EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.791.09-06

ANÁLISE. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SMT. Concessão de serviço de transporte coletivo público de passageiros. Subsistema Estrutural. Decorrente de licitação irregular. Acessoriedade. IRREGULARES. MULTA. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.003.281.07-39, 72.000.100.07-86 e 72.001.791.09-06.

Legislação citada: Arts. 2º, II e 5º, Lei 8.987/95. Arts. 3º, "caput", 29, 30, II, 31, III e §3º, 39, 54, § 1º e 71, § 2º, Lei 8.666/93. Art. 7º, Lei 6.404/76. Art. 21, § 1º, Lei Mun. 14.141/06. Art. 4º, § 3º, Dec. Mun. 42.736/02. Art. 60, "caput" e 61, Lei 4.320/64. Art. 1º, Lei Mun. 13.226/01. Art. 2º, Instr. 01/02 TCMSP. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. Art. 40, Dec Mun. 44.279/03. Art. 52, II, Lei Mun. 9.167/80.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregulares o Contrato 037/07-SMT.GAB e o respectivo Termo de Aditamento 01/2008, por derivarem de licitação irregular, salientando que, a apreciação dos efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos será objeto de análise em sede do Acompanhamento da Execução Contratual, no bojo do processo 72.002.507.09.46.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício encaminhando cópia em inteiro teor do presente relatório e voto, assim como deste Acórdão;

1 - à Câmara Municipal de São Paulo;

2 - à Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Transporte Coletivo, instalada pela Câmara Municipal de São Paulo;

3 - à Secretaria Municipal de Transportes;

4 - à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans;

5 - a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, para ciência da matéria ora julgada e para instrução do procedimento PJC-CAP nº 402/04 – 10ª PJ, conforme solicitação de folha 996 dos autos do TC 100.07-86 (Ministério Público do Estado de São Paulo);

6 - ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, para ciência e providências que o caso requer.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de outubro de 2013.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o **TC nº 100/07-86** da análise dos aspectos legais e formais do Edital da Concorrência nº 006/2006-SMT-GAB, originária da Secretaria Municipal de Transportes, para outorga, mediante concessão, da prestação de serviço de transporte coletivo público de passageiros, no Subsistema Estrutural da Área 4, ocorrida em decorrência da rescisão de contrato anterior oriundo da Concorrência nº 12/02, para a concessão do referido serviço público para todas as 8 Áreas da Capital.

Desde que a Administração Municipal da época rescindiu a outorga da concessão da Área 4, objeto do Contrato 703/03, até a homologação da Concorrência ora analisada, a Prefeitura do Município de São Paulo não logrou efetivar contratação pelo regime de concessão, celebrando no período de 30/12/04 a 16/12/07, 06 (seis) contratos emergenciais fato esse que ensejou o ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Por tais razões, a realização da Concorrência 06/2006, agora apreciada, foi imperiosa para evitar-se nova contratação emergencial.

O **TC nº 3.281/07-39** cuida de Representação formulada pela Construtora Radial Ltda., em face do Edital supramencionado, na qual a Autora alegou a nulidade insanável do instrumento convocatório e requereu a suspensão do certame.

Por sua vez, o **TC nº 3.354/07-00** tem por escopo o Acompanhamento da mencionada Licitação, desde a abertura do certame até sua homologação pela autoridade competente.

Finalmente, o **TC nº 1.791/09-06** versa sobre a análise do Contrato nº 037/07, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e o Consórcio Leste 4, integrado pelas empresas Himalaia Transportes S.A., Empresa de Transportes Coletivos Novo Horizonte S.A. e Happy Play Tour Passagens, Turismo e Transportes de Passageiros Ltda., o qual decorreu da referida Concorrência 06/2006, apresenta o prazo de vigência contratual de 10 (dez) anos e o valor total estimado de R$ 1.592.000.000,00 (um bilhão e quinhentos e noventa e dois milhões de reais).

Neste mesmo processo, também se analisa o **Termo de Aditamento nº 01**, de 25/08/08, formalizado para consignar a alteração da quantidade de veículos destinados à prestação do Serviço ATENDE e adequar os respectivos critérios de remuneração.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no **TC nº 100/07-86,** elaborou circunstanciado relatório, concluindo que o edital não reunia condições para prosseguimento do certame, por apresentar falhas que deveriam ser sanadas pela Origem, a saber:

1 - contém regras/elementos que descaracterizam a natureza jurídica da concessão, aproximando-se mais da natureza de contratações de prestação de serviços - infringindo o art. 2º, inciso II, da Lei 8.987/95[1] (item 3.5);

2 - ausência de debate verbal efetivo entre o Poder Público e a comunidade interessada nos serviços, uma vez que a Administração Municipal se limitou a proporcionar oportunidade de questionamentos "*por escrito*", viciando a audiência pública prevista no art. 39 da Lei Federal nº 8.666/93[2]. E,

---

[1] **Lei Federal nº 8.987/1995**
Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

[2] L. 8666/93 - **Art. 39 –** Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inc. I, alínea "c", desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

também, que o lapso de tempo verificado entre a reunião havida em 31/03/06 – (fl.51) e o da publicação do edital - 21/12/06 – (fl. 902), excedeu o prazo médio de 15 dias previsto no citado dispositivo legal, em razão dos seguidos adiamentos de prazo;

3 - inexistência de menção da legislação aplicável no tocante à definição de prazo para o reajuste da remuneração, de vez que a Administração se valeu da expressão abstrata da cláusula 8.1 do Contrato "*prazo mínimo legal"* (item 3.9);

4 - não restou claro no edital, bem como, não foi observado pelos licitantes a comprovação da capacidade técnica "*de operação de, no mínimo, 18.000 (dezoito mil veículos x mês*"), (item 3.11);

5 - os itens 10.2.1.1.1[3] e 10.2.1.2[4], do instrumento convocatório, são contraditórios - o primeiro por estabelecer que o parâmetro do atestado será ponderado pela participação percentual de cada empresa integrante do consórcio, enquanto o segundo admite expressamente a comprovação de atestado por apenas uma das empresas (item 3.11).

A Equipe Técnica Auditora propugnou pela necessidade da apresentação de esclarecimentos e informações, por parte da Origem, no tocante a determinados pontos[5] relacionados ao Serviço ATENDE.

Em decorrência do apontado pela Auditoria, este Tribunal de Contas determinou o adiamento "sine die" do certame, até que fossem sanadas as irregularidades contidas no edital.

A Origem, oficiada a manifestar-se sobre as conclusões alcançadas pelo Órgão Técnico, apresentou justificativas, remanescendo, assim, a maior parte das irregularidades e impropriedades suscitadas, tendo a Secretaria Municipal de Transportes anuído em alterar o Edital, efetuando ampla revisão do instrumento convocatório, cuja nova minuta e respectivos anexos foram encaminhados para análise deste Tribunal.

---

[3] 10.2.1.1.1 Na hipótese da prestação do serviço ter sido prestada de forma consorciada o parâmetro do atestado será ponderado pela sua respectiva participação percentual no consórcio.

[4] 10.2.1.2 No caso de consórcio, a comprovação do atendimento do item 10.2.1.1 poderá se dar por apenas um de seus membros, ou pelo o somatório dos parâmetros individuais das empresas componentes, poderado pelo percentual de participação de cada uma no consórcio.

[5] a- Quais são as dotações, saldos e recursos orçamentários provisionados para a cobertura do serviço ATENDE? (item 3.6);

b- Qual a razão da adoção, para um mesmo programa (serviço ATENDE), de dotações relativas a Projeto e Atividade? (item 3.6);

c- Qual o custo estimado para o serviço ATENDE? (item 3.6);

d- Qual a razão de se utilizar a capacidade máxima veicular na equação constante do anexo 3.2? (item 3.7);

e- Como a fórmula de reajuste a ser aplicada na remuneração do serviço ATENDE, especificada no item 8.1 do edital, encontra-se adequada a esse serviço, lembrando que não encontramos nos autos demonstrativo de custos, com a estimativa do valor desse serviço? (item 3.9);

Ao manifestar-se acerca do esboço do novo edital, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou que:

1 - mesmo sendo elevado a R$ 15.500.000,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais), o valor do capital social mínimo deveria ser fixado em R$ 15.920.000,00 (quinze milhões e novecentos e vinte mil reais), montante correspondente ao percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor do Ajuste, legalmente exigido em todos os contratos correlatos com o objeto licitado, relativos às demais áreas do Subsistema Estrutural, de modo a atender o princípio da igualdade entre os licitantes;

2 – o debate acerca da eventual descaracterização da natureza jurídica da concessão encontra-se superado, na medida em que este Tribunal de Contas, no julgamento da **Concorrência nº 012/2002**, analisada no **TC 323/03-47**, admitiu o prosseguimento da licitação estabelecida nos mesmos moldes para a outorga da concessão do serviço de transporte coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, aliado ao fato do Edital da Área 4 já se encontrar mais aprimorado em decorrência de alterações contidas na nova minuta apresentada;

3 - ao final do parecer exarado, ponderou que deveriam ficar submetidos à consideração superior dois itens do edital, a saber: a inclusão do item 5.11[6], que admitiu, excepcionalmente, a participação de empresas com frota de veículos com idade máxima de 11 (onze) anos, até 30 de junho de 2008; e a retificação do valor mencionado no item 15.5[7] (capital social mínimo integralizado da Sociedade de Propósito Específico), de modo a atender o princípio da igualdade entre os licitantes.

O Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo endossou, integralmente, as considerações expressadas no citado pronunciamento.

Com fulcro nas conclusões favoráveis da Área Jurídica, este Tribunal autorizou a retomada da Concorrência nº 006/2006, condicionada, entretanto, à necessidade da prévia retificação do valor do capital social mínimo integralizado estabelecido no item 15.5, e que a redação original do item 5.11[8], no tocante à idade para os veículos da frota, fosse mantida.

Depois de realizadas as adequações indicadas pela Área Jurídica, a Origem comunicou a este Tribunal a retomada da Concorrência nº

---

[6] 5.11 A frota vinculada à prestação dos serviços durante a execução do objeto do contrato deverá ter idade média máxima de 05 (cinco) anos, não podendo conter nenhum veículo com idade superior a 10 (dez) anos, exceto os veículos trolebus.

[7] 15.5 O capital social subscrito da sociedade de propósito específico deverá corresponder, na data da celebração do Contrato, ao valor mínimo de R$ 15.500.000,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais), totalmente integralizado.

[8] Item 5.11 – Redação original: idade máxima 10 (dez) anos
Item 5.11 – Redação alterada: excepcionalmente, admitido que no máximo 10% da frota tenha idade máxima de 11 anos, até 30/06/2008

006/2006, encaminhando o edital revisto e os respectivos anexos para exame.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle ao analisar a nova versão do instrumento convocatório concluiu que o mesmo não reunia condições de prosseguimento, a não ser que fossem sanadas outras irregularidades verificadas[9], além de sugerir a alteração da redação da cláusula relativa às penalidades previstas no item 10.4.3[10] da minuta contratual, por estabelecerem valores irrisórios em face da potencial ocorrência de dano ao Município de São Paulo

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se entendendo que os pontos levantados pela Auditoria não justificavam a paralisação do certame, por retratarem, em sua maioria, situações já previstas no Edital da Concorrência nº 12/02, que regrou anteriormente a concessão dos serviços de transporte municipal de passageiros no Município de São Paulo e que o Pleno deste Tribunal de Contas autorizou a continuidade do certame, do qual derivaram os Contratos de Concessão, celebrados em 2003, para cada uma das 8 áreas do Subsistema Estrutural desta Capital.

A Especializada complementou seu parecer observando que as modificações inclusas na nova versão do Edital da Concorrência nº 006/2006 englobavam aquelas anteriormente sugeridas por esta Casa.

---

[9] 1. Não foram demonstradas a previsão orçamentária, dotação e reserva e tampouco indicada a verba a ser onerada pelas despesas de ressarcimento da implantação e manutenção do equipamento AVL – Automatic Vehicle Location, conforme previsto no item 3.2 do Anexo 4.1 do Edital, em infringência ao disposto no artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.5 deste relatório).
2. Não consta na publicação do aviso de abertura a data para realização da visita técnica obrigatória e, diante da exiguidade de prazo, assim como sua comprovação para fins de habilitação (item 10.2.5 do edital), verifica-se infringência ao artigo 21, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.9 deste relatório), bem como ao art. 3º do mesmo dispositivo legal à luz do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal (item 3.15.2, 'b' deste relatório).
3. Possibilidade de participação de empresa em processo de falência mediante mera apresentação de certidão explicativa, em infringência ao artigo 31, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.15.2, "a" deste relatório).
4. Exigência concomitante de capital social mínimo e garantia para licitar, devendo a administração optar por apenas uma dessas formas de comprovação para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, em infringência ao artigo 31, parágrafo 2º da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.15.2, "a" deste relatório).
5. Exigência de comprovação de apenas três dos cinco índices previstos pelo item 10.3.4 do Edital, permitindo que a proponente se isente de comprovar sua capacidade de solvência por meio da demonstração do patrimônio líquido (item 3.15.2, "a" deste relatório).
6. A correção monetária do balanço prevista no item 10.3.2 do edital contraria o disposto pelo artigo 4º da Lei Federal nº 9.249/95 (item 3.15.2, "a" deste relatório).
7. Ausência de critérios no edital para o recálculo do valor da remuneração por passageiro registrado, caracterizando infringência ao artigo 40, inciso XVII (item 3.20 deste relatório).
Ademais, foram observadas as seguintes impropriedades:
a) Incoerência entre os itens 7.5 e 12.1.18 do edital (item 3.16.1), que acarreta irregularidade no procedimento;
b) O item 3.1 do edital contém incorreção do valor por extenso;
c) No item 6.12.1 do edital, o número correto do Decreto Municipal é 42.736/02;
d) Na cláusula 7.12.1 da minuta contratual, o número correto do Decreto Municipal é 42.736/02;
e) Na cláusula 8.1 da minuta contratual, o número correto da Portaria SF é 068/97;
f) Na cláusula 10.2 da minuta contratual, o número correto da Lei Municipal é 13.241/01;
g) Deveria constar na cláusula 17.2 da minuta referência à cláusula Décima Quinta.

[10] 10.4.3 Prova de regularidade com a Fazenda Federal, do domicílio ou sede do interessado, mediante a apresentação da certidão conjunta, expedida pela Secretaria da Receita Federal e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, referente aos tributos federais e à Dívida Ativa da União, por elas administrados, nos termos do Decreto Federal nº 5.586, de 19 de novembro de 2005.

Posteriormente, a Origem alterou o item da Minuta do Contrato e modificou a redação da cláusula relativa aos valores das penalidades, consoante proposto pela Auditoria, motivo pelo qual a Área Jurídica reiterou seu precedente parecer, entendendo que as providências adotadas pela Secretaria Municipal de Transportes cumpriram integralmente o determinado nos autos e ofereciam, assim, condições para o prosseguimento do certame, razões que solidificaram a autorização já concedida por este Tribunal de Contas para que a Origem retomasse os trabalhos, determinando-se que os Auditores desta Casa procedessem ao acompanhamento de todo o procedimento da Licitação.

Uma vez celebrado o **Contrato nº 037/07 com o Consórcio Leste 4**, concluiu a Auditoria estarem superados os questionamentos iniciais suscitados acerca do Edital. Idêntico entendimento foi externado pela Área Jurídica.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ressaltando que a Origem empreendera as providências necessárias à alteração no Edital, opinou pelo acolhimento do instrumento convocatório em pauta.

A Secretaria Geral, diante da verificação de que a licitação se processara regularmente, sem notícia de impugnações e considerando, em especial, a celebração do contrato, entendeu que o objeto dos autos fora cumprido.

Relata-se, agora a **Representação** tratada no **TC 3.281/07-39**, na qual a Autora alegou a nulidade do edital, ao argumento de que seriam ilegais as seguintes condições exigidas para comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, a saber:

I) comprovação de possuir capital social mínimo, integralizado de R$ 15.920.000,00 (quinze milhões e novecentos e vinte mil reais) (item 10.3.3) [11]; e

II) a prestação da garantia para licitar, no valor de R$ 7.960.000,00 (sete milhões e novecentos e sessenta mil reais), correspondente a 0,5% (meio por cento) do valor estimado do contrato, exigência que superaria o percentual de 1% (um por cento) previsto no inciso III do artigo 31[12] da Lei Federal nº 8.666/93, incidente sobre o período de 12 meses (item 10.3.5)[13].

---

[11] 10.3.3 Comprovação de possuir capital social mínimo, integralizado, de R$ 15.500.000,00 (quinze milhões e quinhentos mil reais) correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado do Contrato decorrente da licitação, previsto no item 3.1 deste edital.

[12] **Art. 31** –A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

[13] Comprovante emitido pela área competente da Secretaria Municipal de Finanças – SF – da Prefeitura do Município de São Paulo, de prestação da garantia para licitar, no valor de R$ 7.750.000,00 (sete milhões, setecentos e cinquenta mil reais), correspondente a 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor estimativo do Contrato, previsto no item 3.1 deste instrumento.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo na apreciação do mérito da Representação concluiu que ambos os itens questionados achavam-se em conformidade com as normas legais em vigor, notadamente aquelas que regulamentam as concessões de serviço público. Ressaltou, que a exigência de integralização de capital corresponde ao valor efetivamente agregado à sociedade, enquanto a subscrição denota apenas a intenção de alteração do capital social. Ao final, opinou pelo conhecimento da Representação, pois encontravam-se atendidos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, por sua improcedência.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu não haver ilegalidades nas cláusulas editalícias impugnadas, especialmente porque o objeto da licitação diz respeito a serviços essenciais, que não podem sofrer solução de continuidade, razão pela qual deveria a Administração Pública cercar-se de todas as garantias legais que lhe são outorgadas. Posicionou-se, assim, pelo conhecimento da Representação e pela **improcedência** no tocante ao mérito.

Foram assim afastados os argumentos suscitados na Representação, e entendido que não remanesceram quaisquer óbices à continuidade dos trabalhos relativos à Concorrência 006/2006, e autorizada a Origem a prosseguir com a licitação.

Os autos da Representação passaram a tramitar em conjunto com o **TC nº 3.354/07-00**, tendo a Secretaria Geral, acompanhado os Órgãos preopinantes no que concerne às conclusões exaradas no sentido da regularidade do certame (folha 684 do TC 3.354/07-00).

No tocante ao **TC 3.354/07-00**, que trata do Acompanhamento da Concorrência nº 006/2006, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do procedimento licitatório, pelos seguintes motivos:

"*1. O Consórcio Leste 4, única licitante, não preencheu os requisitos de habilitação jurídica, desatendendo o item 10.1.2*[14] *do edital, tendo em vista a irregularidade da constituição da empresa Himalaia Transportes S/A;*

2. A SMT [Secretaria Municipal de Transportes] não verificou as situações que poderiam incidir em descumprimento do item 7.1[15] *e das vedações do item 7.5*[16] *do edital, com relação às empresas Novo Horizonte e Happy Play, que compõem o consórcio;*

---

[14] Prova de Registro, arquivamento ou inscrição na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas de ato constitutivo da sociedade , bem como de investidura dos representante legais da Pessoa Jurídica, no caso de Sociedade Empresarial, e, no caso de Sociedade por Ações, a documentação da eleição de seus administradores.

[15] 7.1 Somente poderão participar da licitação sociedades empresariais constituídas nos termos dos artigos 1039 a 1092 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil Brasileiro, isoladamente ou em consórcio, que atenderem as condições de habilitação estabelecidas neste edital.

[16] 7.5 Será admitida a participação de sociedades empresariais ou consórcios que sejam titulares de contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo público de passageiro do Município de São Paulo, mas seu objeto não será adjudicado a uma sociedade empresarial ou consórcio de sociedades empresariais que,

3. O consórcio não comprovou qualificação técnica da empresa, desatendendo o item 10.2.1[17] do edital;

4. O consórcio não comprovou o vínculo do responsável técnico, desatendendo o item 10.2.2[18] do edital;

5. Há incorreções na avaliação feita pela SMT dos índices econômico-financeiros, desatendendo o item 10.3.4[19] do edital, notadamente os da Happy Play;

6. A Novo Horizonte, constituída em 2006, não apresentou "Balanço de Abertura", descumprindo o item 10.3.2.2[20] do Edital;

7. O consórcio não comprovou possuir o capital social mínimo exigido pela legislação e pelo item 10.3.3 do edital;

8. A Himalaia Transportes S/A e a Happy Play não comprovaram devidamente a regularidade fiscal, descumprindo o item 10.4[21] do edital;

9. A proposta comercial não foi plenamente avaliada, sendo indevida a sua classificação pela Comissão de Licitação."

Além das precitadas infringências, a Especializada observou que:

a) seria recomendável que a Origem verificasse se fora efetuado o depósito das parcelas de capital social integralizadas em dinheiro pela Himalaia Transportes S/A no valor de R$ 2.134.268,00 (dois milhões, cento e trinta e quatro mil e duzentos e sessenta e oito reais) e pela Empresa de Transportes Coletivos Novo Horizonte S/A, na quantia de R$ 6.200.000,00 (seis milhões e duzentos mil reais); e

---

diretamente ou por controladora, controlada ou coligada, ou de sociedades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, já seja titular ou integre consórcio titular de 03 (três) daqueles contratos.

[17] 10.2.1. Atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando que a Licitante prestou, ou está prestando, satisfatoriamente, serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, da seguinte forma:

[18] 10.2.2 Comprovação de possuir em seu quadro permanente de pessoal, profissional de nível superior, detentor de atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado que demonstrem que o profissional possui experiência comprovada na área de transporte coletivo urbano de passageiros, e que será seu responsável técnico, administrativo e operacional, perante o Poder Concedente, durante a execução do contrato.

[19] 10.3.4 Para a comprovação da boa situação financeira a Proponente deverá atender ou superar a pelo menos três dos cinco índices a seguir, sob pena de inabilitação:

[20] 10.3.2.2. As proponentes cuja constituição tenha ocorrido no ano calendário de 2006, estarão obrigadas à apresentação de Balanço de Abertura.

[21] 10.4 Documentos necessários à demonstração da regularidade fiscal: Itens 10.4.1 a 10.4.8

b) o preço ofertado pela única licitante coincidiu com o valor máximo fixado pelo edital[22] (folhas 588/597).

A Origem e os integrantes da Comissão de Licitação foram intimados e apresentaram seus argumentos, examinados pela área Auditora, que manteve sua conclusão no sentido da irregularidade do procedimento licitatório, acrescentando que remanesciam, ainda, os seguintes fundamentos a confirmar a conclusão de sua precedente manifestação:

1. Quanto a habilitação jurídica, que o Consórcio Leste 4, único licitante, desatendeu o edital, tendo em vista a irregularidade verificada na constituição da empresa Himalaia Transportes S/A, cujo patrimônio é originário da transferência do ativo e passivo da sua única investidora Himalaia Transportes Ltda. independentemente da comprovação da integralização do capital social, em conformidade com o preceituado pelo artigo 7º[23] da Lei Federal nº 6.404/76;

2. Que a Secretaria Municipal de Transportes não verificara as situações que poderiam incidir em descumprimento dos itens 7.1 e 7.5 do edital, com relação às empresas Novo Horizonte e Happy Play, de vez que as mesmas possuem, respectivamente, ligação com as Cooperativas Nova Aliança e a Transcooper, e que o edital coíbe a participação desse tipo de sociedade, vínculo esse que veio a público quando foi noticiado pela imprensa a greve de motoristas e cobradores de 24 (vinte e quatro) linhas de ônibus, que deixaram de trabalhar como cooperados na Cooperativa Nova Aliança e pretendiam ser admitidos pela empresa Novo Horizonte.

3. Não ter sido comprovada a qualificação técnica de nenhuma das empresas integrantes do consórcio, desatendendo o item 10.2.1 do edital, por não ser admitida a demonstração da qualificação técnica por meio de atestados em nome do seu técnico responsável, por afrontar a distinção estabelecida no inciso II do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, que prescreve a demonstração da qualificação operacional da licitante, bem como as dos membros integrantes da equipe técnica;

4. O Consórcio não comprovou o vínculo do responsável técnico com a empresa, descumprindo o disposto no item 10.2.2 do edital, não sendo válida a alegação de que o responsável indicado pelo licitante pertenceria ao quadro permanente do Consórcio, uma vez que nenhum documento relativo ao contrato de trabalho ou da prestação de serviços foi apresentado, sendo inválida para tal fim mera declaração da empresa; e

---

[22] 11.1.1.2 O valor de remuneração por passageiro registrado para operação da rede atual, em algarismos e por extenso, com 4 (quatro) casas decimais, e que não poderá ser superior a R$ 1,6186, valor de remuneração máxima por passageiro registrado, apurado no Fluxo de Caixa Referência da Prefeitura, constante do Anexo VII – 7.1.1.

[23] Art. 7º O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro.

5. A Himalaia Transportes S/A e a Happy Play não comprovaram devidamente as respectivas regularidades fiscais, desrespeitando o item 10.4 do edital, pois a primeira não apresentou os documentos pertinentes à empresa Himalaia Transportes Ltda., que lhe transferiu o respectivo patrimônio, configurando mera transformação societária, enquanto a segunda deixou de apresentar a prova de sua inscrição no Cadastro de Contribuintes Mobiliário do Município de São Paulo, pertinente ao ramo de atividade compatível com o objeto licitado, por ter apresentado apenas **aquele da área de turismo**.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu que o procedimento licitatório em exame não deve ser acolhido, em face das seguintes inconformidades:

1 – a falta de comprovação técnica das empresas componentes do Consórcio licitante, não se podendo confundir a capacitação técnica de um profissional com a habilitação da empresa para a execução do objeto licitado.

2 – excepcionalmente, poderiam ser admitidas apenas as declarações apresentadas para comprovação do vínculo do responsável técnico com o Consórcio; e

3 – a ausência de comprovação da regularidade fiscal da empresa Happy Play.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ponderou que na licitação por haver se apresentado um único interessado, que se sagrou vencedor do pleito, e em face da essencialidade do serviço, propugnou pela conveniência de nova oitiva da Origem para justificar a regularidade do procedimento.

A Secretaria Geral, acompanhou o entendimento exarado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e concluiu que o procedimento licitatório em análise não merece ser acolhido.

Relativamente ao **Contrato nº 37/07** e ao **Termo de Aditamento nº 01/08**, analisados no **TC 1.791/09-06**, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, considerou-os irregulares, fundamentada nas seguintes razões:

Quanto ao Contrato:

1- por derivar de licitação - edital e procedimento - irregulares;

2- o despacho de autorização não se apresenta datado em ofensa ao disposto no artigo 21, § 1º[24], da Lei Municipal nº 14.141/06;

[24] **Art. 21**. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.
§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e assinatura do interessado ou da autoridade responsável.

3- a extemporânea apresentação da garantia contratual – em desrespeito aos artigos 54[25], § 1º, e 56[26] da Lei Federal nº 8.666/93;

4- a autorização para a contratação independentemente da apresentação do seguro de reponsabilidade civil, infringindo os artigos 54, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 4º, § 3º, do Decreto Municipal nº 42.736/02[27];

5- não foi emitida a Nota de Empenho para a remuneração da parcela referente ao serviço Atende, em ofensa ao disposto no artigo 60[28], "caput", da Lei Federal nº 4.320/64;

6- não houve apresentação de justificativa para a outorga da concessão – infringindo o disposto no artigo 5º[29] da Lei Federal nº 8.987/95;

7- caracterizou-se ausência da comprovação de regularidade fiscal da empresa Himalaia Ltda. – em desobediência ao artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93;

8- as informações dos Ajustes no site "compras" da Prefeitura Municipal de São Paulo não foram exibidas, em afronta ao artigo 1º[30] da Lei Municipal nº 13.226/01; e

---

[25] **Artigo 54 –** Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.
Parágrafo 1º - Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidade das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

[26] **Art. 56 –** A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

[27] **Art. 4º** - A prestação dos serviços de operação de transporte coletivo de passageiros e de equipamentos de transferência será outorgada, conforme o caso, do seguinte modo:
I - concessão à pessoa jurídica do serviço de operação de transporte coletivo no subsistema estrutural e/ou no subsistema local, incluindo ou não equipamentos de transferência;
II - permissão à pessoa física ou jurídica do serviço de operação de transporte coletivo no subsistema local.
§ 1º - Dos concessionários será exigida, conforme conste dos respectivos editais, a realização de investimentos em bens reversíveis.
§ 2º - Dos operadores poderá ser exigido o pagamento de ônus pela delegação da prestação do serviço público.
§ 3º - O operador responde integralmente pelos danos material, corporal e moral, a passageiros e terceiros, na prestação de serviço, devendo apresentar, como condição para assinatura do contrato, a respectiva apólice de seguro de responsabilidade civil objetiva.

[28] **Art. 60**. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
Parágrafo 1º - Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.

[29] **Art. 5º** O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

[30] **Art. 1º** - O Poder Executivo deverá disponibilizar na Internet, através da página eletrônica da Prefeitura Municipal de São Paulo, todos os dados e informações relativos aos contratos, bem como o acompanhamento da execução de obras e serviços realizados pelas empresas prestadoras contratadas.

9- ausência da remessa de informações dos Ajustes a este Tribunal – em ofensa ao artigo 2º das Instruções nº 01/02 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

No concernente ao Termo Aditivo, os motivos da Auditoria para considera-lo irregular são:

1- em razão de derivar de contratação considerada irregular;

2- ausência de publicação do extrato do Ajuste na imprensa oficial – em desrespeito ao artigo 26[31] da Lei Municipal nº 13.278/02;

3- pela irregularidade fiscal da Contratada – afrontando o disposto no artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 40[32] do Decreto Municipal nº 44.279/03;

4- a ausência de emissão de nota de empenho para suportar a despesa - em desrespeito ao artigo 60, "caput", da Lei Federal nº 4.320/64.

5- pela não remessa das informações do Ajuste a este Tribunal, em desconformidade ao disposto no artigo 1º das Instruções nº 01/02 deste Tribunal.

A Área Auditora, ainda, advertiu que as irregularidades trabalhistas e fiscais apontadas pertinentes à empresa Novo Horizonte S/A (ausência de registro profissional dos trabalhadores), poderiam comprometer o serviço público delegado e causar prejuízos ao erário municipal. Por isso, propugnou que a Origem instaurasse procedimento específico visando apurar a extensão das irregularidades e, se concluído pelo não atendimento do edital do certame, fossem adotadas providências declarando a caducidade da concessão do serviço público de transporte coletivo – Subsistema Estrutural – área 4 (30/07/09 – folhas 602/613).

Apresentadas as defesas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, depois da análise da documentação acrescida aos autos, retirratificou suas conclusões no tocante ao Contrato, excluindo do rol de

---

[31] **Art. 26** – O termo de contrato e seus aditamentos deverão ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 (vinte) dias contados da sua assinatura.

[32] **Art. 40.** Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, apenas, os documentos que comprovem:
I - inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); II - regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; III - regularidade perante a Fazenda do Município de São Paulo, quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada, aplicáveis as normas do artigo 38 deste decreto. Parágrafo único. A critério da autoridade competente, observados os limites da legislação federal, poderão ser exigidos outros documentos complementares, relacionados no artigo 37 deste decreto, nas hipóteses em que o objeto da contratação assim o recomende.

infringências os itens 2 e 8, retro expostas[33], mantendo, entretanto, seu entendimento de irregularidade do Contrato e do Termo de Aditamento em exame.

Motivado por fato superveniente, amplamente divulgado pela imprensa, este Tribunal oficiou à Origem e à São Paulo Transportes S/A para manifestação acerca das questões suscitadas pelos empregados da empresa Himalaia Transportes S/A, no movimento de paralisação deflagrado em 02/02/11, os quais expuseram o temor de que as alterações societárias realizadas pela mesma empresa, integrante do Consórcio Leste 4, comprometessem seus direitos trabalhistas.

Em resposta, a Administração Municipal assegurou que as alterações havidas não incluíram o controle acionário da empresa Himalaia Transportes Ltda., principal acionista da Himalaia Transportes S.A., e que a carta de fiança bancária, no valor de R$ 15.920.000,00 (quinze milhões e novecentos e vinte mil reais), era suficiente para absorver eventual inadimplência de uma das empresas do Consórcio 4, na hipótese do Poder Público Municipal necessitar intervir para solucionar os problemas do transporte público municipal (07/02/11 – folhas 1544/1562 - 1564/1568).

A Assessoria Jurídica, em manifestação a respeito dos instrumentos contratuais, endossou[34] a conclusão do parecer da área auditora, opinando pela irregularidade do Contrato nº 037/07 e do Termo de Aditamento nº 01/08, por derivarem de licitação irregular, ressalvando a extemporânea apresentação da carta de fiança[35], considerando-a falha formal, pois, a apresentação do documento ocorreu com apenas 04 dias de atraso, fato que decorreu do interesse da Administração Municipal em antecipar a contratação, para não estender o sistema de contratação de emergência iniciado em 2004.

Propôs, ainda, a Assessoria Jurídica de Controle Externo a necessidade de expedição de determinação à Secretaria Municipal de Transportes para aferir o cumprimento de compromisso assumido pela empresa Novo Horizonte S/A junto ao Ministério Público do Trabalho, cuja inobservância, relativamente aos encargos previdenciários, poderia repercutir nas finanças do erário municipal, em

---

[33] **02**- o despacho de autorização sem data – afronta o disposto no artigo 21, parágrafo 1º, da Lei Municipal nº 14.141/06

08- ausência das informações dos Ajustes no site "compras" da Prefeitura Municipal de São Paulo em afronta ao artigo 1º da Lei Municipal nº 13.226/01

[34] por entendê-los advindos de licitação irregular, além de configuradas as seguintes ilegalidades: **I)** - inexistência de emissão de nota de empenho para remuneração da parcela de execução dos serviços do Programa ATENDE; **II)** - inocorrência de publicação da justificativa para outorga da concessão dos serviços, previamente à divulgação do edital; e **III)** - falta de justificativa para a outorga de concessão, no caso do contrato, advindo de licitação considerada irregular. Quanto ao Termo Aditivo, reafirmou a ilegalidade apontada referente à ausência de empenho, tal como ocorrido no Ajuste principal.

[35] Fls. 75/76 do Tc 1791/09-09

decorrência da responsabilidade solidária com a Contratada, a teor do prescrito no § 2º do artigo 71[36] da Lei Federal nº 8.666/93 (06/05/11 – folhas 1570/1575).

O Órgão Fazendário postulou pelo acolhimento dos Ajustes, por considerar de caráter formal as irregularidades apontadas, que não afetaram o serviço essencial dos transportes coletivos, sem embargo das recomendações entendidas como cabíveis (20/05/11 – folhas 1577/1579).

A Secretaria Geral se manifestou pela irregularidade das Avenças, sustentando que derivaram de licitação irregular, acompanhando a Assessoria Jurídica quanto à inobservância dos dispositivos legais por ela indicados em seu pronunciamento (27/05/2011 - 1581/1585).

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

O Edital da Concorrência nº 006/2006, analisado no **TC 100/07-86**, foi reformulado pela Origem, em atendimento ao proposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que concluiu ter a Secretaria Municipal de Transportes cumprido integralmente o determinado nos autos, possibilitando, portanto, o seguimento do certame, motivo pelo qual este Tribunal de Contas autorizou a retomada dos trabalhos.

No que diz respeito à Representação, é de se considerar legítima a fixação de capital social mínimo integralizado correspondente a 10% (dez por cento), pois tratando-se de certame cujo objeto é a concessão de serviço essencial – transporte coletivo público –, pelo prazo de 10 (dez) anos, com valor estimado de R$ 1.592.000.000,00 (um bilhão e quinhentos e noventa e dois milhões de reais), a teor do disposto no § 3º do artigo 31[37] da Lei Federal nº 8.666/93.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Mandado de Segurança nº 12.592[38], decidiu que "se a parte integralizada do

---

[36] **Art. 71 –** O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.
§1º - A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.
§2º - A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

[37] **Art. 31** –A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.
§ 3º - O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

[38] "ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – IDONEIDADE FINANCEIRA DE LICITANTE IMPUGNADA – RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE. MS 12.592-DF (STJ – Rel. Min Eliana Calmon – DJU10/09/2007)

contrato não atende ao mínimo exigido no edital, considera-se a empresa, financeiramente, inidônea."

Quanto ao segundo argumento invocado na Representação, de que a garantia contratual estipulada deveria corresponder a 1% (um por cento) do respectivo crédito orçamentário de 12 (doze) meses, é de se entender o mesmo equivocado, de vez que não encontra guarida no inciso III do artigo 31 da Lei Federal nº 8.666/93, o qual prevê, literalmente, que deve corresponder sobre "o valor estimado do objeto da contratação".

Assim, ambos fundamentos da representação, não podem ser acolhidos, visto que não se conformam com a legislação de regência e a jurisprudência dominante.

Quanto ao **procedimento licitatório objeto do TC 3.354.07-00**, faz-se necessária a introdução de breve histórico relacionado aos conhecimentos acumulados pela Auditoria deste Tribunal nas pretéritas licitações objetivando o sistema de transporte coletivo público, para se aferir se os requisitos inseridos no Edital da **Concorrência 06/2006/SMT-GAB,** ora em análise, têm amparo na legislação em vigor.

Quando realizada a Concorrência nº 12/2002, a empresa vencedora do Subsistema Estrutural da área 4 não iniciou a execução dos serviços, até que se efetuasse a conclusão de nova licitação, tendo a Prefeitura de São Paulo contratado, em caráter emergencial, a empresa Himalaia Transportes Ltda. durante o período de 30/12/2004 a 16/12/2007.

Nesse interregno, precisamente, em 29/09/2006, por escritura pública, foi constituída a empresa **Himalaia Transportes S/A**, [atualmente denominada Ambiental Transportes Urbanos S.A] **sociedade subsidiária da Himalaia Transportes Ltda.**, que ainda mantinha vínculo contratual com o Município de São Paulo, e figurou como investidora ao transferir o patrimônio líquido de R$ 16.500.474,00 (dezesseis milhões, quinhentos mil e quatrocentos e setenta e quatro reais), constituído por bens, imóveis e ônibus, para a formação do capital social da nova empresa, no valor de R$ 18.634.742,00 (dezoito milhões, seiscentos e trinta e

---

1. A fase inicial da licitação, consubstanciada na habilitação das concorrentes, sofreu impugnação com a interposição de três recursos administrativos, não examinados.
2. Procedimento licitatório que, em continuidade, seguiu os seus trâmites até a abertura das propostas, sem solucionar o recurso administrativo pendente.
3. Afasta-se a tese da prescrição porque o termo inicial só passa a fluir da data do julgamento do recurso que impugnou ato pretérito.
4. Na apuração do capital social de uma empresa em licitação, considera-se inclusive o capital a ser integralizado, porque figura os créditos da sociedade como ativo.
5. **Entretanto, se a parte integralizada do contrato não atende ao mínimo exigido no edital, considera-se a empresa, financeiramente, inidônea.**
6. Situação da empresa apelante que, de um capital de R$ 250.000,00 (duzentos e cinzenta mil reais), só tinha como capital integralizado R$ 2.000,00 (dois mil reais), em desobediência ao mínimo exigido, 10 % (dez por cento).
7. Segurança concedida."
MS 12.592-DF (STJ – Rel. Min Eliana Calmon – DJU10/09/2007)

quatro mil e setecentos e quarenta e dois reais), tendo sido seu montante completado em espécie, na quantia de R$ 2.134.268,00 (dois milhões, cento e trinta e quatro mil e duzentos e sessenta e oito reais), que foi depositada em conta bancária (fls. 62/70).

O Consórcio Leste 4, único licitante na Concorrência nº 06/2006, é formado pelas empresas Himalaia Transportes S.A. Empresa de Transportes Coletivos Novo Horizonte S.A., esta constituída em 26/12/2006, com capital social de R$ 6.200.000,00 (seis milhões e duzentos mil reais), sendo o integralizado correspondente a 10% (fl. 80) e a Happy Play Tour Passagens, Turismo e Transportes de Passageiros Ltda., registrada, em 08/12/2007, na Junta Comercial do Estado de São Paulo, com capital elevado, posteriormente, a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), dando-se sua integralização em notas promissórias pró-soluto (fl. 88).

A despeito da Himalaia Transportes S/A encontrar-se juridicamente constituída, reclama cautela da Administração Municipal o fato da contratação de empresa recém-fundada e com patrimônio (incluindo ônibus) advindo de outra empresa, a Himalaia Transportes Ltda., contratada por meio de ajustes emergenciais, sendo que este Tribunal de Contas, no **TC 3.635.06-19** (no qual se analisa a execução do Contrato nº 21/06), verificou o exagerado endividamento, de curto prazo, da Himalaia Ltda., considerando, ainda, que a referida empresa obteve parcelamento de débitos junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) no montante de R$ 10.970.840,00 (dez milhões, novecentos e setenta mil e oitocentos e quarenta reais) (folha 327).

Diante desse contexto, afigurava-se necessária, tal como exigido no item 10.2.3 do edital, a **comprovação,** pelas licitantes, de possuírem capital social mínimo integralizado de R$ 15.920.000,00 (quinze milhões e novecentos e vinte mil reais).

O Superior Tribunal de Justiça, em sede do Mandado de Segurança nº 12.592 do Distrito Federal, entendeu que, se a licitante tiver capital integralizado em montante inferior ao exigido no edital, significa não possuir capacidade financeira, devendo ser considerada financeiramente inidônea.

É de se ressaltar que a Happy Play não honrou a integralização do seu capital de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões) eis que, em 26/12/2012, após alterar sua razão social para Empresa Expresso Cidade Tiradentes, reduziu o capital social na quantia de R$ 16.400.000,00 (dezesseis milhões e quatrocentos mil reais), diante da impossibilidade de completar essa parcela, representada, à época da licitação, por notas promissórias pró-soluto assinadas pelos sócios, conforme consta da 12ª Alteração Contratual (publicada em 27/12/12 - fl. 669 do TC 1.854.12-20, em que se analisam os posteriores Termos Aditivos ao Contrato).

E, em assim sendo, a Comissão encarregada do julgamento da Concorrência nº 06/2006/SMT-GAB não poderia ter desprezado o

cumprimento da aludida exigência editalícia, que resultou ofensa ao princípio inserto no "caput" do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93[39], (vinculação ao instrumento convocatório), e, também, principalmente, por ter colocado em risco o interesse da Administração Municipal, de vez que o Consórcio Leste 4, é integrado por três empresas, duas delas então recentemente constituídas e outra sem nenhuma tradição no ramo do transporte público coletivo.

Da mesma forma houve descumprimento do edital quanto ao seu item 7.5[40], visto que ficou evidenciada a relação das empresas Novo Horizonte e Happy Play com as Cooperativas Nova Aliança, permissionária da Área 3 do subsistema local e com a Transcooper, operadora das Áreas 1, 2 e 4, também, do mesmo subsistema local, sendo inconcebível a Origem desconhecer tal fato, restando, assim, descumprido o referido item 7.5 do Edital, que veda a adjudicação do objeto da concessão à licitante que já seja titular de 03 (três) contratos de serviço público de transporte coletivo no Município de São Paulo.

Em relação à qualificação técnica do interessado Consórcio, o inciso II do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93[41] estabelece a necessidade de comprovação da aptidão para o desempenho da atividade pertinente ao objeto licitado, tanto da licitante quanto da aptidão e qualificação de cada um dos membros da equipe técnica, que se responsabilizará pela execução contratual, ficando demonstrada, claramente, a distinção entre ambas[42].

Ora, a lei não autoriza que a qualificação profissional do responsável substitua a comprovação da qualificação técnica da empresa, de vez que se tratam de exigências legais distintas de modo a se aferir tanto a capacidade operacional da licitante, quanto aquela dos membros da equipe técnica, em garantia para a Administração Pública de que não se estará aventurando na contratação de empresa não qualificada, pondo em riscos os interesses da população.

---

[39] **Artigo 3º** - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[40] Edital 7.5. Será admitida a participação de sociedades empresariais ou consórcios que sejam titulares de contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo público de passageiro do Município de São Paulo, mas seu objeto não será adjudicado a uma sociedade empresarial ou consórcio de sociedades empresariais que, diretamente ou por controladora, controlada ou coligada, ou de sociedades pertencentes ao mesmo grupo empresarial, já seja titular ou integre consórcio titular de 03 (três) daqueles contratos.

7.5.1. Para fins do disposto no subitem 7.5, considerar-se-á integrante da titularidade do contrato de concessão a pessoa física ou sociedade empresarial cuja participação, respectivamente, no capital social da sociedade empresarial ou no consórcio titular do contrato, seja superior a 10% (dez por cento)."

[41] Lei 8.666/93 – Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos cm o objeto da licitação, e indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

[42] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 11ª edição – Dialética - Página 327 *"Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública)*

Assim sendo, resta indubitável que o documento apresentado pelo licitante não atendeu ao regramento legal, nem poderia ter sido aceito pela Origem como substituto de outro, com finalidade distinta, sendo escorreita a conclusão de que o Consórcio não apresentou toda a documentação atinente à qualificação técnica e exigida no item 10.2.1 do Edital.[43]

No tocante à regularidade fiscal, dispõe o inciso II do artigo 29[44] da Lei Federal nº 8.666/93 a necessidade de o licitante apresentar prova de inscrição no cadastro de contribuinte municipal, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da licitação.

Na espécie, conforme acertadamente concluiu a Auditoria, foi incompleta a comprovação da regularidade fiscal do Consórcio licitante, pois a Origem além de não haver exigido a demonstração da regularidade fiscal da empresa Himalaia Ltda., aceitou apenas a sua inscrição no Cadastro de Contribuintes Mobiliário do Município de São Paulo, referente à área de turismo, área essa a qual não apresenta qualquer correspondência com a atividade do objeto licitado, desatendendo, assim, a determinação legal e a disposição do edital, contida no item 10.4.2.[45] do instrumento convocatório.

Em suma, a Concorrência em análise apresenta desconformidade com os seguintes itens do Edital e dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93:

1. A Origem não obedeceu o item 7.5 ao não verificar que as empresas Novo Horizonte e Happy Play, que compõem o Consórcio, têm ligação com permissionários das Áreas 01 a 04 do subsistema local;

2. O Consórcio não comprovou deter qualificação técnica, desatendendo o item 10.2.1 (do edital) e ao disposto no inciso II do artigo 30 da lei em referência;

3. Igualmente não comprovou o vínculo de seu responsável técnico, descumprindo o item 10.2.2 (do edital) e o estabelecido no inciso I do § 1º do artigo 30[46] da Lei Federal citada;

---

[43] Edital – **item 10.2.1** – Atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando que a Licitante prestou, ou está prestando, satisfatoriamente, serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, da seguinte forma:

[44] Lei 8.666/93 – **artigo 29 -** A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:
II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.

[45] Edital – **item 10.4.2** – Prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes Municipal ou Estadual, se houver, relativo ao domicílio ou se da Licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto licitado.

[46] **Art. 30**. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
§ 1º - A comprovação de aptidão referida no inc. II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características

4. Não comprovou, também, possuir capital social mínimo integralizado como exigido no item 10.3.3 (do edital), lastreado no § 3º do artigo 31[47] da citada lei federal;

5. A Himalaia Transportes S/A, subsidiária integral da Himalaia Transporte Ltda., e a Happy Play não comprovaram, devidamente, as respectivas regularidades fiscais, descumprindo o item 10.4 (do edital) e o previsto no inciso III do artigo 29 da norma federal.

6. Por todo o exposto resta evidente o descumprimento das exigências editalícias, estando configurada a violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no "caput" do artigo 3º[48] da indigitada lei.

Quanto ao **Contrato nº 37/07 e TA nº 01/08, analisados no TC 1.791.09-06**, por derivarem da Concorrência nº 6/2006, tangida por impropriedades, têm comprometida a presunção de sua legalidade.

Afora derivar de certame com inconformidades, o citado Contrato, em seu preâmbulo, não fez menção expressa à Lei Federal nº 8.987/95, que dispõe sobre a concessão de serviços públicos, acrescido do fato de não ter sido atendido o estabelecido em seu artigo 5º[49], que prevê a publicação de ato, anterior ao edital, de modo a justificar a conveniência da outorga de concessão, com a caracterização de seu objeto, área e prazo.

O Contrato ostenta, outrossim, a impropriedade de ter sido formalizado com a autorização da Origem, independentemente da apresentação da caução contratual e do seguro de responsabilidade civil.

Entretanto, há nos autos elementos que confirmam o posterior oferecimento da garantia contratual, representada por carta de fiança, conforme documento de folha 76, motivo pelo qual a Assessoria Jurídica de Controle Externo, considerando que o atraso da respectiva exibição fora de apenas 4 dias e resultara da antecipação da formalização do contrato para 13/12/2007, em decorrência do término do contrato emergencial, que ocorreria em 16/12/2007, sugeriu fosse relevada referida infringência, ponderação que ora se acolhe.

---

semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

[47] **Art. 31** –A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.
§ 1º - A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

[48] **Artigo 3º** - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[49] Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

No tocante ao seguro de responsabilidade civil, deixo de aqui apreciar a questão, visto que é objeto do **TC nº 2.507.09-46**, em que se analisa a Execução do Contrato nº 037/07, sede na qual será examinada e dirimida esta questão.

Por fim, a não emissão de nota de empenho para suporte da parcela referente ao Serviço Atende configurou, na espécie, a infringência ao princípio constitucional da legalidade inscrito no artigo 37[50] da Constituição da República, bem como aos artigos 60 "caput" e 61 da Lei Federal nº 4.320/64[51], que vedam a realização de despesa sem prévio empenho.

Do mesmo modo, o Termo de Aditamento nº 01/08 em exame, oriundo da Concorrência 06/2006, da qual decorreu o Contrato nº 37/07, acabou por contrariar os seguintes dispositivos legais:

a) o artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, por não ter sido publicado na imprensa oficial;

b) o artigo 29 da Lei Federal nº 8.666/93, e ao artigo 40 do Decreto Municipal nº 44.279/03, em razão da irregularidade fiscal decorrente da não apresentação das certidões fiscais relativas à empresa Himalaia Transportes Ltda., investidora da Himalaia Transportes S/A.

Quanto ao fato, a Origem limitou-se a exigir certidões genéricas, mesmo ciente da possibilidade de violação das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte da empresa Novo Horizonte.

c) os artigos 60 "caput" e 61 da Lei Federal nº 4.320/64, em virtude da ausência de emissão de nota de empenho para suporte da parcela da remuneração do Serviço ATENDE.

Por fim, em ambos os ajustes, pela infringência ao disposto no artigo 1º das Instruções nº 01/02 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por não terem sido remetidas as informações sobre referidos instrumentos a esta Corte.

Diante de todo o exposto e com fundamento nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujas razões, no que forem compatíveis com a motivação retro desenvolvida, ficam fazendo parte integrante do presente:

---

[50] **Artigo 37** – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[51] **Art. 60**. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
Parágrafo 1º - Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.
Parágrafo 2º - Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.
Parágrafo 3º - É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.

I – **ACOLHO o Edital da Concorrência nº 06/06**, analisado no **TC 100.07-86**, com as alterações promovidas pela Secretaria Municipal de Transportes, efetuadas ao longo do procedimento de análise do instrumento convocatório, e decorrentes das determinações formuladas por esta Casa, que por tais razões autorizou a continuidade do procedimento licitatório.

De ponderar-se, que conforme consignado no parecer da Área Jurídica, o Edital em apreço retratava situações previstas no Edital da Concorrência nº 12/02, que igualmente teve seu seguimento autorizado pelo Pleno deste Tribunal, à época.

II – **CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO**, objeto do **TC 3.281.07-39**, por entender preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 55 e 56 do Regimento Interno deste Tribunal e, no **MÉRITO**, **JULGO-A IMPROCEDENTE,** considerando que as alegações formuladas por sua Autora revelaram-se insubsistentes e não continham argumento capaz de invalidar o Edital ou paralisar a realização da Concorrência 06/2006, que também objetivava impedir um novo contrato emergencial.

III - **JULGO IRREGULAR o procedimento licitatório**, promovido pela Secretaria Municipal de Transportes, na modalidade **Concorrência, sob nº 06/2006**, examinada no **TC 3.354.07-00.**

Ainda que aquela Secretaria estivesse cumprindo sua obrigação de licitar a concessão da Área 4, para encerrar o ciclo de contratações emergenciais iniciado no ano de 2004, motivando, por isso a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo e as recomendações constantes deste Tribunal de Contas, acolhidas pela Secretaria, a Comissão de Licitação não poderia ter habilitado o Consórcio Leste 4 para participar do certame, mesmo sendo ele o único concorrente, pois a despeito do ordenado no edital do pleito, o Consórcio não apresentou a devida documentação completa atinente à regularidade fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira, ocorrida sua deliberação e encaminhada à Secretaria de Transportes.

Acrescente-se que esses fatores contribuíram para os reiterados problemas apresentados durante o curso da Execução Contratual, acarretando a aplicação de sucessivas multas ao Consórcio.

IV – **JULGO IRREGULARES,** em decorrência, **o Contrato nº 037/07 e o respectivo TERMO DE ADITAMENTO nº 01/08**, analisados no **TC 1.791.09-06**, por derivarem de licitação irregular.

A apreciação dos efeitos financeiros pelos mesmos produzidos será objeto de análise em sede do Acompanhamento da Execução Contratual no TC nº 2.507.09-46.

V – Com amparo no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80[52], APLICO a MULTA de R$ 542,20 (quinhentos e quarenta e dois reais e vinte centavos) aos integrantes da Comissão de Licitação[53], responsáveis pelas irregularidades de que padece o procedimento da CONCORRÊNCIA nº 06/2006[54], identificados à folha 584 do TC nº 3.354.07-00.

VI - Em face da decisão ora exarada, **DETERMINO a EXPEDIÇÃO** de ofício encaminhando cópia em inteiro teor do presente relatório e voto, assim como do acórdão a ser proferido pelo Plenário desta Corte para:

1 a Câmara Municipal de São Paulo;

2 a Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Transporte Coletivo, instalada pela Câmara Municipal de São Paulo;

3 a Secretaria Municipal de Transportes;

4 a São Paulo Transporte S/A – SPTrans;

5 a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, para ciência da matéria ora julgada e para instrução do procedimento PJC-CAP nº 402/04 – 10ª PJ, conforme solicitação de folha 996 dos autos do TC 100.07-86 (Ministério Público do Estado de São Paulo);

6 o Prefeito do Município de São Paulo, para ciência e providências que o caso requer; e

7 a Autora da **REPRESENTAÇÃO,** objetivada no TC 3.281.07-39.

Traslade-se cópia da íntegra do julgado para os autos do TC 1.854.12-20.

---

[52] **Lei Municipal 9.167/80**
Art. 52 - As infrações à presente lei, segundo a sua gravidade, ensejarão as seguintes sanções:
I - Advertência.
II - Multa.

[53] Responsáveis no TC 3.354/07
Comissão de licitação: Dulce Eugênia de Oliveira; Antonio Carlos Prestes Campos; José Strumbys Filho; Roberta Arantes Lanhoso; Alberto Fasanaro Lauletta; Percival Eggerath Barreto; Stanislav Feriancic e Laurindo Martins Junqueira Filho

[54] a saber: violação aos incisos II e III do artigo 29[54] e ao inciso II do artigo 30[54] e ao parágrafo 2º do artigo 31[54] da Lei Federal nº 8.666/93