EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.154.05-50

ANÁLISE. CONTRATO. SPTRANS. Fornecimento, instalação e manutenção. Estações de Transferência do Sistema de Transporte Público Coletivo. Ausência de emissão de Ordem de Início de Execução de Serviço. Perda do objeto. Termo de Rescisão Amigável CONHECIDO. Contrato PREJUDICADO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 3.004.05-37, 3.076.05-48, 3.077.05-00, 3.078.05-73, 3.151.05-61, 3.152.05-24 e 3.153.05-97

TC citado: 72-003.496.03-71

Legislação citada: Art. 26, parágrafo único, III, art. 30, § 5º, art. 38, caput, Art. 51, § 3º, Art. 79, § 2º, Lei nº 8.666/93. Art. 2º, Dec. Mun. nº 41.772/02. Art. 26, Lei Mun. nº 13.278/02. Art. 2º, § 1º, e art. 3º, Instr. nº 01/02-TCM. Art. 52, Lei Mun. 9.167/80

2.614ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.003.004.05-37, 72.003.076.05-48, 72.003.077.05-00, 72.003.078.05-73, 72.003.151.05-61, 72.003.152.05-24 e 72.003.153.05-97, 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 considerar prejudicada a análise do Contrato 2004/078, em razão da perda de seu objeto, não gerando efeitos financeiros, pois foi rescindido sem que fosse emitida a Ordem de Início de Execução de Serviço.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em conhecer do Termo de Rescisão Amigável 2008/A-026, datado de 29/4/2008.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o retorno dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte para o acompanhamento das medidas determinadas no âmbito do TC 72.003.004.05-37.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e YARA TACCONI.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de maio de 2012.

MAURÍCIO FARIA
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam-se dos Processos TCs **3.004/05-37, 3.076/05-48, 3.077/05-00, 3.078/05-73, 3.151/05-61, 3.152/05-24, 3.153/05-97 e 3.154/05-50,** relatados englobadamente, que versam sobre contratos para o fornecimento, instalação e manutenção das estações de transferência do Sistema de Transporte Público Coletivo de São Paulo, celebrados pela São Paulo Transporte S.A. e decorrentes da Concorrência nº 24/2003, os quais foram todos celebrados em 29/04/2004 e não geraram despesas para os cofres públicos, pois, após intervenção deste Tribunal de Contas, constatou-se não ter havido a emissão das competentes Ordens de Início de Serviço, eis que de forma amigável foram rescindidos os Contratos 071, 072, 073, 074, 076 e 078 de 2004 e, de forma unilateral pela São Paulo Transporte S.A., os de nºs 075 e 077 de 2004 (folhas 498/524).

O **TC 3.004/05-37** trata da análise da licitação, na modalidade Concorrência nº 24/2003, tendo por escopo a contratação de empresa para a realização dos serviços supra indicados, tendo sido dividido o objeto em oito Agrupamentos, cada qual correspondente a uma Área, identificadas pelos números 01 a 08. O valor global estimado foi de R$ 112.742.316,57 (cento e doze milhões, setecentos e quarenta e dois mil, trezentos e dezesseis reais e cinquenta e sete centavos).

No mesmo processo examina-se o Contrato nº 2004/73, formalizado com a empresa Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda., no valor de R$ 20.938.790,85 (vinte milhões, novecentos e trinta e oito mil, setecentos e noventa reais e oitenta e cinco centavos), para o Agrupamento II, tendo

ocorrido sua rescisão mediante o Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-008, datado de 03/03/2008.

Além do Ajuste acima citado, derivaram da referida Concorrência outros 07 (sete) contratos, analisados em processos próprios, igualmente em julgamento e assim identificados:

1 – **TC 3.076/05-48** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/74, celebrado com Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda., no valor de R$ 12.296.550,93 (doze milhões, duzentos e noventa e seis mil, quinhentos e cinquenta reais e noventa e três centavos), para o Agrupamento IV, e ocorrido sua rescisão mediante o Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-009, datado de 03/03/2008;

2 - **TC 3.077/05-00** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/72, formalizado com Consbem Construção e Comércio Ltda., pelo valor de R$ 10.841.353,62 (dez milhões, oitocentos e quarenta e um mil, trezentos e cinquenta e três reais e sessenta e dois centavos), para o Agrupamento I, tendo ocorrido seu distrato pelo Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-007, datado de 28/02/2008;

3 - **TC 3.078/05-73** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/71, ajustado com Projeção Engenharia Paulista de Obras, pelo valor de R$ 8.086.008,88 (oito milhões, oitenta e seis mil, oito reais e oitenta e oito centavos), para o Agrupamento V, e ocorrido seu distrato pelo Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-025, datado de 29/04/2008;

4 - **TC 3.151/05-61** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/75, celebrado com Construbase Engenharia Ltda., pelo valor de R$ 15.963.209,63 (quinze milhões, novecentos e sessenta e três mil, duzentos e nove reais e sessenta e três centavos), para o Agrupamento VIII, o qual foi rescindido pelo Termo de Rescisão Unilateral nº 2008/A-034, datado de 19/05/2008;

5 - **TC 3.152/05-24** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/76, firmado com Egypt Engenharia e Participação Ltda., pelo valor de R$ 14.273.414,45 (quatorze milhões, duzentos e setenta e três mil, quatrocentos e quatorze reais e quarenta e cinco centavos), para o Agrupamento VI, e rescindido por meio do Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-013, datado de 03/03/2008;

6 - **TC 3.153/05-97** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/77, avençado com Épura Engenharia e Construção Ltda., pelo valor de R$ 12.436.381,97 (doze milhões, quatrocentos e trinta e seis mil, trezentos e oitenta e um reais e noventa e sete centavos), para o Agrupamento VII, tendo ocorrido sua rescisão por meio do Termo de Rescisão Unilateral nº 2008/A-035, datado de 19/05/2008;

7 - **TC 3.154/05-50** – que tem por objeto a análise do Contrato nº 2004/78, formalizado com Projeção Engenharia Paulista de Obras Ltda.,

pelo valor de R$ 8.843.536,15 (oito milhões, oitocentos e quarenta e três mil, quinhentos e trinta e seis reais e quinze centavos), para o Agrupamento III, que foi rescindido pelo Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-026, datado de 29/04/2008.

Os referidos Ajustes foram celebrados em 29/04/2004, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses a contar da expedição das Ordens de Início de Serviços, as quais não foram emitidas para nenhum dos contratos, e acabaram rescindidas no ano de 2008, sem que houvesse ocorrido o início da execução dos serviços pactuados, motivo pelo qual a SPTrans não realizou qualquer pagamento às Contratadas.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, examinando o procedimento licitatório e os contratos supramencionados, concluiu que:

> 1 – A Concorrência é irregular, pelas seguintes razões:
> *" - Não há autuação de Processo Administrativo para o presente certame, (infringindo o disposto no artigo 38, "capu"t[1], da Lei Federal nº 8.666/93).*
> *- Não foi observada a existência de planilha de orçamento contendo demonstrativo relativo à composição de preços unitários, (conforme exigência do artigo 7º, § 2º, inciso II[2], da Lei Federal nº 8.666/93).*
> *- A Dispensa de Licitação que precedeu a elaboração do projeto executivo, no valor de R$ 867.982,00 (*oitocentos e sessenta e sete mil e novecentos e oitenta e dois reais)*, data base abril/2003, relativo à contratação de empresa para fornecimento, instalação e manutenção das estações de Transferência do Sistema de Transporte Público Coletivo de São Paulo, foi por nós considerada irregular, devido a infringência ao artigo 38, "caput" da Lei Federal nº 8.666/93 e ao artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02[3]; ao artigo 26° § único[4], inciso III, da Lei*

[1] **Art. 38** – O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
[2] **Art. 7º** - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:
(...)
§ 2º - As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
I – houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório
II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
III – houver previsão dos recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
[3] **Art. 2º** - O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os elementos seguintes:
[4] Art.26. **Parágrafo único –** O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
III – justificativa do preço;

Federal nº 8.666/93, ao artigo 26[5] da Lei Municipal nº 13.278/02 e ao artigo 2º, § 1º, e artigo 3º da Instrução nº 01/02 do TCM, conforme consta no TC n° 72.003.496.03-71.
- A exigência de comprovação técnica em equipamentos públicos junto ao sistema viário urbano (subitem 5.5.2 do Edital) não é pertinente, contrariando o § 5°[6] do artigo 30 da Lei Federal n° 8.666/93, e alterações.
- A responsabilidade pelo investimento na aquisição, instalação e manutenção das estações de Transferência do Sistema de Transporte Público Coletivo de São Paulo deveria ser das empresas operadoras do Sistema, segundo o estabelecido no item 3.13[7] da minuta do contrato, parte integrante do Edital de Licitação da Concorrência 012/2002. Dessa forma, a abertura do atual certame caracteriza uma dupla contratação.
- A origem não demonstrou as vantagens advindas da inclusão dos serviços de limpeza dentro do objeto da contratação de empresa para fornecimento, instalação e manutenção das estações de Transferência do Sistema de Transporte Público."

2 – Os Contratos, ora apreciados, também foram considerados irregulares, pelos fundamentos assim expostos:

"- A licitação precedente foi considerada irregular;
- não há autuação do Processo Administrativo, infringindo o disposto no artigo 38,"caput", da Lei Federal nº 8.666/93, conforme já apontado na análise da licitação;
- a previsão de recursos encontra-se sujeita a aprovação de Lei Orçamentária, conforme informado nas Requisições de Compras; e
- a remessa de informações via SERI foi extemporânea, infringindo o § 1º do art. 2º das Instruções nº 01/02, aprovadas pela Resolução nº 05/02." (TC 3004/05-37 – fls. 358/367).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, confirmando a informação da Auditoria de que a responsabilidade pelos serviços objeto da Concorrência nº 24/03, ora em análise, é das concessionárias de transporte coletivo, sugeriu para efeito de manifestação conclusiva a preliminar oitiva e esclarecimentos

[5] **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.
[6] Art. 30 – **Parágrafo 5º** - É vedda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação.
[7] Contrato 701/2003 - Área 1 (TC 5095/03-00 - fls. 12 e 33)
DOS TERMINAIS
Item 3.13. A execução dos serviços relativos aos Terminais compreende:
Estação de Transferência: manutenção, operação e fiscalização

da São Paulo Transporte S.A., com vistas a esclarecer sobre eventual duplicidade do objeto contratado, em face do objeto da Concorrência 012/02 (TC 3.004.05-37 – fls. 384/389).

A Origem e o Ordenador da Despesa[8], chamados a apresentar suas razões sobre as irregularidades apontadas, arguiram, em síntese, que:

- A autuação dos processos deu-se de acordo com as normas internas da empresa, que detém poder discricionário para tanto, embora tenha providenciado sua adequação ao disposto no artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93. Aduziram que, ainda que considerado erro formal, poderia ser o mesmo convalidado, sem prejuízo para a regularidade do certame.

- O TC **3.496/03-71**[9], no qual se analisa o contrato relativo ao projeto arquitetônico das Estações de Transferência, está pendente de julgamento, razão pela qual não se pode vincular a questão da suposta irregularidade apontada pelos técnicos desta Corte, ao presente feito, sob pena de serem feridas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

- A exigência de comprovação técnica em equipamentos públicos junto a vias públicas, não configura restrição quanto a locais e, por inexistir infringência ao § 5º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, o Edital não sofreu qualquer impugnação, tampouco no correspondente ao subitem 5.5.2.

- A licitação foi concebida com o intuito de vigorar no período de transição do antigo sistema de transporte coletivo da cidade para o Sistema Integrado de Transporte, com as concessionárias assumindo, gradativamente, a operação desse novo Sistema e, devido à implantação do Bilhete Único e à imposição do replanejamento das estações de transferência, não foram emitidas quaisquer Ordens de Início de Execução dos Serviços, não tendo havido, em consequência, dispêndios financeiros.

- A inclusão dos serviços de manutenção e limpeza visou garantir o bom estado de conservação dos equipamentos, até o término do contrato. E que a planilha "Orçamento Detalhado" à época juntada, demonstra a compatibilidade dos preços adotados com os praticados no mercado.

- A lei exige que haja previsão dos recursos e não sua disponibilidade para a instauração do certame, sendo certo que em 2005 foi aprovada a Lei Orçamentária de 2004, estando na mesma confirmados os recursos nela indicados.

---

[8] Gerson Luis Bittencourt

[9] TC 3.946/03-71 – Objeto: prestação de serviços de arquitetura e engenharia para desenvolvimento do conceito arquitetônico das estações de transferência destinadas ao sistema integrado de transporte coletivo urbano de passageiros do Município. Contrato com dispensa de Licitação 78/2003 – SPTrans e FDTE (Fundação para Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia. Valor: R$ 867.982,00 – Fase atual (02/05/2012) Gabinete Relator desde 08/10/2009.

- A extemporânea remessa das informações via SERI (Sistema Eletrônico de Remessa de Informações) é irregularidade meramente formal que pode ser relevada, de acordo com precedentes desta Corte de Contas (fls. 404/420 e 421/428).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendendo que o objeto da licitação em análise possui intrínseca relação com os dos contratos de concessão de transporte coletivo de passageiros, oriundos da Concorrência nº 012/02/SMT, propôs nova oitiva da Origem, de modo a definir-se ou não a continuidade dos ajustes oriundos da Concorrência nº 24/2003, considerando-se estar finda a fase de transição, invocada pela São Paulo Transporte como fundamento para a abertura do certame em pauta (fls. 432/436).

Em resposta, a SPTrans informou que estava providenciando a rescisão dos contratos em questão, eis que, "*por razões de interesse público, quais sejam, a impossibilidade de manutenção desses ajustes que, ante às readequações que o Sistema (Sistema Integrado de Transporte) vem sofrendo, perderam seus objetos*" (fls. 445/451).

Em nova manifestação, a Área Jurídica entendeu que, embora as irregularidades apontadas pela Auditoria não tenham sido "*afastadas pelas justificativas apresentadas nas defesas*", é perfeitamente viável a rescisão unilateral do contrato diante da prevalência do interesse público, fazendo-se necessária manifestação da Origem a respeito da formalização das propaladas rescisões contratuais (fls. 455/461).

A SPTrans trouxe aos autos os respectivos instrumentos de rescisão dos Ajustes, instruídos com cópia da Resolução da Diretoria nº 08/011 da SPTrans, datada de 16/01/08, autorizando a rescisão amigável dos Contratos nºs 071, 072, 073, 074, 076 e 078 de 2004 e a rescisão unilateral dos Contratos nºs 075 e 077 de 2004 (fls. 513/514) e (fls. 498/524).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle procedeu à análise da documentação encartada aos autos a partir dos seus relatórios iniciais, à qual acrescentou a cópia do Termo de Rescisão Amigável nº 2008/A-008, formalizado em 03/03/2008, relativo ao Contrato nº 2004/073, concluindo que a licitação permanece irregular pelos seguintes fundamentos:

a) falta de autuação de processo administrativo próprio para o certame em foco;

b) que a exigência formulada pela licitante de comprovação técnica para execução de equipamentos públicos junto ao sistema viário urbano contraria o § 5º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93;

c) que a realização da Concorrência nº 24/03 configura dupla contratação para o objeto licitado, uma vez que a responsabilidade pelos investimentos da aquisição, instalação e manutenção das estações de Transferência

do Sistema de Transporte Público Coletivo de São Paulo está atribuída às empresas operadoras do sistema, de conformidade com o estabelecido no Edital da Concorrência 012/2002; e

d) que a previsão de recursos para suportar as despesas se achava sujeita à aprovação de Lei Orçamentária e não havia anuência da Secretaria Municipal de Transportes para com as obrigações decorrentes da contratação, considerando que os recursos financeiros necessários para a cobertura das despesas da SPTrans são provenientes da aludida Pasta.

No tocante ao presente processo, a Especializada anexou cópia do Instrumento de Rescisão Amigável do Contrato nº 2004/73 obtido em diligência na Origem, concluindo achar-se prejudicada sua respectiva análise (fls. 546/550).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no respeitante aos demais TCs nºs 3.076/05-48, 3.077/05-00, 3.078/05-73, 3.151/05-61, 3.152/05-24, 3.153/05-97 e 3.154/05-50, ora relatados englobadamente, procedeu às juntadas das cópias dos respectivos Termos de Rescisão Contratual, afirmando acharem-se prejudicadas as análises dos Ajustes, uma vez que não foram emitidas Ordens de Início de Serviços, não se originando, consequentemente, nenhum dispêndio para os cofres públicos.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, embora considerando irregulares o certame e todas as contratações derivadas da Concorrência nº 24/2003, entendeu restar prejudicada a análise dos referidos atos, eis que não produziram qualquer efeito financeiro, em decorrência das respectivas rescisões contratuais, e propôs, que a juízo superior, se prosseguisse no exame do procedimento licitatório, em face das conclusões apontadas pela Auditoria.

Observou, quanto ao ressarcimento por eventuais prejuízos suportados pelos Contratados, que dos termos de rescisão amigável firmados ficou expressamente estipulada a quitação recíproca entre as partes e, quanto aos Termos de Rescisão Unilateral formalizados em relação aos Contratos nºs 2004/075 e 2004/077 (TCs nºs 3.151/05-61 e 3.153/05-97), que as empresas deixaram de se manifestar, ocorrendo, portanto, a preclusão, sugerindo ser obrigação da "*área técnica avaliar, no momento oportuno, se a interessada solicitar, o quantum devido pela SPTrans*", nos termos do § 2º, do artigo 79[10], da Lei Federal nº 8.666/93 (fls. 553/556 e 586/587).

[10] **Artigo 79 –** A rescisão do contrato poderá ser:
I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos. I a XII e XVII do artigo anterior;
II – amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
III – judicial, nos termos da legislação;
§ 2º - Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

Para o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, foram intimados os Membros da Comissão de Licitação encarregados do julgamento da Concorrência nº 24/03, bem como os Diretores participantes da Reunião realizada em 16/09/03, que autorizaram a abertura do certame (fls. 588/589).

Os integrantes da Comissão Licitante arguiram sua ilegitimidade de parte, sustentando que as irregularidades apontadas não decorreram da ação ou omissão do grupo de trabalho, que apenas cumpriu as diretrizes das Diretorias competentes e a legislação de regência. Apontaram, ainda, inocorrência de prejuízo ao erário no tocante aos atos praticados no exercício de suas funções.

O Diretor responsável pela Área Operacional (Maurício Thesin) alegou a perda de objeto do processo, em decorrência da rescisão dos Contratos, enquanto o dirigente de Relações Internas da Origem (Uilson de Araújo Barbosa) argumentou que não participara "*das reuniões de diretoria e de suas resoluções, não tendo interferência na contratação ou assinatura de quaisquer contrato ou serviços aprovados em Resolução de Diretoria*" (fls. 627/659).

Avaliando a argumentação apresentada pelos Interessados, a Auditoria concordou com o entendimento de ilegitimidade de parte dos membros da comissão licitante e, quanto às manifestações dos Diretores, a Especializada manteve sua conclusão acerca da irregularidade da concorrência e da perda dos objetos dos processos que tratam dos contratos, rescindidos anteriormente à emissão das competentes Ordens de Serviço (folhas 663/665).

A Assessoria Jurídica, sobre as defesas oferecidas, assinalou que os defendentes não esclareceram as *"irregularidades apontadas pela Auditoria no tangente à licitação"*, sustentando seu anterior entendimento quanto à irregularidade do procedimento licitatório em tela (fls. 668/671).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o arquivamento dos processos em análise, argumentando que em decorrência dos atos praticados, "*não houve nenhuma consequência prática*", eis que foram rescindidas todas as Avenças (fls. 673/679).

A Secretaria Geral, em relação à ilegitimidade de parte arguida pelos Interessados, considerou que as "*impropriedades não decorreram da ação ou omissão de nenhum dos agentes envolvidos na licitação*" e, quanto ao mérito, alinhando-se com as conclusões alcançadas pela Auditoria e pela Área Jurídica, opinou "*pela irregularidade da licitação em exame e, no que diz respeito à análise dos ajustes dela decorrentes*", entendeu ter restado a mesma prejudicada pela perda dos objetos dos TCs em exame, em face da rescisão de todos os contratos (fls. 689/693).

É o relatório.

VOTO

Cabe, inicialmente, decidir a questão prejudicial de ilegitimidade "*ad causam"* arguida tanto pelos Membros da Comissão de Licitação quanto pelo então Diretor de Relações Internas da Origem.

O § 3º[11], do artigo 51 da Lei Federal nº 8.666/93, ao dispor sobre a responsabilidade solidária dos membros da comissão licitante, apenas excetua a incidência de tal ônus, na hipótese da existência de disposição individual divergente devidamente fundamentada e registrada na ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

Na hipótese dos autos, não existe comprovação de qualquer entendimento divergente dos agentes responsáveis quanto à abertura da Concorrência nº 24/03, razão pela qual não colhe o argumento dos membros integrantes da Comissão de Licitação de que agiram em cumprimento à ordem superior.

A respeito do assunto, Marçal Justen Filho, em seus "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos[12]", assim se pronunciou:

> *"Como a comissão delibera em conjunto, todos os seus integrantes têm o dever de cumprir a Lei e defender as funções atribuídas ao Estado. Mais ainda, cada membro da comissão tem o dever de opor-se à conduta dos demais integrantes, quando viciada.(...) Sempre que o membro da comissão discordar da conduta de seus pares, deverá expressamente manifestar sua posição. Isso servirá para impedir a responsabilização solidária do discordante. (...)*
>
> *Jurisprudência do TCU*
>
> *'12. No caso concreto, considerando que o posicionamento divergente da comissão de licitação, externado pelo seu presidente, está devidamente documentado, e que qualquer atitude posterior da comissão, ante a ordem direta da direção da empresa para a adoção das providências pertinentes ao prosseguimento dos certames licitatórios, poderia ser interpretada como insubordinação, entendo ser este o melhor encaminhamento a ser dado a questão.' (Acórdão nº 1.780/2007, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro)."*

[11] Art. 51. **§ 3º** - Os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

[12] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Dialética, 13ª edição – 2009 – São Paulo - p. 666

Assim, a responsabilidade pelas condutas comissivas e omissivas dos membros da comissão de licitação, que resultarem em violação à lei de regência, tem natureza solidária, alcançando a todos os integrantes do grupo condutor do certame, em face da prevalência dos ditames legais sobre as normas administrativas internas e as ordens dos gestores do órgão.

De acordo com o entendimento doutrinário acima exposto, também não há como se acolher a preliminar de ilegitimidade de parte do Diretor de Relações Internas (Uilson de Araújo Barbosa), visto que não consignou formalmente nenhuma divergência de entendimento ao ensejo da reunião de diretoria da qual participou, e na qual ficou decidida a abertura da licitação em análise.

Diante do exposto, não acolho a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelos Interessados, passando ao exame do mérito da matéria em julgamento.

Consoante bem analisou a Auditoria, o procedimento da licitação em pauta não observou todos os requisitos insculpidos no artigo 38, "caput", da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 2º do Decreto Municipal nº 41.772/02, eis que restou desconsiderada a obrigatoriedade de se proceder à autuação do devido processo administrativo.

Ao comentar a referida exigência legal e a sua importância para o procedimento licitatório, Marçal Justen Filho[13], na obra antes citada, escreve:

> *"A autuação, o protocolo e a numeração destinam-se a assegurar a seriedade e confiabilidade da atividade administrativa. A documentação por escrito e a organização dos documentos em um único volume asseguram a fiscalização e o controle da legalidade do procedimento. Será assegurada a possibilidade de exame da evolução do procedimento. A Administração, os licitantes e, mesmo, outros cidadãos poderão verificar os eventos ocorridos, reconstruindo historicamente a evolução dos fatos. A qualquer tempo, poderá ser comprovada a ocorrência de vício ou de defeito (tais como descumprimento a determinações legais, a ofensa a regras do ato convocatório, etc.)"*

Portanto, não subsiste o argumento apresentado pela Origem, de que por ter natureza jurídica de empresa, estaria isenta do cumprimento do disposto no artigo 38[14] da Lei Federal citada, de vez que seu capital é majoritariamente público e, como tal deve submeter-se às normas e princípios que

[13] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Dialética, 13ª edição – 2009 – São Paulo – p. 500
[14] **Art. 38** – O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

regem a administração pública direta e indireta, tal qual prescrito pelo parágrafo único[15] do artigo 1º da mencionada Lei Federal nº 8.666/93.

Também é indubitável que restou violado o § 5º do artigo 30 da citada Lei Federal, ao ter a Origem incluído o subitem 5.5.2 do Edital da Concorrência a exigência de comprovação do fornecimento, instalação e manutenção, especificamente em: 1) equipamentos públicos em estrutura metálica do tipo estação de transferência ou abrigo, de passageiros de transporte coletivo (item 5.5.2.1); e 2) comunicação visual em equipamentos públicos (item 5.5.2.2), em ambos os casos com a condição de que tais serviços tenham sido realizados junto ao sistema viário urbano.

De acordo com o excerto do voto apresentado pelo Ministro (Substituto) do Tribunal de Contas da União, Marcos Bemquerer, são condenáveis e devem ser reprimidas exigências editalícias desarrazoadas, conforme a seguir transcrito:

> *"É grave a irregularidade consistente na previsão em edital de licitação de obra pública de exigências excessivas ou descabidas, devendo a Administração justificar os critérios apresentados para fins de habilitação de licitantes, a título de demonstração de capacitação técnica e de aferição de qualificação econômico-financeira." (Acórdão nº 1.519/2006 – Plenário)*[16]

Não descaracteriza o caráter abusivo das exigências constantes do subitem 5.5.2 do Edital da Concorrência em exame, o fato do certame não ter sofrido impugnação por parte dos interessados, conforme alegou a SPTrans, pois, consoante exposto, a mesma restringe o caráter competitivo do pleito, além de configurar violação ao princípio constitucional da igualdade, inscrito no artigo 3º[17] da Lei Federal nº 8.666/93.

Além das ilegalidades anteriormente citadas, a realização da Concorrência nº 24/2003, patenteou outra irregularidade consistente na possibilidade de dupla contratação do objeto licitado, uma vez que a responsabilidade pelas estações de Transferência do Sistema de Transporte Público Coletivo de São Paulo está atribuída às empresas operadoras do sistema, conforme ficou estabelecido no Edital da Concorrência 012/2002 e na cláusula 3.13[18] do contrato de concessão.

---

[15] **Art. 1º - Parágrafo único**. Subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

[16] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Dialética, 13ª edição – 2009 – São Paulo - p. 434

[17] **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.

[18] Contrato 701/2003 – Área 1 (TC 5095/03-00 – fls. 12 e 33)
DOS TERMINAIS
Item 3.13. A execução dos serviços relativos aos Terminais compreende:

De fato, a Origem não negou a duplicidade de objetos em si, admitindo que a SPTrans assumiria a implantação dessas estações, que seria "executada durante o período de transição do antigo sistema de transporte da cidade para o Sistema Integrado de Transporte, com os concessionários assumindo, gradativamente, a operação desse novo Sistema" (fl.413 do TC 3.004/05-37), período esse em que estavam suspensas diversas cláusulas contratuais, inclusive a referida 3.13, conforme disposto na cláusula 19.1.26[19], não prevista na minuta de contrato, e inserta posteriormente a título de Disposições Transitórias nos contratos de concessão firmados.

Considerando o reflexo dessas disposições transitórias no objeto da licitação em análise, cabe indagar-se: qual o motivo da suspensão da cláusula 3.13? Qual o tempo que perdurou essa transitoriedade prevista na cláusula 19.1.26? Houve redução no valor contratual pago aos concessionários de transporte público de passageiros, em razão dos investimentos que deixaram de fazer nesse período de transição?

Reportando-se a elementos constantes de outros processos autuados neste Tribunal de Contas correlatos com a concessão de transporte público, são encontradas as seguintes informações:

1º - Nos anos de 2002 e 2003, quando da concessão dos aludidos serviços, as condições operacionais reais do Sistema de Transporte Coletivo eram discrepantes daquelas contidas no projeto operacional do sistema e da rede, descritas e detalhadas nos anexos do Edital da Concorrência nº 12 (TC 3.632/06-20).

2º - mesmo havendo redução temporária dos serviços pactuados na aludida cláusula 3.13 do contrato de concessão, o valor contratual não foi alterado (TC 5.095/03-00 – fl. 101); e

3º - o período de transição findou em 01/03/2005 (TC nº 5.099/03-52 fls. 408/409).

Vale dizer, a Concorrência nº 24/2003, ora analisada, aberta em setembro de 2003, visava suprir deficiências estruturais e de grande magnitude registradas na Concorrência nº 12/2002, situação essa que levou à suspensão de cláusulas contratuais, ainda na fase de formalização dos contratos de concessão, desonerando-se os concessionários de diversos encargos, sem a correspondente redução do valor pactuado.

Estação de Transferência: manutenção, operação e fiscalização

[19] DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS
Cláusula 19.1.26. Excepcionalmente e, apenas no período de transição, fica suspensa a aplicação das seguintes cláusulas e/ou itens do Contrato: Cláusula Terceira, tão somente com relação aos itens 3.1 a 3.11.1, inclusive e 3.13 a 3.13.4; Cláusula Quarta, apenas quanto aos itens 4.8 e 4.9; Cláusulas Sexta, Sétima em relação aos itens 7.1, 7.1.1, 7.1.2, 7.3, 7.4 e 7.6 e Oitava

Aludido descompasso demonstra a total ausência de planejamento da Administração Municipal, descompasso esse que se estendeu mesmo após a formalização dos contratos oriundos da Concorrência 24/2003, uma vez que, embora celebrados em 29/04/2004, não foram expedidas as respectivas ordens de início dos serviços, em razão de ulteriores alterações no sistema de transporte público de passageiros e na sua infraestrutura física, situação da qual redundou na imperiosa necessidade de rescisão dos Contratos firmados.

Ou seja, quando da assinatura dos Ajustes, já se encontrava em andamento estudo de reformulação das estações de transferência, cuja concepção arquitetônica havia sido definida em projeto encomendado à Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia – FDTE, independente de procedimento licitatório e objeto do TC 3.496/03-71, o qual também se revelou superado pelos novos padrões operacionais do citado sistema de transporte coletivo.

O que se verifica na espécie é uma sucessiva ocorrência de episódios de descaso dos agentes públicos com a legislação em vigor colocando em risco gastos com o dinheiro público, agravada com a falta de planejamento e de eficiência administrativa, diante da implantação de estações de transferência que, poucos meses após a licitação, mostraram-se defasadas diante do novo plano de reestruturação da rede integrada de transportes e, ainda assim, persistiu-se na celebração de Contratos de valores elevadíssimos, divorciados dos interesses públicos municipais, redundando na obrigação da Diretoria seguinte da empresa em formalizar as competentes rescisões contratuais.

A desídia dos agentes públicos que levaram a termo a licitação e os Ajustes ora em análise ficou igualmente patenteada no precário tratamento adotado no tocante à previsão dos recursos financeiros para suporte das despesas.

Ainda que, tecnicamente, tenha sido atendido pela Origem o requisito previsto no “caput” do artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93 – de indicação dos recursos para o atendimento da despesa licitada, é certo que conforme indicado nas Requisições de Compras anexadas às folhas 19, 22, 25 e 28 – constou que o cronograma de desembolso dos recursos dependeria da aprovação da Lei Orçamentária de 2004 e 2005, nos percentuais de 16,5% e 83,5%, respectivamente.

Ademais, igualmente, não buscou a Origem lograr a indispensável anuência da Secretaria Municipal dos Transportes para a transferência dos respectivos recursos financeiros destinados à cobertura dos gastos, consoante apontou a Auditoria.

É necessário consignar também, que restou configurada afronta ao parágrafo único do artigo 38[20] da Lei Federal nº 8.666/93, na medida em

[20] **Art. 38** – O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

que não constou, quer na minuta do edital da Concorrência, nem daquela do Contrato, a aprovação pela assessoria jurídica da empresa SPTrans de seus termos.

Em decorrência do exposto, não há como negar que o procedimento licitatório efetivado pelos agentes públicos deixou de observar os princípios inscritos no artigo 37[21] da Constituição Federal, da moralidade, da legalidade e da eficiência, aos quais se submete a Administração Pública.

Diante do exposto, com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que incorporo às razões de decidir, naquilo que não conflite com tudo o que foi exposto, e que passam a integrar o presente voto, JULGO IRREGULAR a Concorrência nº 024/2003 e prejudicada a análise dos CONTRATOS nºs 071, 072, 073, 074, 075, 076, 077 e 078/2004, em razão da perda de seus respectivos objetos, não gerando efeitos financeiros, pois rescindidos sem que fossem emitidas as respectivas Ordens de Início de Execução dos Serviços.

CONHEÇO dos Termos de Rescisão Amigável nºs 2008/A – 007; 008; 009; 013; 025 e 026 e dos Termos de Rescisão Unilateral nºs 2008/A-034 e 035.

Em decorrência da violação aos dispositivos legais supra enunciados, APLICO, individualmente, aos agentes públicos, identificados às folhas 393, 592, 593, 595, 596, 597, 605, 610, 611 e 615 do TC 3004/05-37, responsáveis pelas infringências verificadas no procedimento licitatório, a MULTA de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), nos termos do inciso II do artigo 52[22] da Lei Municipal número 9.167/80.

Em consequência, DETERMINO à Origem que adote as seguintes providências:

1 – Apure a existência e respectivas responsabilidades por eventuais prejuízos causados ao erário em decorrência da licitação irregular e das contratações rescindidas;

2 – Verifique se alguma das Contratadas que, eventualmente tenha se considerado prejudicada em virtude da rescisão contratual unilateral, pleiteou ou está pleiteando ressarcimentos por danos causados, nos termos do § 2º do artigo 79[23] da Lei Federal nº 8.666/93 e na hipótese de

---

VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
Parágrafo único – As minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

[21] **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:

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

[23] **Artigo 79 –** A rescisão do contrato poderá ser:

configurados prejuízos e responsabilidades funcionais, nos termos do disposto nos itens 1 e 2 acima, adote as respectivas medidas administrativas, ou na via judicial, tendentes à reparação do montante dos danos causados aos cofres públicos.

3 – Informe, em 60 (sessenta) dias, este Tribunal de Contas acerca das providências adotadas e os respectivos resultados.

DETERMINO, ainda, a expedição de ofício encaminhando cópia do acórdão alcançado pelo Tribunal Pleno:

1 - Ao Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo em vista a instauração do Inquérito Civil nº 592/11, pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital e ao Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária, em atenção à solicitação encartada à folha 681 dos autos do TC 3.004/05-37.

2 - Ao Secretário Municipal de Transporte.

3 - À São Paulo Transporte S.A.

Por fim, proponho, que cópia do acórdão de inteiro teor a ser proferido pelo Plenário, seja trasladada para os autos do **TC nº 3.496/03-71**, que tem por objeto a análise do contrato do projeto arquitetônico das estações de transferência cuja implantação foi a temática dos processos ora julgados, ainda em fase de instrução.

Após, retornem os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para o acompanhamento das medidas ora determinadas. Diretores da SPTrans (folha 582 verso – rol SFC): - Gerson Luiz Bittencourt (fl. 393). - José Evaldo Gonçalo (fl. 596). - Mauricio Thesin (fl. 597). - Eliel Rodrigues Marins (fl. 595). - Uilson de Araújo Barbosa (fl. 605). - Comissão de Licitação (folha 583- rol SFC). - Vera Lucia C. Caprioli Gutierrez (fl. 610). - Marcelo Casadei Abumussi (fl. 611). - Janaína Orbino Martins Ganância (fl. 593). - Cassiano Quevedo Rosas de Ávila (fl. 592).

I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
II – amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
III – judicial, nos termos da legislação;
§ 2º - Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: