudo, na determinação do custo médio ponderado de capital de empresas do setor de mobiliário urbano (custo de capital próprio; custo de capital de terceiros; custo médio ponderado; indicadores financeiros; índice de liquidez geral e índice de liquidez corrente). Os demais custos, operacionais e administrativos, foram dimensionados a partir da Pesquisa Anual de Serviços - PAS 2010 – (IBGE) – (Economia, Serviços). Todavia, contrastando com esses parâmetros, podemos apontar que o valor do mercado de mobiliário urbano, como veículo de mídia externa, é de R$ 495 milhões/ano (dados do IBOPE Media), e isso – frise-se – sem considerar a participação da Cidade de São Paulo.

Somente a título de exemplo, matéria do Jornal O Globo, de 24/05/2013, indica um patamar elevado de contrapartida paga pela concessionária na concessão de mobiliário urbano da Prefeitura do Rio de Janeiro[4]

---

[3] **Valores extraídos do contrato**

[4] DECRETO Nº 37.553 DE 19 DE AGOSTO DE 2013 DISPÕE SOBRE A FISCALIZAÇÃO E O CONTROLE DAS CONCESSÕES QUE MENCIONA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. O PREFEITO DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela legislação em vigor, CONSIDERANDO a competência da Coordenadoria Geral de Controle de Concessões, que integra por delegação a Secretaria Municipal da Casa Civil, nos termos do Decreto nº 36.565, de 04 de dezembro de 2012, para gerir os contratos de concessão no âmbito da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro; CONSIDERANDO a competência da Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos – SECONSERVA para fiscalizar os programas e projetos relacionados à Conservação Urbana na Cidade do Rio de Janeiro; CONSIDERANDO a necessidade de agilizar os procedimentos operacionais relativos às concessões, que interferem nos serviços rotineiros de conservação e manutenção de logradouros realizados pela Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos, DECRETA: **Art. 1º** Fica sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos – SECONSERVA a fiscalização técnica e operacional das seguintes concessões: Termos de Concessão nºs: 578/99, 579/99 e 580/99 e Aditivos nºs: 28/05, 31/05, 32/05 – Abrigos de ônibus e sanitários públicos, totens informativos ou mupis (mobiliário urbano com informação), Relógio eletrônico, Colunas multiuso, Placas direcionais, Totens de identificação de bens culturais, Cabines de segurança; Termo de Concessão nº: 17/07 e

(frise-se, sem o represamento da demanda por publicidade exterior decorrente da Lei Cidade Limpa, em São Paulo): "As duas concessionárias cuidam de todos os relógios da cidade e abocanham o lucro das peças publicitárias expostas nos equipamentos. A prefeitura, que recebe até 40% sobre o faturamento bruto das empresas, é quem comanda a fiscalização dos aparelhos."

O site administradores.com divulgou em maio de 2013, com base nos valores praticados no mercado de publicidade do Brasil, a relação das cinquenta maiores empresas do ramo (informação consentânea à época de realização do estudo Fipe): "O Meio & Mensagem divulgou o ranking Agências & Anunciantes de 2012. [...] A Y&R segue na liderança das 50 maiores agências do País pelo 11º ano consecutivo. Com 13% a mais no volume de compra de mídia, a detentora da conta das Casas Bahia, maior anunciante do Brasil, movimentou um total de R$ 2,526 bilhões em 2012 contra R$ 2,228 bilhões no ano anterior.

Em seguida, aparece a Ogilvy com crescimento de 22% em relação a 2011. [...] as agências movimentaram R$ 30,382 bilhões em 2012, contra R$ 28,068 bilhões no ano anterior. Entre os maiores anunciantes, estão nomes como Casas Bahia, Unilever Brasil, Caixa Econômica Federal, Ambev e Sky Brasil, que ocupam as cinco primeiras posições. [...]".

Assim, os dados indicam nacionalmente a estimativa de um mercado publicitário total de mais de R$ 40 bilhões/ano no Brasil e de R$ 500 milhões/ano para o veículo mobiliário urbano. Ao mesmo tempo, é de se concluir que, quanto maior for a população, maior será a exposição da propaganda. E, quanto maior for a renda da população, maior será a probabilidade da propaganda se refletir em vendas para o anunciante. As populações mais ricas atraem anunciantes mais dispostos a pagar por publicidade. Além disso, quanto mais educada a população, maior será o preço da propaganda, como, também, quanto maior o número de faces e os prazos contratados, maior será a população atingida, o que terá repercussão nos preços, tornando-os mais elevados.

Em função do mercado com demanda represada por conta da restrição promovida pela Lei Cidade Limpa, com a reinserção do mobiliário urbano da Cidade de São Paulo composto por mais de duas mil faces, aliado à expressiva exposição de publicidade (maior que a da Cidade do Rio de Janeiro em 47%), é forçoso projetar-se a tendência do seu vigoroso dinamismo. Assim, a alta da demanda por este tipo de veículo é significativa, e concorre para a valorização das "faces" de mídia agora disponibilizadas.

Por derradeiro, não restou definido o quantitativo dos equipamentos em que a mídia será permitida, bem como as outras alternativas de mídias eventualmente admitidas, e, por consequência, ficam também indefinidas a expressão e o dimensionamento do potencial de exploração do negócio. Tais fatos nos fazem validar e assumir as conclusões expressadas pela Auditoria deste

Tribunal que, apesar de não ter tido a oportunidade de adentrar nesse ambiente de mercado, fez as devidas e pertinentes observações suficientes a garantir o retorno ao Município de parte das receitas potenciais, e de valor expressivo, que essa concessão deveria gerar.

Diante do exposto, julgo **irregular o Edital, a Concorrência 014129160, o contrato 0141291600 e o aditivo examinado, por decorrência**.

Com relação às **Representações** autuadas sob os nºs **72-001.333.12-27 e 72-001.353.12-34**, voto pelo **conhecimento** de ambas, vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade. Quanto ao mérito, destaco que o objeto de cada uma das Representações não sofreu exame por parte da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, o que vem em prejuízo à ampla análise dos itens questionados em cada qual. Não obstante, no tocante ao mérito, entendo pela **procedência parcial** das mesmas, posicionando-me pela **pertinência de todos os itens**, já mencionados pelo nobre Relator, objeto da irresignação, **com exceção dos que tratam da ausência de fracionamento do objeto licitado**, pois, a meu ver, trata-se de algo situado no campo de discricionariedade da Administração.

Deixo de determinar o acompanhamento da execução contratual, uma vez que a mesma já ocorreu diante da autuação do **TC 72-004.029.16-56**. Não obstante, indico a necessidade da análise contemplar os preços de mercado praticados pela Concessionária.

Publique-se. (2.893ª S.O.)

PRELIMINAR suscitada pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

Na discussão e julgamento dos TCs 72-000.908.12-11, 72-000.492.14-67, 72-001.333.12-27 e 72-001.353.12-34, o primeiro tratando da análise do Edital e o segundo da Concorrência 014129160, do Contrato 0141291600 e do Termo Aditivo 01/2014, objetivando a concessão de uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a criação, confecção, instalação, manutenção e conservação de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque e de pontos/totens indicativos de ponto de parada de ônibus, com exploração publicitária, enquanto o terceiro e quarto cuidaram de Representações emanadas da empresa Adshel Ltda. e de Quirino Ferreira, verificou-se, na Sessão 2893, de 05.10.2016, empate na votação desses procedimentos.

Com efeito, nessa votação, de um lado, o nobre Conselheiro Relator João Antonio julgou irregulares o Edital, a Concorrência 014129160 e os Ajustes dela decorrentes, e improcedente a Representação da empresa Adshel, e parcialmente procedente a formulada por Quirino Ferreira, sendo acompanhado pelo nobre Conselheiro Maurício Faria, o qual, todavia, julgou também parcialmente procedente a primeira Representação, ao passo que, no extremo

oposto, os ilustres Conselheiros Edson Simões (Revisor) e Domingos Dissei se pronunciaram pela regularidade dos instrumentos analisados e pela improcedência das Representações.

Diante desse impasse, avoquei todos os autos para proferir o voto de desempate na forma regimental, verificando, no entanto, na sua leitura, que o Consórcio Contratado PRA-SP – Concessionária de Exploração de Mobiliário Urbano S/A não foi intimado para exercer o direito de defesa e o contraditório previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal[5], bem como no artigo 116 do Regimento Interno desta Casa, nesta dicção:

> ***Art. 116. Os atos, termos, decisões e acórdãos serão levados ao conhecimento dos que integram ou podem integrar o processo por meio de intimação, para que, cientes do ocorrido, possam praticar os atos processuais deles decorrentes. (...) § 3º - Serão intimados os terceiros que tiverem participado do ato ou contrato questionado ou puderem ter sua esfera subjetiva de direitos afetada pela futura decisão do feito.***

Neste âmbito, como é do conhecimento dos nobres Conselheiros deste Egrégio Plenário, esta Corte, a partir do empenho dos seus integrantes, atualmente tem seguido à risca esse mandamento, determinando a intimação das empresas contratadas pela Administração Pública ou de todos aqueles que possam ter sua esfera de direito atingida, particularmente na fase de conhecimento e instrução dos feitos submetidos à sua apreciação.

Nada obstante, tenho entendido, em vários pronunciamentos, que esse princípio não pode ser aceito com caráter absoluto, quando a omissão do ato não gera prejuízos a terceiros ou não afeta a esfera de seus direitos, em face da norma do artigo 249 do Código de Processo Civil de 1973, transplantada para o artigo 282 do Novo Código de Processo Civil de 2015, nesta redação:

> ***Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º - O ato não se repetirá nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º - Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não***

---

[5] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

> ***pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.***

É a aplicação do princípio "pas de nulitté sans grief", segundo o qual não há nulidade sem prejuízo. Na hipótese dos autos, mesmo sem adentrar no mérito da questão posta, o mero esquadrinhamento formal dos TCs 72-000.908.12-11 e 72-000.492.14-67 indica, em tese, a necessidade da intervenção do Contratado, na medida em que houve um arrastamento para a análise do Contrato das conclusões alcançadas no exame do Edital, sem que o chamamento do Consórcio tivesse ocorrido, donde se concluir pela existência de lacuna.

Assim, considerando a marcada possibilidade, diante da instrução dos autos, de ser atingida a esfera dos direitos do Consórcio Contratado e das empresas dele participantes, cuja responsabilidade é solidária, entendo que, salvo melhor juízo, a falta de sua intimação poderá acarretar a nulidade do julgamento, ainda mais por inobservância do artigo 167 do Estatuto Regimental, "in verbis":

> ***Art. 167. Será discutida e decidida, antes do mérito, a preliminar suscitada em qualquer fase da apreciação ou julgamento do processo, não sendo o mérito conhecido, se depender da decisão da preliminar, ou com ela for incompatível. Parágrafo único – Será apreciada como preliminar a proposta de conversão do julgamento em diligência a qual deverá ser fundamentada, indicando-se a insuficiência dos elementos de instrução constantes dos autos e especificando-se as providências a serem adotadas.***

Essa regra é compatível com a disposição similar do artigo 560 do antigo Código de Processo Civil de 1973, a qual foi também absorvida, com variações, pelo artigo 938, "caput", do Novo Código de Processo Civil de 2015, que preceitua:

> ***"Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão"***
> *O parágrafo primeiro desse mesmo artigo acrescenta que:*
> ***"Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes".***

No estudo desse tema, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari tem escrito:

> *"O direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo" [...]* ***"Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir****."*** *- destaques nossos - (Processo Administrativo. 2ª Ed. Malheiros, 2007, p. 91)*

Atento a esses aspectos, peço vênia para submeter à douta deliberação dos nobres Conselheiros a questão preliminar prevista no artigo 167 do Diploma Regimental, relativamente à indispensabilidade, "in casu", e diante das características próprias que envolveram a instrução dos TCs em causa, da prévia intimação do Consórcio Contratado, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que integra o arcabouço das normas de ordem pública, que na valoração de Mario Julio de Almeida Costa,

> *"são normas de aplicação imperativa que visam direta e essencialmente tutelar os interesses primordiais da coletividade" (Direito das Obrigações, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000, p.473)."*

São razões que me levam, antes de pronunciar um eventual voto de desempate, submeter à douta apreciação dos ínclitos Conselheiros votantes, a questão, de cunho preliminar, sobre a necessidade de prévia intimação do Consórcio Contratado para exercer seu direito de defesa.

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

Na discussão e julgamento dos TCs nºs 72-000.908.12-11, 72-000.492.14-67, 72-001.333.12-27 e 72-001.353.12-34, o primeiro tratando da análise do Edital e o segundo da Concorrência nº 014129160, do Contrato nº 0141291600 e do Termo Aditivo nº 01/2014, objetivando a concessão de uso de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a criação, confecção, instalação, manutenção e conservação de abrigos em ponto de parada de ônibus ou em estações de embarque e desembarque e de pontos/totens indicativos de ponto de parada de ônibus, com exploração publicitária, enquanto o terceiro e quarto cuidaram de Representações emanadas da empresa Adshel Ltda. e de Quirino Ferreira, verificou-se, na Sessão nº 2893, de 05.10.2016, empate na votação desses procedimentos.

Com efeito, nessa votação, de um lado, o nobre Conselheiro Relator João Antonio julgou irregulares o Edital, a Concorrência nª 014129160 e os Ajustes dela decorrentes, e improcedente a Representação da empresa Adshel, e parcialmente procedente a formulada por Quirino Ferreira, sendo acompanhado pelo nobre Conselheiro Maurício Faria, o qual, todavia, julgou também parcialmente procedente a primeira Representação, ao passo que, no extremo oposto, os ilustres Conselheiros Edson Simões (Revisor) e Domingos Dissei se pronunciaram pela regularidade dos instrumentos analisados e pela improcedência das Representações.

Diante desse impasse determinei a conclusão dos autos para proferir o Voto de Desempate na forma regimental.

Numa primeira apreciação da celeuma travada neste feito, verifico, como anotou o nobre Conselheiro Edson Simões, que o cerne da questão, geradora do empate, é o Edital da Concorrência nº 014129160, objetivando a concessão de serviço de utilidade pública, sobre o qual a Secretaria de Fiscalização e Controle assinalou inúmeras irregularidades, tendo o nobre Conselheiro Relator João Antonio destacado, no seu resumo, as seguintes :

a) o modelo de contratação não atende a Lei Federal nº 8.666/93;

b) o estudo elaborado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE não é suficiente para justificar o valor de referência da outorga adotada;

c) o número de atestados restringe a participação de licitantes;

d) não justificação dos índices de alavancagem ou cobertura;

e) ausência de previsão legal na exigência de Carta de Instituição ou Entidade Financeira declarando haver analisado o Plano de Negócios.

O douto Conselheiro Maurício Faria emitiu seu voto nessa mesma direção, repisando os destaques concernentes à deficiência do estudo da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE para dimensionar o potencial de mercado de exploração de mídia externa nos relógios digitais e a definição do quantitativo dos equipamentos em que a mídia seria permitida.

Embora reconhecendo a excelência dos argumentos dos ínclitos Conselheiros que defenderam, ainda que em parte, os apontamentos da Auditoria que conduziram à admissão da irregularidade do Edital de Chamamento, entendo que essa questão ou tema se tornou "*lana caprina*" ou irrelevante em face do trânsito em julgado do v. Acórdão proferido pela 9ª Câmara de Direito Público do

Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação/Reexame Necessário nº 0023896-93.2012.8.26.0053, da relatoria do ilustre Desembargador Moreira de Carvalho, que proclamou a legalidade formal do Edital de Concorrência em causa e fundamentou os votos dos nobres Conselheiros Edson Simões e Domingos Dissei.

Por sua relevância, permito-me ler o seguinte fragmento do voto do Relator Jeferson Moreira de Carvalho :

> ***"Conforme se extrai dos autos o edital de concorrência nº 014129160 não foi prejudicado pela suscitada ausência de projeto técnico básico, o que levaria à apresentação de modelos diferentes, colocando em risco a objetividade do certame e o padrão estético dos espaços concedidos, pois está em consonância com a Lei Municipal nº 15.465/2011, a qual prevê abrigos de parada de transporte público de passageiros e de totens indicativos de parada de ônibus, com exploração publicitária, objeto da licitação em exame.***
>
> ***Assim dispõe o art. 7º, §§ 1º e 2º da referida lei :***
> ***"Os abrigos a serem instalados deverão ser compostos por estrutura e painéis publicitários, ocupando no solo, o menor espaço possível.***
> ***§ 1º - o equipamento deverá dispor de 2 (duas) faces de painel publicitário, totalizando, no conjunto, até 4m2 (quatro metros quadrados), admitindo-se apenas 1 (um) painel publicitário por face.***
> ***§ 2º - O equipamento poderá contar com câmeras de monitoramento do entorno que possibilitem a utilização de imagens em tempo real e de maneira remota, pelos diversos órgãos públicos municipais, estaduais e federais, na forma e número estabelecidos no edital de licitação."***

Diante do acima delineado, não vislumbro qualquer violação à lei, ao revés, o edital da licitação está em consonância com a norma legal. Assim, resta claro que todos os licitantes sabiam desde antes da publicação do edital os requisitos que deveriam preencher para eventualmente vencerem o certame, vez que se trata de lei, a qual possui presunção de constitucionalidade, e que a ninguém é escusável do seu conhecimento.

Aquele emérito Desembargador afastou também a possibilidade de risco à poluição visual, argumentando que, leio,

> ***"A Lei Municipal nº 14.465/2011 coaduna-se com a Lei Municipal nº 14.223/2006 (Lei da Cidade Limpa), sendo desnecessário que fosse realizado concurso de***

> ***projetos para eleger alguém que representasse os interesses ambientais, paisagísticos e urbanísticos da cidade".***

Por fim, aquele Magistrado destacou, ainda, o fato de que o valor do contrato e o valor da outorga estavam, leio,

> ***"além de embasados em estudo criterioso da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE (órgão reconhecido), não há qualquer prova de prejuízo. Para tanto seria necessário demonstrar que os valores seriam incompatíveis com os benefícios que seriam gerados e com a obras realizadas".***

Destarte, não cabe, nos estreitos limites deste processo fiscalizatório, questionar a justiça ou injustiça daquela Decisão Judicial, o que implicaria em desobediência à coisa julgada.

De resto, os votos que concluíram pela regularidade do Edital e do Procedimento Licitatório, e dos Ajustes dele originados, tem amplo respaldo nos pareceres técnicos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, bem assim na manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal.

A acolhida desses instrumentos é a melhor solução que emerge destes autos, pois a sustentada pelos doutos Conselheiros João Antonio e Maurício Faria demandaria, na minha visão, a conversão do julgamento em diligência para propiciar o contraditório e o direito de defesa do Contratado, em atenção aos princípios basilares de nosso ordenamento jurídico.

Por outro lado, numa segunda apreciação, verifico que as Representações foram, igualmente, fulminadas pela Decisão Judicial.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo decidiu, por maioria, com voto de desempate de seu Presidente, ACOLHER o Edital e a Concorrência nº 014129160, bem assim o Contrato nº0141291600 e o Termo Aditivo nº 01/2014, e julgar, também por maioria, improcedentes as Representações da empresa Adshel Ltda. e do Sr. Quirino Ferreira.

Determino, outrossim, a expedição de ofício ao Ministério Público instruído de cópias dos votos proferidos e deste Acórdão, comunicando seu resultado.