ACO-UTR-311/2024

Processo	-	TC/003633/2006
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, da São Paulo Transporte S.A., Jilmar Augustinho Tatto, empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., Carlos Alberto Tavares Carmona e Frederico Bussinger
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 13/02/2019 – Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. – Embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão de 1º/10/2014 – Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes) e Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. – Acompanhamento – Execução contratual – Verificar se o Contrato 702/03 SMT-Gab-Área 2, cujo objeto é proceder ao acompanhamento do contrato, cujo objeto é a concessão e a delegação da prestação dos Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros na Cidade de São Paulo, na área 2, nos termos dos artigos 2º e 3º do Decreto 42.736/02, com a finalidade de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população, para verificar se está sendo executado conforme pactuado no termo de Concessão e Aditivos – Área 02

48ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SMT. Concessão de serviços de transporte coletivo público de passageiros. Decisão que julgou irregular a execução do contrato por descumprimento das obrigações. 1. Deve-se reconhecer a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. Art. 9º, Res. TCMSP 10/2023. 2. O reconhecimento da prescrição em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem, para fins de apuração de atos de improbidade. PRESCRIÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. Adote as medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão pública. Art. 13, Res. TCMSP 10/2023. Votação unânime. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. EXTINTO. Votação por maioria.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro RICARDO TORRES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros RICARDO TORRES – Relator, com relatório e voto, DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, com declaração de voto apresentada, em conhecer dos recursos interpostos, visto que atendidos os requisitos dos arts. 137, inc. II, 142 e 147 do Regimento desta Corte e arts. 40, 42 e 46 da Lei Orgânica 9.167/8.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, que, consoante declaração de voto apresentada, entendeu que, em razão do tempo transcorrido, o processo perdeu sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, declarando-o extinto desde logo, nos termos do parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023 deste Tribunal.

ACORDAM, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros RICARDO TORRES – Relator e DOMINGOS DISSEI, em negar-lhes provimento, mantendo incólume o Acórdão guerreado, e em reconhecer a consumação prescricional no feito em tela, declarando-o extinto.

Vencido, em parte, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que reconheceu a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, mas não conheceu do recurso de revisão, por falta de adequação à regra procedimental disposta no Regimento Interno deste Tribunal, bem como conheceu dos recursos ordinários, afastou as preliminares suscitadas, e, no mérito, deu parcial provimento para afastar a multa imposta

ACORDAM, à unanimidade, em determinar a intimação da Origem, com encaminhamento do relatório e voto do Relator e deste Acórdão, para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão pública, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, bem como dos demais interessados e, após, com as cautelas de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 25 de outubro 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
RICARDO TORRES – Relator

CSM/smv

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 12/04/2024 10:24:10 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por RICARDO EZEQUIEL TORRES Data: 16/04/2024 15:36:00 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Processo: **TC/003633/2006**
Origem: **Secretaria Municipal de Transportes**

Objeto: 0178 - TRANSPORTE COLETIVO - PROCEDER AO ACOMPANHAMENTO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS NA CIDADE DE SÃO PAULO, VERIFICANDO SE O AJUSTE ESTÁ SENDO EXECUTADO CONFORME PACTUADO NO TERMO DE CONCESSÃO E ADITIVOS. (ÁREA 2)

Egrégio Plenário,

Trata o presente de julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 287 a 311, peça 69), para correção de erro material constante ao V. Acórdão prolatado na 2.768ª Sessão Ordinária deste Egrégio Tribunal de Contas (peça 6), realizada em 01.10.2014, que, em suma, (i) julgou irregular a execução do Contrato nº 702/03 no período auditado; (ii) não aceitou os efeitos financeiros; (iii) aplicou multa de R$ 574,25, incluindo o signatário do ajuste em decorrência da não imposição de penalidade à concessionária; e (iv) determinou à SPTrans que executasse 19 providências, dentre elas, a apuração dos prejuízos causados ao erário em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais desde o início do Contrato de Concessão nº 702/03, incluindo os investimentos não efetuados em bens reversíveis e as sucumbências suportadas pelo Poder Público Municipal em ações ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo ou da São Paulo Transporte S/A (“SPTrans”); para

pronunciamento sobre os recursos ordinários interpostos pela PFM (fls. 220 a 250, peça 69), pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto (fls. 271 a 281, peça 69), pelo Sr. Carlos Alberto Tavares Carmona (fls. 34 a 43, peça 70), pelo Sr. Frederico Bussinger (fls. 50 a 63, peça 70), pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (peça 49) e pela SPTrans (peça 56), além do pedido de revisão acostado pelo Sr. Frederico Bussinger à peça 62.

O Contrato de Concessão nº 702/03, decorrente da Concorrência nº 012/2002, foi firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes ("SMT") e a empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., para a prestação de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros na Cidade de São Paulo na Área 02 do Subsistema Estrutural.

Após a instrução processual, o E. Pleno julgou irregular a execução do contrato, no período auditado, sem aceitação dos efeitos financeiros, com aplicação de multa aos agentes públicos responsáveis pelas infringências e com determinação expedida à SMT e SPTrans (Peça 61).

Foram opostos Embargos de Declaração pela Contratada Sambaíba Transportes Urbanos Ltda, tendo o E. Pleno conhecido dos Embargos para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para o fim de corrigir as porcentagens estampadas às folhas 929/930 dos autos, para figurarem em 115,87% e não 215,87% (Peça 282).

A Equipe de Auditoria analisou as alegações deduzidas pelos Recorrentes e concluiu que as razões recursais apresentadas não foram suficientemente capazes de alterar as conclusões dessa Auditoria sobre os apontamentos realizados no Relatório de Acompanhamento da Execução Contratual em questão, com exceção quanto ao esclarecimento de não obrigatoriedade de emissão de notas fiscais pela concessionária, que poderá ser sanado a critério superior (Peça 73).

A AJCE (Peças 75 e 76) opinou pelo conhecimento dos Recursos Ordinários interpostos nos autos e pela inadmissibilidade do pedido de Revisão, pois este não encontra adequação à regra procedimental disposta no Regimento Interno desta E. Corte. Posicionou-se pelo não acolhimento das preliminares inerentes à imputação de responsabilidade, ampla defesa e coisa julgada. No tocante à preliminar de prescrição arguida pela Sambaíba Transportes Urbanos Ltda, entendeu pela inocorrência de qualquer outro marco interruptivo entre a intimação da Contratada e o julgamento em primeira instância. Sobre o mérito recursal, opinou pelo não provimento dos Recursos Ordinários.

A I. Assessora da Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos Recursos Ordinários interpostos pela PFM (Peça 69 – fls. 220/250), Jilmar Augustinho Tatto (Peça 69 – fls. 271/281), Carlos Alberto Tavares Carmona (Peça 70 – fls. 34/43), Frederico Bussinger (Peça 70 – fls. 50/63), Sambaíba Transportes Urbanos Ltda (Peça 49) e SPTrans (Peça 56), vez que atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade. Posicionou-se pelo não conhecimento do pedido de

Revisão apresentado por Frederico Bussinger (Peça 62), por não atender os requisitos previstos no caput do art. 148 do Regimento Interno deste Tribunal e pelo acolhimento da preliminar de prescrição da pretensão ressarcitória arguida pela Contratada e pela rejeição das demais preliminares arguidas nas razões recursais. Reconheceu, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva a Jilmar Augustinho Tatto, Carlos Alberto Tavares Carmona e Frederico Bussinger. Ao final, concluiu pelo provimento parcial dos Recursos Ordinários, em razão do acolhimento da prescrição administrativa das pretensões ressarcitória e punitiva, sem prejuízo da manutenção da parte dispositiva do v. Acórdão que reconheceu a irregularidade da execução contratual.

A Secretaria Geral acompanhou a manifestação expendida pela I. Assessora da SG e opinou, sem prejuízo da manutenção quanto à parte dispositiva do v. Acórdão que declarou a irregularidade da execução contratual, pelo conhecimento e provimento parcial dos Recursos voluntários, para o fim de reconhecer a prescrição das pretensões ressarcitória e punitiva por este Tribunal de Contas, em razão de ter transcorrido prazo superior a cinco anos entre os respectivos marcos temporais interruptivos, com fundamento na Lei Federal nº 9.873/1999 e em conformidade com o entendimento sufragado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5509 e com o parecer da AJCE no TC 011173/2022, sem prejuízo de eventual regulamentação do tema (prescrição e decadência) pelo Colegiado, no âmbito deste E. Tribunal de Contas e de determinações que possam ser direcionadas aos demais órgãos de controle para que atuem em processos próprios.

Instada a se manifestar sobre a configuração do disposto no art. 9º da Resolução n° 10/2023, opinou a AJCE pela configuração de prescrição intercorrente no caso em tela, tendo em vista o transcurso do prazo de 3 (três) anos sem movimentação processual.

Em seu turno, a PFM registrou que não tem nada a opor quanto ao reconhecimento de prescrição no presente feito, em concordância com o opinado pelas áreas técnicas desta E. Corte.

Assim, verifica-se que as Áreas Técnicas desta E. Corte, bem como a PFM reconhecem o advento da prescrição no presente processo.

É o relatório.

1. Inicialmente, **CONHEÇO** do Recurso Ordinário, eis que atendidos os requisitos constantes dos arts. 137, inc. II, 142 e 147 do Regimento desta Corte e arts. 40, 42 e 46 da Lei Orgânica nº 9.167/80.

2. É o caso de reconhecer a prescrição intercorrente do presente feito.

3. No âmbito do acervo normativo que vige nesta E. Corte, no que atina à incidência da prescrição intercorrente nos feitos de

sua competência, cabe observar o disposto no artigo 9° da Resolução n° 10/2023:

> Art. 9º Incide a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.
> § 1° A prescrição intercorrente interrompe-se por qualquer ato que evidencie o andamento regular do processo.
> § 2° As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição principal também impedem, suspendem ou interrompem a prescrição intercorrente.

4. Encampado pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal[1], predomina o entendimento de que a atuação dos Tribunais de Contas deve observar, no tocante à consumação prescricional nos feitos de controle externo, o disposto na Lei Federal nº 9.873/1999:

> Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
> §1° **Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos**, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.
> (Grifos Nossos)

[1] STF. MS 32201, Relator Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em 21/3/2017, Processo Eletrônico Dje-173. Divulgado em 04/08/2017. Publicado em 07/08/2017.

5. Estritamente em relação à prescrição intercorrente e sua aplicabilidade a processos administrativos, há entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça no seguinte sentido:

> **Tema repetitivo nº 328:** É de três anos o prazo para a conclusão de processo administrativo instaurado para se apurar a infração administrativa (´prescrição intercorrente´)
> (STJ. REsp 1115078/RS, Relator: Ministro Castro Meira, Julgado em: 10/03/2010)

6. Por fim, não se pode olvidar a noção de "*não ser qualquer despacho que obsta a decretação da prescrição intercorrente no processo administrativo, mas somente aqueles que inequivocamente importem na apuração do fato ou aquele que resolva o mérito do processo*[2]".

7. Decorridos 3 (três) anos sem movimentação processual, houve consumação de prescrição intercorrente, prejudicada a pretensão punitiva e ressarcitória nos autos em tela, em conformidade com o quanto opinado pela AJCE com base no art. 9º da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte.

8. Entretanto, em que pese a consumação prescricional, em análise de mérito para fins estritamente declaratórios, nos termos do art. 13 da Resolução nº 10/2023 desta E. Corte, não

[2] GAMA, Carlos Alberto. A prescrição intercorrente no processo administrativo federal – Lei nº 9.873/99. Fórum Administrativo: Belo Horizonte-MG. Páginas 99/102. 09/2017.

vislumbro elementos recursais capazes modificar o quanto decidido no r. Acórdão, que na ocasião julgou irregular o ajuste.

9. Por fim, observo que o reconhecimento da prescrição em sede processual de controle externo não irradia efeitos para outros procedimentos que extrapolem as suas atribuições/competências, notadamente aqueles conduzidos pelo Ministério Público ou pelo órgão de Origem, para fins de apuração de atos de improbidade – cujas ações de reparação são imprescritíveis, nos termos do Tema 897 de repercussão geral - ou criminais.

10. Ante o exposto, **RECONHEÇO a consumação prescricional** no feito em tela e, quanto ao mérito, **NEGO PROVIMENTO** aos **recursos interpostos**, no sentido de manter incólume o Acórdão guerreado. Por fim, **julgo extinto o presente feito**, com base no art. 12 da Resolução 10/2023.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento dos atos de sua competência, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023.

INTIME-SE a Origem e os demais interessados no feito para ciência do presente voto e do acórdão resultante.

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

Plenário Cons. **PAULO PLANET BUARQUE,**

Ricardo Torres
Conselheiro

Assinado digitalmente por RICARDO EZEQUIEL TORRES
Data: 09/11/2023 11:49:52 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 003633/2006

DECLARAÇÃO DE VOTO

Relativamente à matéria ora em julgamento me parece oportuno elucidar primeiramente a eventual incidência prescricional nos autos ante a evolução do assunto no Supremo Tribunal Federal, no Tribunal de Contas da União e neste Tribunal de Contas do Município.

É fato que durante muito tempo o tema da prescrição foi objeto de diversos entendimentos e interpretações no âmbito dos Tribunais de Contas no país, sendo possível afirmar que no próprio Tribunal de Contas da União havia quem defendesse o prazo de 5 anos para efeito da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, sendo também conhecido entendimentos que defendiam o prazo de 10 anos e inclusive os que defendiam a imprescritibilidade da ação fiscalizatória do órgão.

Isto porque o ordenamento jurídico brasileiro não prevê uma regra específica para disciplinar o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas.

Diante do aprofundamento dos estudos, o Supremo Tribunal Federal, após apreciação do Recurso Extraordinário 636.886, firmou o entendimento

quanto ao TEMA 899 com o seguinte teor: "**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**".

O que se verifica deste julgamento é que o reconhecimento da imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário somente seria possível quando fundadas em atos de improbidade administrativa, os quais, evidentemente, extrapolam a competência exercida pelos Tribunais de Contas.

A partir julgamento do Supremo Tribunal Federal, o assunto restou resolvido para as Cortes de Contas com a decretação da prescritibilidade da decisão do Tribunal de Contas, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal.

Evidente que a cobrança do crédito fiscal tem origem, em regra, numa sentença e, especificamente com relação ao Tribunal de Contas, num acórdão, que corresponde ao resultado da instrução processual, compatível com o processo de conhecimento no Poder Judiciário, onde ocorre a apreciação de todas as provas permitidas em lei e pelo regimento interno da instituição.

Com efeito, o grupo de estudo realizado acerca da aplicabilidade do instituto da prescrição aos processos de controle externo em tramitação nesta Corte (eTCM nº 734/2014) ao analisar este tema reforçou o pronunciamento quanto ao Tema 899 no sentido de que **a prescrição nessa hipótese foi definida em 5 anos após o exaurimento da atividade de controle externo**.

Relativamente à instrução do processo no âmbito das Cortes de Contas, observo que, com o julgamento da ADI nº 5.509, o STF fixou o entendimento de que, na ausência de lei específica disciplinadora da temática prescricional nos processos de controle externo, deve ser aplicada a Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta.

Assim, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição da pretensão condenatória no âmbito dos Tribunais de Contas deve ser regulada pela LF nº 9.873/1999, equiparando a atividade de controle externo ao poder de polícia para fins de contagem do prazo prescricional.

Diante do progresso da jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União aprovou a Resolução 344, de 11 de outubro de 2022, regulamentando, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento, disciplinando a incidência da Lei nº 8.973/99 aos processos daquela Corte de Contas.

Referida resolução regulamentou, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no prazo de cinco anos, contados dos termos iniciais elencados no art. 4º do supracitado normativo, considerando-se as causas de interrupção dispostas em seu art. 5º, que são as mesmas previstas na LF nº 9.873/99.

Na mesma linha de atuação do Tribunal de Contas da União, este Tribunal aprovou a Resolução nº 10/2023, publicada no Diário Oficial do Município em 12.06.2023, que se prestou a regulamentar a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de ressarcimento no âmbito deste Egrégio Tribunal de Contas no prazo de 05 anos, contados dos termos iniciais relacionado no art. 4º, sujeitando-se, a partir daí, às causas interruptivas dispostas em seu art. 5º, causas impeditivas ou suspensivas consignadas em seu art. 8º, além de se observar a hipótese de prescrição intercorrente estabelecida no art. 9º.

O que se verifica da análise jurisprudencial é que o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Contas vêm reconhecendo o instituto da prescrição, valorizando, por consequência, o princípio da segurança jurídica, como um corolário do Estado Democrático de Direito.

Submetida a matéria ao crivo da Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta concluiu no sentido de que o presente processo restou fulminado pelo instituto da prescrição, no que foi acompanhada pelas manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal e também da Secretaria Geral.

Diante de todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo eminente Conselheiro Relator RECONHECENDO, a incidência da prescrição nos presente autos no âmbito do Controle Externo exercido por esta Corte de Contas, em conformidade com a Resolução nº 10/2023, deste Tribunal.

Em relação aos demais aspectos do julgamento, divirjo do eminente Relator por entender que em razão do tempo transcorrido o processo perdeu

sua relevância quando observados os critérios de materialidade e risco, parecendo-me adequado aplicar ao presente caso o parágrafo único do art.12 da Resolução 10/2023, razão pela qual JULGO EXTINTO os presentes autos.

Outrossim, acompanho a Determinação quanto ao encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada em Plenário à Origem para adoção das medidas que julgar necessárias, especialmente quanto à implantação de procedimentos que promovam o aperfeiçoamento da gestão, nos termos do art. 13 da Resolução 10/2023, com posterior arquivamento dos autos após as demais comunicações de praxe.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

JOÃO ANTONIO

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 09/11/2023 14:43:53 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

48ª SONP
Item 50 – PLENO

e-TCM n.º 3.633/2006
Relator Ricardo Torres
Revisor Domingos Dissei

Objeto: Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal, da São Paulo Transporte S.A., de Jilmar Augustinho Tatto, da empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., de Carlos Alberto Tavares Carmona e de Frederico Bussinger interpostos em face do v. Acórdão de 13/02/2019 - Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. - Embargos de Declaração opostos em face do V. Acórdão de 1º/10/2014 - Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes) e Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. - Acompanhamento - Execução Contratual - Verificar se o Contrato 702/03 SMT-Gab-Área 2, cujo objeto é proceder ao acompanhamento do contrato, cujo objeto é a concessão e a delegação da prestação dos Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros na Cidade de São Paulo, na área 2, nos termos dos artigos 2º e 3º do Decreto 42.736/02, com a finalidade de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população, para verificar se está sendo executado conforme pactuado no termo de Concessão e Aditivos- Área 02) (FCCF).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o Relator reconhecendo a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, conforme disposto na Resolução n. 10/2023, recentemente editada por este TCMSP. Com fulcro, porém, nas manifestações dos Órgãos Técnicos, em especial da AJCE, que absorvo como se minhas fossem, não conheço do Recurso de Revisão, pois não encontra adequação à regra procedimental disposta no Regimento Interno desta Colenda Corte. Conheço do Recurso Ordinário, afasto as

preliminares suscitadas e no mérito, dou parcial provimento para afastar a multa imposta.

TCM, 23 de outubro de 2023.

ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873

Assinado de forma digital por ROBERTO TANZI BRAGUIM:03999981873
Dados: 2023.10.23 16:12:53 -03'00'

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

GNB/RB

TC nº 3.633/2006

2º Julgado - 3.021ª Sessão Ordinária
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou irregular a execução do contrato. Concessão de serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros. SMT. CONHECIDOS. PROVIDOS PARCIALMENTE tão somente para aclarar erro material. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.922ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos embargos de declaração, por presentes os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos de seu relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, em dar-lhes provimento parcial, para o fim de corrigir as porcentagens estampadas às folhas 929/930 dos autos**, para figurarem 115,87% (cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento) e não 215,87% (duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento) como constaram**, mantendo-se, no mais, o V. Acórdão embargado, determinando o envio destes autos ao Relator designado para a fase recursal, conforme certidão de redistribuição à folha 1062 dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de fevereiro de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente processo (Conclusão do processo. Enviado da Secretaria Geral em, 13/09/2016.

Encaminhado ao Revisor em 17/11/2016. Encaminhado à Unidade de Pauta em 28/11/2016), nesta fase, dos Embargos de Declaração opostos por Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (Atual razão social da empresa Comercial Sambaíba de Veículos Fls. 771 – CNPJ 01.751.967/0001-78) (fls. 1.098/1.122), em face do Acórdão de folhas 943 a 947, em que o Pleno julgou irregular a Execução do Contrato de Concessão 702/03 (Celebrado com a Secretaria Municipal de Transportes e analisado no TC 5.096/2003, no valor de R$ 1.300.000.000,00 - um bilhão e trezentos milhões de reais), no período auditado, não aceitou os correspondentes efeitos financeiros, aplicou multas e fez determinações, em razão das irregularidades derivadas de violações da legislação, do edital e do contrato, praticadas pela Concessionária, constatadas pela Auditoria e assim expostas no voto condutor:

1 - a não realização de investimentos de responsabilidade do concessionário, dentre os quais equipamentos semafóricos e a reforma e implantação de terminais de ônibus;

2 - a falta de garantia contratual em vigência, no valor de R$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais - Valor atualizado pelo IPCA-15 ref. março/2017 = R$ 28.758.133,02 (variação de 121,22% entre julho/2003 e abril/2017)), que representam 1% do valor do contrato de R$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais - Valor Atualizado pelo IPCA-15 ref. março/2017 = R$ 2.875.813.301,50 (variação de 121,22% entre julho/2003 e abril/2017);

3 - a não conformidade da remuneração dos serviços em relação aos parâmetros licitados, inclusive quanto ao Serviço Atende, gerando acréscimo financeiro para o Concessionário em 2005 e 2006, na ordem de 96,57% (196,57%-100%=96,57%) e 115,87% (215,87% - 100%=115,87%), respectivamente, em relação ao valor previsto no contrato firmado em 23 de julho de 2003;

4 - a não comprovação do envio dos demonstrativos contábeis em conformidade ao “Plano de Contas”, previstos e devidamente auditados, *que demonstrariam manter o Concessionário as mesmas condições financeiras e econômicas de habilitação da época da licitação* que garantam a plena execução do contrato;

5 – a não emissão de nota fiscal e suas possíveis implicações fiscais, vez que os serviços diários prestados e faturados pelos

consorciados são representados por simples Demonstrativo de Valores Remunerados por Serviços Prestados;

6 – o acréscimo indevido à remuneração a título de reembolso das despesas com os equipamentos AVLs (Automatic Vehicle Location); e

7 – os problemas derivados do descumprimento contratual, ramificando-se por diversas áreas, a exemplo de ações indenizatórias ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo e da SPTrans, por passageiros ou terceiros vítimas de danos causados pelos Concessionários, além de esses entes municipais serem citados em executivos fiscais de débitos dos Concessionários.

8 - a má qualidade da prestação do serviço oferecido à população, por isso que, no ranking publicado no *Jornal Agora* (edição de 28/06/14, p. A-6), a empresa Sambaíba ficou em primeiro lugar no número absoluto de reclamações de passageiros entre janeiro de 2013 e abril de 2014, principalmente quanto a atraso na saída dos ônibus e sobre motoristas que não paravam no ponto.

9 - a não implantação do Centro de Operação da Concessionária (COC), tendo por objetivo acompanhar o desempenho das linhas do sistema ao longo de toda a operação, atuando preventiva e corretivamente sobre os problemas; do Centro de Operação do Terminal (COT), cuja função é a centralização das atividades de operação do terminal, mediante processamento de dados do Centro de Operação da Concessionária (COC) e dos dispositivos instalados no terminal; e do Centro de Controle Operacional Integrado de Transporte e Trânsito (CCO), que atua em 3 níveis:

I) o estratégico, envolvendo indicadores para uma síntese da situação operacional da Cidade;

II) o gerencial, voltado à monitoração, fiscalização e supervisão do desempenho de atendimento; e

III) o operacional, envolvendo os controles de terminais e pontos de parada, dos corredores estruturais, das linhas e da fluidez e a segurança e atuação sobre incidentes viários e da frota;

10 - a apresentação de carta de fiança inidônea (falsa) por ocasião da assinatura do ajuste, sem aplicação de penalidades;

11 - a falta de apólice de seguro de responsabilidade civil para cobertura de danos material, corporal e moral causados a passageiros e terceiros, na prestação de serviço, além de acidentes pessoais aos condutores, cobradores, funcionários;

12 - a falta de comprovação da regularidade da empresa no tocante às obrigações junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e aos Tributos Mobiliários;

13 - a manutenção de veículo com mais de 10 anos de fabricação na frota;

14 – a não disponibilização de pelo menos 01 veículo por linha adaptado para acesso de pessoa portadora de deficiência;

15 – a indevida postergação do prazo contratual para a renovação da frota e *do seu aumento para atender à demanda, evitando superlotação, atrasos, descumprimento de viagens, etc;* e ilegítima complementação da remuneração à Concessionária pela aquisição dos veículos novos; e

16 – a paralisação dos serviços por greves, estas registradas em 2014, deflagradas por motoristas e cobradores por questões trabalhistas, figurando a Sambaíba em 4º lugar como uma das empresas do sistema de transporte público da Capital mais demandadas.

Em razão desse extenso rol de irregularidades, o Pleno julgou irregular a execução contratual e exarou determinações à Secretaria Municipal de Transportes e à São Paulo Transporte S.A – SPTrans para que adotem, no âmbito de suas competências ou, em conjunto, as seguintes providências:

"1.- apurar os prejuízos causados ao Erário Municipal pelo Concessionário, em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais, desde o início do Contrato de Concessão 702/03 até o presente momento, incluindo os investimentos não efetuados em bens reversíveis e as sucumbências suportadas pelo Poder Público Municipal, em ações ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo ou da São Paulo Transportes, em litisconsórcio ou não com o Concessionário da Área 2 no polo passivo, a saber: a) as ações de ressarcimento por acidentes de trânsito com danos pessoais e materiais, ou qualquer outro dano provocado pelo Concessionário a usuários e a terceiros, consoante sua responsabilidade objetiva; b) as ações trabalhistas ajuizadas em face do Concessionário; c) as execuções fiscais tendo a Prefeitura do Município de São Paulo ou a SPTrans no polo passivo, como substituto tributário ou responsável subsidiário do Concessionário;

2 - aplicar as multas contratuais para cada infringência ao Contrato de Concessão praticada pelo Concessionário e apontada no presente voto e no TC 5.096/2003 (apresentação da carta de fiança falsa e a falta de apresentação de apólice de seguro ou sua contratação em valor inferior ao devido);

3 - calcular o valor do locupletamento auferido pelo Concessionário em razão: i) da apresentação da carta de fiança falsa; ii) da falta de garantia no período apontado pela Auditoria; e iii) do prolongamento do prazo para renovação da frota;

4 – proceder ao inventário dos ônibus adquiridos e o montante pago pela Municipalidade de São Paulo para o Concessionário, a título de renovação da frota, cujo procedimento deu-se sem respaldo legal, para fins de avaliação quanto à parcela a retornar ao patrimônio público;

5 – apurar o montante pago pelo Município de São Paulo para o Concessionário pela aquisição e manutenção de AVLs (Automatic Vehicle Location), a partir da formalização (em 17/10/2006) do 2º Termo de Aditamento ao Termo de Compromisso, ambos julgados irregulares por este Tribunal de Contas (TC 1.591/2006) e obter administrativa ou, judicialmente, se frustrada a via amigável, a devolução do respectivo montante pago indevidamente ao Concessionário, com os acréscimos legais;

6 – intensificar, como lhes compete, a fiscalização da execução contratual, exigindo do Concessionário o cumprimento de todas as obrigações contratuais, inclusive a apresentação de apólice de seguro de responsabilidade civil e garantias vigentes;

7 – exigir e conferir, mensalmente, os comprovantes de recolhimento de obrigações previdenciárias, trabalhistas, fiscais e outras obrigações fiscais que possam acarretar para a Municipalidade de São Paulo a responsabilidade solidária, subsidiária ou por substituição;

8 – controlar, eficazmente, a frota de ônibus do Concessionário, para que seja submetida à manutenção periódica e à limpeza e higienização diárias;

9 – controlar e fazer cumprir o número de viagens e os horários de partidas nas linhas para os veículos que estão cadastrados;

10 – verificar, periodicamente, se o Concessionário está utilizando somente mão de obra devidamente registrada e identificada em seu quadro de empregados, com observância da jornada diária de trabalho, estipulada para cada categoria;

11 – exigir a apresentação de nota fiscal do Concessionário, pois consta como obrigação prevista em contrato, confere maior transparência aos procedimentos da empresa e permite melhor controle e fiscalização.

12 - instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às irregularidades averiguadas no acompanhamento da execução contratual em pauta e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao Erário derivados da fiscalização insuficiente;

13 - apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante avaliado;

14 – no que for pertinente, acionar a empresa seguradora emitente da apólice de seguro de responsabilidade civil contratada pelo Concessionário, com o fito de lograr-se o ressarcimento dos danos por ele causados a passageiros e terceiros, suportados pela Municipalidade de São Paulo ou pela SPTrans;

15 – adotar os procedimentos cabíveis de acordo com a garantia oferecida pelo Concessionário e a época dos prejuízos, para fins de ressarcimento do montante aquilatado pelo descumprimento das obrigações contratuais;

16 – uma vez devidamente acionados a companhia seguradora e o banco prestador da fiança, apurar o valor remanescente dos prejuízos não cobertos pelo seguro e pela carta fiança para o fim de serem promovidas as competentes ações de regresso para recuperação dos prejuízos causados pelo Concessionário, incluindo os agentes públicos identificados neste processo e os demais que se verificarem igualmente responsáveis;

17 – endereçar a este Tribunal relação das ações judiciais relacionadas ao Concessionário nas quais ainda não exista sentença condenatória, mas que a Municipalidade de São Paulo ou a SPTrans figuram no polo passivo, enunciando todos os valores envolvidos em cada demanda, e a respectiva fase processual atual;

18 – informar este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do Acórdão, sobre as providências adotadas e os respectivos resultados; e

19 – ficar cientificado de que, na hipótese de não proceder à apuração dos responsáveis e dos valores, na forma acima determinada, este Tribunal de Contas, com amparo nos artigos 79 a 84 do Regimento Interno, proporá a instauração de Tomada de Contas.".

À vista do decidido, a Concessionária, em sede de Embargos de Declaração, sem adentrar o mérito das 16 (dezesseis) irregularidades, várias delas de natureza grave e com reflexos no âmbito civil e até penal, aduz, em síntese, haver no Acórdão vícios de contradição e omissão que, desde logo, mostram-se infundados, porque partem de premissas incoerentes.

Para sustentar seus argumentos relativos às pretensas contradição e omissão, a Embargante erroneamente equipara o acompanhamento da execução contratual à análise do contrato, desconsiderando o disposto no art. 44 do Regimento Interno deste Tribunal, que prevê ambos os procedimentos fiscalizatórios como atos de controle autônomos, cujas finalidades, previstas na Resolução 06/00, não se confundem.

A partir dessa hipótese equivocada, a Embargante alega haver contradição em três pontos do V. Acórdão recorrido, que seriam os seguintes:

1º – em face do Acórdão prolatado no TC 5.096/2013.

Alega que o julgamento da execução do Contrato 702/03, "*não corresponde ao decidido nos autos do TC 5.096/2003, o qual, ao julgar regular o contrato em sua integralidade, inclusive em suas disposições transitórias, deveria integrar os parâmetros de aferição* de *regularidade na execução do contrato, o que de fato não foi feito no acórdão embargado*."

"*Consideradas tais disposições, não devem subsistir as irregularidades apontadas no v. acórdão, com relação ao reembolso de bens não reversíveis, AVLs, remuneração diversa da estabelecida no edital de licitação e não realização dos investimentos em bens reversíveis*."

A Secretaria Geral apontou a impossibilidade processual de se pretender a apreciação de contradição extra-autos, assim fundamentado:

"A contradição alegada pela Embargante entre o V. Acordão embargado e o proferido por ocasião do julgamento do TC 5.096/2003 não deve prosperar, uma vez que a contradição alegada nos embargos deve ser aquela constante do próprio acordão e não derivada de contradição externa.

A contradição externa não autoriza a interposição de embargos. Apenas a contradição que ocorre dentro do próprio processo julgado é que autoriza a sua interposição.

Neste sentido: "Embargos de declaração. Autores que alegam que o acordão está em contradição com o entendimento do Juízo de primeiro grau e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Inadmissibilidade. Ausência de contradição interna, que se encontre no próprio acordão embargado. Contradição externa que não autoriza a interposição de embargos de declaração. Fazenda do Estado que alega haver omissão no acordão quanto à aplicação da Lei Federal n. 11.960/2009, que alterou as regras de correção monetária e juros de mora incidentes nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública. Inovação legislativa só aplicável às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor. Omissão não configurada. Embargos rejeitados. (8ª. Câmara de Direito Público 09/2/2010 – Embargos de Declaração ED 994081572479 SP)"

2º – além da contradição, teria ocorrido omissão no comparativo entre valor estimado e remunerações dos anos de 2005 e 2006.

Partindo do pressuposto de que "*o valor originalmente estimado foi estabelecido em cenário operacional diverso do realmente implementado (...) a decisão embargada incide em omissão ao desconsiderar tais fatores, notórios à Administração e a este Tribunal de Contas, os quais constaram*

expressamente reconhecidos no Termo de Compromisso firmado entre o pode concedente e as concessionárias."

"*Ainda no tocante à questão do comparativo entre a remuneração e seu valor estimado, o constante do v. acórdão apresenta contradição, uma vez que na comparação não foram adotados os preceitos contidos no próprio edital de concorrência [item 14.1].*"

Tais argumentos da Embargante fracassam ante o fato de o referido Termo de Compromisso ter sido julgado irregular durante o julgamento do TC 1.583/2006 e, no tocante à remuneração, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle assim dirimiu a questão:

1 - os parâmetros que subsidiaram o processo licitatório não foram os efetivamente adotados na execução contratual, conforme comentado nos presentes autos; 2 - o valor estimado de R$ 1,3 bilhão, constante no contrato assinado em 21.07.2003 e utilizado para comparação, representa o valor presente da remuneração, naquele momento, adotada uma taxa de desconto 12% a.a.; 3 - no valor inicial estimado contratualmente estão incluídos valores de remuneração relativos a obrigações que foram retiradas por força da cláusula transitória; e 4 - os percentuais apresentados não contemplam efeitos inflacionários.

3º – as irregularidades advindas do não cumprimento das obrigações contratuais conflitam com o acórdão do TC 5.096/2003.

Alega que, no Acórdão proferido no TC 5.096/2003, diversos pontos tidos como irregulares restaram superados no julgamento do Contrato 702/03. Argumenta, ainda, que a decisão também teria desconsiderado as informações prestadas pela SPTrans (fls. 723), neste feito, atestando a regularidade na execução de diversos itens apontados como irregularidades no v. Acórdão embargado. O parecer jurídico, respaldando-se na legislação processual e na jurisprudência, demonstra que o juiz não está obrigado a manifestar-se expressamente sobre cada um dos pontos suscitados, quando há elementos suficientes para embasar seu convencimento.

Confira-se: *"Os embargos de declaração são um recurso somente cabível quando houver na sentença ou no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição, o que não é a hipótese dos autos. Os fundamentos nos quais se escora a decisão embargada apresentam-se nítidos e claros, não dando lugar a qualquer dúvida ou contradição, não se configurando as irregularidades apontadas, até mesmo porque o juiz não está obrigado a apreciar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes quando já encontrou elementos suficientes para o seu livre convencimento. Tampouco se obriga a responder, um a um, o seu argumento (art. 131, CPC). Embargos de declaração rejeitados.* (STF, AI-AgR 417161-SC)."

A respeito dessas 3 (três) contradições invocadas nas razões de embargos declaratórios, a Assessoria Jurídica de Controle Externo afastou

a ocorrência dos alegados vícios, com base nos seguintes fundamentos: *"Contudo, não obstante as alegações apresentadas pela a empresa concessionária Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., entendo, s.m.j., que não procede tal pleito, uma vez que a "contradição" que justifica a interposição dos embargos de declaração é aquela que deriva de proposições do próprio acórdão, ou seja, a contradição do julgado com ele mesmo.*

Nesse sentido, seguem alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça: Não enseja embargos de declaração a existência eventual de contradição externa, senão a que se acha no próprio acórdão embargado. (STJ, 4ª T., EDclAgRgAg 27417-7-RJ, rel. Min. Dias Trindade, v.u., j.26.10.1993, DJU 21.2.1994, p.2171 – Fonte: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 14ª edição, Revista dos Tribunais, fl.1117).

A contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais contradição com a lei ou com o entendimento da parte. (Resp 218.528-SP EDcl. Relator Ministro Cesar Rocha, DJU 22.04.02 p 210 – Fonte: Theotonio Negrão, CPC, Editora Saraiva, 44ª. Edição, art.535, nota 14b, fl.705) *Não são admissíveis os embargos de declaração por alegação de contradição da decisão embargada com outra decisão do mesmo juízo ou tribunal, proferida em outro processo ou mesmo objeto de súmula ou jurisprudência.* (RSTJ 182/79 - Fonte: Theotonio Negrão, CPC, Editora Saraiva, 44ª. Edição, art.535, nota 14b, fl.705)

A contradição que autoriza o manejo dos embargos de declaração é a contradição interna, verificada entre os elementos que compõem a estrutura da decisão judicial, e não entre a solução alcançada e a solução que almejava o jurisdicionado. (REsp 1.250.367/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 22.08.13) *Verifica-se, dessa forma, que os fundamentos trazidos no presente Embargos de Declaração evidenciam sua utilização como forma de expressar a insatisfação da Embargante com o V. Acórdão de fls.943/947, não havendo, no caso em tela, qualquer contradição a ser sanada, uma vez que o recurso foi enfrentado de forma completa, objetiva e coerente, naquilo que se entendeu pertinente à solução da controvérsia, ainda que as conclusões tenham sido diversas daquelas pretendidas pela empresa concessionária Sambaíba Transportes Urbanos Ltda.."*

O 4º item, trazido em sede de Embargos de Declaração, versa sobre a pretensa omissão do julgado quanto aos prejuízos advindos de queima de veículos, genericamente assim exposto, sem especificar os veículos, tampouco quantidades ou valores: *"A abordagem trazida no acórdão é omissa quanto ao impacto no equilíbrio econômico-financeiro da avença por forçada perda de inúmeros coletivos da concessionária por inércia do Poder Público."*

Relativamente a esse ponto levantado - supostos prejuízos decorrentes da perda de inúmeros veículos incendiados -, não consta dos elementos apresentados na fase de instrução, por isso também não haveria como este Tribunal abordá-lo no julgado, de forma que a Assessoria Jurídica deste Tribunal de Contas assim se manifestou: *"Outro ponto trazido pela Embargante consiste na suposta omissão quanto ao impacto no equilíbrio econômico-financeiro*

da avença, por força da perda de inúmeros coletivos da concessionária por inércia do Poder Público e que, no seu ver, restou ignorado no V. Acórdão embargado.

Contudo, entendo, s.m.j., que não procede tal pleito, tendo em vista o entendimento jurisprudencial de que sempre que algum órgão jurisdicional proferir suas convicções não precisa, necessariamente, aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão.

Nesse sentido, seguem alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal na análise dos Embargos de Declaração, conforme segue: Se a fundamentação da conclusão a que se chegou, independe do enfrentamento dos dispositivos legais citados pela parte, inexiste omissão sanável através dos embargos de declaração (STJ-4.aTurma. Resp 88.365-SP, rei. Min. Ruy Rosado, j.14.5.96 –Fonte: Theotonio Negrão, CPC, Editora Saraiva, 44ª. Edição, art.535, nota 16c, fl.707).

Inexiste ofensa o CPC 535, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. (STJ, 1ª T., AgRgAg 874919-BA, rel. Min. Luiz Fux, j. 9.10.2007, DJU 3.3.2008 – Fonte: Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 14ª edição, Revista dos Tribunais, fls.1117/1118).

Este entendimento é endossado no parecer da Secretaria Geral, que opina sobre a questão: *"Com relação à suposta omissão quanto ao impacto no equilíbrio econômico financeiro da avença por força da perda de inúmeros coletivos da concessionária por inércia do Poder Público, entendo que não deverá prevalecer, uma vez que conforme entendimento jurisprudencial, o Magistrado não está obrigado a rebater todos os pontos mencionados pelo Embargante, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar tal decisão."*

Destaque-se o fato de a Embargante genericamente alegar perdas, sem especificá-las, enquanto as medidas fixadas no Acórdão embargado, quanto à apuração, para fins de ressarcimento ao Erário Municipal, dos valores pagos aos Concessionários pela aquisição dos AVLs e pela remuneração decorrente de renovação da frota, cujo cronograma foi afrouxado, estão em consonância com as determinações contidas no Acórdão proferido no TC 1.583/2006, cujo objeto foi a análise do Termo de Compromisso e correspondente aditivo, que ilegalmente instituíram benesses, flagrantemente contrárias às cláusulas do Contrato 702/03, apreciado no TC 5.086/2003.

O 5º e último ponto apresentado pela Embargante refere-se ao erro material quanto ao porcentual lançado no voto (fl. 929), que seria de 115,87% e não de 215,87%.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao manifestar-se acerca da divergência da taxa de porcentagem, teceu as seguintes ressalvas:

1 - os cálculos foram realizados com os dados fornecidos pela SPTrans, uma vez que a Embargante Sambaíba não disponibilizou suas demonstrações contábeis, descumprindo a obrigação prevista em contrato.

2 - esses comentários não foram consolidados nas conclusões da fiscalização que constam às fls. 335/336, nem foram apresentados nas posteriores manifestações da Auditoria, tendo em vista que o cerne da questão era a não apresentação das demonstrações contábeis.

3 - o percentual apontado pela Auditoria é destacado, de forma ilustrativa, como "***correspondente*** *a 196,57% do originalmente estimado em 2003*", fl. 318 (g.n.). E especificamente quanto ao alegado erro material, assim elucidou a questão: *"(...) a média mensal da receita de janeiro a agosto de 2006, R$ 23.385.470,80, foi comparada com a estimativa mensal do valor do contrato, R$ 10.833.333,00, apurando-se o percentual de 215,87% que representa a correspondência em relação à média mensal do contrato e, portanto, superior em 115,87%. A redação constante do Voto indicou que "... foi de 215,87% (duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento), superior ao valor estimado do contrato...)."*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, com amparo nos esclarecimentos da Auditoria, considerou que "*a receita operacional bruta da Empresa Sambaíba no ano 2006 atingiu percentual superior a 115,87% do valor estimado, e não efetivamente de 215,87%*", razão pela qual opinou no sentido da correção no que tange ao *erro de cálculo.*

Ao final, a Embargante pleiteou o acolhimento dos Embargos com o objetivo de serem sanadas as máculas apontadas, considerando, por consequência, regular a Execução do Contrato 702/03 firmado entre o Poder Concedente e a Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., pretendendo, em suma, que este Tribunal releve as 16 (dezesseis) irregularidades cometidas pelo Concessionário, que, frise-se, geraram inegáveis prejuízos para a Administração Pública Municipal e aos usuários do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros. Assim, ao analisar as razões recursais da Embargante, a Assessoria Jurídica de Controle Externo observou, em sede de juízo de admissibilidade, que o recurso, embora atenda às formalidades legais, podendo ser conhecido, no mérito não apresentou elementos que permitissem afastar nenhuma das 16 irregularidades, visto que a alegada falha de cálculo em nada alterou o julgado. Em síntese, opinou:

1 – a contradição que justifica a oposição dos embargos de declaração é aquela que deriva de proposições do próprio acórdão, ou seja, a contradição do julgado com ele mesmo, por isso não procede a pretensão de reapreciação de questões à luz de decisão proferida em outro processo;

2 – os Embargos de Declaração evidenciam sua utilização como forma de expressar a insatisfação da Embargante com o V. Acórdão de fls. 943/947, não havendo, no caso em tela, qualquer contradição a ser sanada;

3 – restou claro o intuito da Embargante de obter a modificação ou a substituição do V. Acórdão embargado, finalidade à qual não se prestam os Embargos Declaratórios previstos no artigo 144 do Regimento Interno deste Tribunal;

4 – os Conselheiros desta E. Corte de Contas decidiram, à unanimidade, em não acolher a execução contratual, com suporte nos relatórios da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, não se admitindo Embargos de Declaração para fins de reexame do julgado;

5 – a suposta omissão quanto ao impacto no equilíbrio econômico-financeiro da avença, pela perda de coletivos da Concessionária, não procede, tendo em vista o entendimento jurisprudencial de que o julgado não necessita enfrentar todos os argumentos, quando haja motivo suficiente para fundamentar sua decisão; e

6 – quanto ao alegado erro material, não comporta rediscutir os critérios de cálculo, mas caberia manifestação da Auditoria, em razão do caráter técnico deste ponto.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo inicialmente concluiu pelo conhecimento e rejeição dos Embargos Declaratórios, por não vislumbrar "*no v. Acórdão guerreado quaisquer dos vícios capazes de ensejar alteração do julgado, pelo fato de não conter falta de clareza por qualquer dos indicativos consignados nos dispositivos do Regimento Interno, quais sejam, obscuridade, omissão ou contradição.*"

E, após os esclarecimentos da Auditoria, opinou no sentido da parcial procedência do recurso manejado, APENAS no que toca exclusivamente ao erro de cálculo da taxa percentual, mantendo-se no mais o teor do julgado, considerando "*que restou nítida a tentativa da Embargante de rediscutir a matéria pelas vias impróprias, já que os Embargos de Declaração não se prestam, em regra, à alteração do mérito da decisão embargada. Ademais, a obtenção dos efeitos infringentes, somente é possível excepcionalmente, nos casos em que for reconhecida a existência de contradição, obscuridade ou omissão, sendo a alteração do julgado uma consequência da correção desses vícios, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que por si sós já sejam suficientes para a inversão do julgado*."

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou "*a manifestação exarada pela douta AJCE, requerendo o conhecimento dos Embargos de Declaração aludidos e, no mérito, seja dado provimento ao recurso para alterar o valor mencionado, retificando-se o V. Acórdão*."

A Secretaria Geral entendeu que os embargos de declaração detêm os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, afastou os argumentos apresentados pela Embargante, tendo em vista a ausência das alegadas omissão e contradição no V. Acórdão recorrido. Todavia, no que concerne ao apontado erro material, opinou pelo acolhimento parcial dos embargos declaratórios tão somente para o ajuste do percentual mencionado (115,87% superior ao valor estimado do contrato, ao invés de 215,87%), nos termos da manifestação da área auditora, "*mantendo-se, no mais, o V. Acórdão embargado em sua inteireza*", que julgou ser irregular a execução do Contrato 702/03.

É o relatório.

VOTO

O objetivo dos embargos de declaração é sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão e, ainda, a ocorrência de erro material no julgado, de acordo com o art. 1.022 do Novo Código de Processo Civil.

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. A decisão do Pleno, no sentido da irregularidade da execução do Contrato 702/03, no período auditado, foi prolatada com fundamento nas diversas violações de dispositivos legais, de itens do edital e de cláusulas contratuais, caracterizadas pelas seguintes irregularidades:

1 – (9) - a não realização de investimentos de responsabilidade do concessionário (Fl. 332 – valor total para as 8 Áreas), dentre os quais equipamentos semafóricos, estimados em R$ 14.912.520,00 (quatorze milhões, novecentos e doze mil quinhentos e vinte reais, equivalentes a R$ 27.890.674,18 – vinte e sete milhões, oitocentos e noventa mil seiscentos e setenta e quatro reais e dezoito centavos, pela aplicação do IPCA-15 ref. março/2017 [variação de 87,03% -

oitenta e sete vírgula zero três por cento entre junho/2006 e abril/2017] e a reforma e implantação de terminais de ônibus, no valor de R$ 68.709.781,00 (sessenta e oito milhões, setecentos e nove mil setecentos e oitenta e um reais, correspondendo a R$ 116.586.146,10 – cento e dezesseis milhões, quinhentos e oitenta e seis mil cento e quarenta e seis reais e dez centavos, pelo IPCA-15 ref. março/2017 [variação de 69,68% - sessenta e nove vírgula sessenta e oito por cento entre julho/2008 e abril/2017]);

2 – (7) - a falta de garantia contratual em vigência, no valor de R$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais – que corrigidos significariam R$ 28.758.133,02 – vinte e oito milhões, setecentos e cinquenta e oito mil cento e trinta e três reais e dois centavos), que representam 1% do valor do contrato de R$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais, ou R$ 2.875.813.301,50 - dois bilhões, oitocentos e setenta e cinco milhões, oitocentos e treze mil trezentos e um reais e cinquenta centavos), aplicando-se o IPCA-15 ref. março/2017 [variação de 121,22% - cento e vinte e um vírgula vinte e dois por cento entre julho/2003 e abril/2017]);

3 – (6) - a não conformidade da remuneração dos serviços em relação aos parâmetros licitados, inclusive quanto ao Serviço Atende, gerando acréscimo financeiro para o Concessionário em 2005, na ordem de 96,57% (noventa e seis vírgula cinquenta e sete por cento - 196,57% [cento e noventa e seis vírgula cinquenta e sete por cento] - 100% [cem por cento] = 96,57% [noventa e seis vírgula cinquenta e sete por cento]), correspondente a R$ 125.539.580,88 (cento e vinte e cinco milhões, quinhentos e trinta e nove mil quinhentos e oitenta reais e oitenta e oito centavos) e, no período de janeiro a agosto de 2006, o acrescido foi de 115,87% (cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento - 215,87% [duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento - 100% [cem por cento] = 115,87% [cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento), equivalendo a R$ 57.083.766,42 (cinquenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos). Em valores atualizados corresponderiam ao total de R$ 345.369.030,07 (trezentos e quarenta e cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil e trinta reais e sete centavos), auferido pela Concessionária entre janeiro de 2005 a agosto de 2006, a título de remuneração superior à estimada no contrato firmado em 23 de julho de 2003.

4 – (3) – a não comprovação do envio dos demonstrativos contábeis em conformidade ao “Plano de Contas”, previstos e devidamente auditados, *que demonstrariam manter o Concessionário as mesmas condições financeiras e econômicas de habilitação da época da licitação* que garantam a plena execução do contrato;

5 – a não emissão de nota fiscal e suas possíveis implicações fiscais, vez que os serviços diários prestados e faturados pelos consorciados são representados por simples Demonstrativo de Valores Remunerados por Serviços Prestados;

6 – o acréscimo indevido à remuneração a título de reembolso das despesas com os equipamentos AVLs (Automatic Vehicle Location);

7 – os problemas derivados do descumprimento contratual, ramificando-se por diversas áreas, a exemplo de ações indenizatórias ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo e da SPTrans, por passageiros ou terceiros vítimas de danos causados pelos Concessionários, além de esses entes municipais serem citados em executivos fiscais de débitos dos Concessionários;

8 – a má qualidade da prestação do serviço oferecido à população, por isso que, no ranking publicado no *Jornal Agora* (edição de 28/06/14, p. A-6), a empresa Sambaíba ficou em primeiro lugar no número absoluto de reclamações de passageiros entre janeiro de 2013 e abril de 2014, principalmente quanto a atrasos na saída dos ônibus e sobre motoristas que não paravam no ponto;

9 – (5) - a não implantação do Centro de Operação da Concessionária (COC), tendo por objetivo acompanhar o desempenho das linhas do sistema ao longo de toda a operação, atuando preventiva e corretivamente sobre os problemas; do Centro de Operação do Terminal (COT), cuja função é a centralização das atividades de operação do terminal, mediante processamento de dados do Centro de Operação da Concessionária (COC) e dos dispositivos instalados no terminal; e do Centro de Controle Operacional Integrado de Transporte e Trânsito (CCO), que atua em 3 níveis:

I) o estratégico, envolvendo indicadores para uma síntese da situação operacional da Cidade;

II) o gerencial, voltado à monitoração, fiscalização e supervisão do desempenho de atendimento; e

III) o operacional, envolvendo os controles de terminais e pontos de parada, dos corredores estruturais, das linhas e da fluidez e a segurança e atuação sobre incidentes viários e da frota.

Para a implantação desses centros operacionais, o Erário Municipal arcou com o montante de R$ 28.199.180,00 (vinte e oito milhões, cento e noventa e nove mil cento e oitenta reais – data base julho/2003 [fl. 467], que atualizados equivaleriam a R$ 62.381.213,03 – sessenta e dois milhões, trezentos e oitenta e um mil duzentos e treze reais e três centavos [aplicando-se o IPCA-15 ref. Março/2017 - Variação de 121,22% - cento e vinte e um vírgula vinte e dois por cento - entre julho/2003 e abril/2017]).

10 - a apresentação de carta de fiança inidônea (falsa) por ocasião da assinatura do ajuste, sem aplicação de penalidades;

11 – (8) - a falta da apólice de seguro de responsabilidade civil para cobertura de R$ 100.000,00 (cem mil reais ou R$ 221.216,41 – duzentos e vinte e um mil duzentos e dezesseis reais e quarenta e um centavos – se corrigidos

monetariamente) para danos material, corporal e moral causados a passageiros e terceiros, na prestação de serviço, além de acidentes pessoais aos condutores, cobradores, funcionários, no valor total segurado de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais ou R$ 663.649,22 – seiscentos e sessenta e três mil seiscentos e quarenta e nove reais e vinte e dois centavos, se atualizados pelo IPCA-15 ref. março de 2017 [Variação de 121,22% - cento e vinte e um vírgula vinte e dois por cento - entre julho/2003 e abril/2017]);

12 – (4) – a falta de comprovação da regularidade da empresa no tocante às obrigações junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e aos Tributos Mobiliários;

13 – (2) - a manutenção de veículo com mais de 10 (dez) anos de fabricação na frota;

14 – (1) – a não disponibilização de pelo menos 01 veículo por linha adaptado para acesso de pessoa portadora de deficiência;

15 – a indevida postergação do prazo contratual para a renovação da frota e *do seu aumento para atender à demanda, evitando superlotação, atrasos, descumprimento de viagens, etc;* e ilegítima complementação da remuneração à Concessionária pela aquisição dos veículos novos; e

16 – a paralisação dos serviços por greves, registradas em 2014, deflagradas por motoristas e cobradores por questões trabalhistas, figurando a Sambaíba em 4º lugar como uma das empresas do sistema de transporte público da Capital mais demandadas.

Em razão desse extenso rol de irregularidades, o Pleno julgou irregular a execução contratual e exarou determinações à Secretaria Municipal de Transportes e à São Paulo Transporte S.A – SPTrans para que adotem no âmbito de suas competências ou, em conjunto, as seguintes providências:

"1.- apurar os prejuízos causados ao Erário Municipal pelo Concessionário, em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais, desde o início do Contrato de Concessão 702/03 até o presente momento, incluindo os investimentos não efetuados em bens reversíveis e as sucumbências suportadas pelo Poder Público Municipal, em ações ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo ou da São Paulo Transportes, em litisconsórcio ou não com o Concessionário da Área 2 no polo passivo, a saber:

a) as ações de ressarcimento por acidentes de trânsito com danos pessoais e materiais, ou qualquer outro dano provocado pelo Concessionário a usuários e a terceiros, consoante sua responsabilidade objetiva;

b) as ações trabalhistas ajuizadas em face do Concessionário;

c) as execuções fiscais tendo a Prefeitura do Município de São Paulo ou a SPTrans no polo passivo, como substituto tributário ou responsável subsidiário do Concessionário;

2 - aplicar as multas contratuais para cada infringência ao Contrato de Concessão praticada pelo Concessionário e apontada no presente voto e no TC 5.096/2003 (apresentação da carta de fiança falsa e a falta de apresentação de apólice de seguro ou sua contratação em valor inferior ao devido);

3 - calcular o valor do locupletamento auferido pelo Concessionário em razão: i) da apresentação da carta de fiança falsa; ii) da falta de garantia no período apontado pela Auditoria; e iii) do prolongamento do prazo para renovação da frota;

4 – proceder ao inventário dos ônibus adquiridos e o montante pago pela Municipalidade de São Paulo para o Concessionário, a título de renovação da frota, cujo procedimento deu-se sem respaldo legal, para fins de avaliação quanto à parcela a retornar ao patrimônio público;

5 – apurar o montante pago pelo Município de São Paulo para o Concessionário pela aquisição e manutenção de AVLs (Automatic Vehicle Location), a partir da formalização (em 17/10/2006) do 2º Termo de Aditamento ao Termo de Compromisso, ambos julgados irregulares por este Tribunal de Contas (TC 1.591/2006) e obter administrativa ou, judicialmente, se frustrada a via amigável, a devolução do respectivo montante pago indevidamente ao Concessionário, com os acréscimos legais;

6 – intensificar, como lhes compete, a fiscalização da execução contratual, exigindo do Concessionário o cumprimento de todas as obrigações contratuais, inclusive a apresentação de apólice de seguro de responsabilidade civil e garantias vigentes;

7 – exigir e conferir, mensalmente, os comprovantes de recolhimento de obrigações previdenciárias, trabalhistas, fiscais e outras obrigações fiscais que possam acarretar para a Municipalidade de São Paulo a responsabilidade solidária, subsidiária ou por substituição;

8 – controlar, eficazmente, a frota de ônibus do Concessionário, para que seja submetida à manutenção periódica e à limpeza e higienização diárias;

9 – controlar e fazer cumprir o número de viagens e os horários de partidas nas linhas para os veículos que estão cadastrados;

10 – verificar, periodicamente, se o Concessionário está utilizando somente mão de obra devidamente registrada e identificada em seu

quadro de empregados, com observância da jornada diária de trabalho, estipulada para cada categoria;

11 – exigir a apresentação de nota fiscal do Concessionário, pois consta como obrigação prevista em contrato, confere maior transparência aos procedimentos da empresa e permite melhor controle e fiscalização.

12 - instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às irregularidades averiguadas no acompanhamento da execução contratual em pauta e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao Erário derivados da fiscalização insuficiente;

13 - apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante avaliado;

14 – no que for pertinente, acionar a empresa seguradora emitente da apólice de seguro de responsabilidade civil contratada pelo Concessionário, com o fito de lograr-se o ressarcimento dos danos por ele causados a passageiros e terceiros, suportados pela Municipalidade de São Paulo ou pela SPTrans;

15 – adotar os procedimentos cabíveis de acordo com a garantia oferecida pelo Concessionário e a época dos prejuízos, para fins de ressarcimento do montante aquilatado pelo descumprimento das obrigações contratuais;

16 – uma vez devidamente acionados a companhia seguradora e o banco prestador da fiança, apurar o valor remanescente dos prejuízos não cobertos pelo seguro e pela carta fiança para o fim de serem promovidas as competentes ações de regresso para recuperação dos prejuízos causados pelo Concessionário, incluindo os agentes públicos identificados neste processo e os demais que se verificarem igualmente responsáveis;

17 – endereçar a este Tribunal relação das ações judiciais relacionadas ao Concessionário nas quais ainda não exista sentença condenatória, mas que a Municipalidade de São Paulo ou a SPTrans figuram no polo passivo, enunciando todos os valores envolvidos em cada demanda, e a respectiva fase processual atual;

18 – informar este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do Acórdão, sobre as providências adotadas e os respectivos resultados; Cabe aqui observar que a Origem até o momento limitou-se a atender o item 17 e somente de forma parcial, estando pendente o cumprimento da totalidade das determinações, motivo pelo qual, no dia 04 de abril p.p., [04 de abril/2017 – prazo regimental expirou em 19 de abril e SMT solicitou vista e cópia

dos autos, em 26/04/2017], foram expedidos ofícios à Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes e à São Paulo Transportes, solicitando informações a respeito das providências por ela adotadas.

19 – ficar cientificado de que, na hipótese de não proceder à apuração dos responsáveis e dos valores, na forma acima determinada, este Tribunal de Contas, com amparo nos artigos 79 a 84 do Regimento Interno, proporá a instauração de Tomada de Contas."

A Concessionária alega que a decisão embargada contrariou o Acórdão proferido no TC 5.096/2003. Argumenta que se o Pleno decidiu ser regular o Contrato 702/03, em sua integralidade, *inclusive em suas disposições transitórias,* a título excepcional, esses parâmetros deveriam ser adotados na aferição de regularidade na execução do referido contrato, por isso o julgado lavrado nestes autos não poderia considerar irregulares (1) o reembolso de bens não reversíveis e dos equipamentos AVLs [*Automatic Vehicle Location* - localizadores automáticos de veículos], (2) a remuneração diversa da estabelecida no edital de licitação e (3) a não realização dos investimentos em bens reversíveis.

Ora, para sustentar esse raciocínio de que o Acórdão, ao decidir pela regularidade do Contrato 702/03 (objeto do TC 5.096/2003), foi contrariado pela decisão recorrida, a Embargante vale-se de sofisma ao formular três premissas absolutamente falsas, a saber: 1ª – o acompanhamento da execução contratual seria procedimento fiscalizatório submisso à análise formal do contrato e, uma vez julgado regular o ajuste, o Acórdão embargado deveria simplesmente adotar a mesma conclusão; 2ª – os itens referentes ao reembolso de bens não reversíveis e à alteração do critério de remuneração, embora não contidos no Contrato 702/03, estariam acolhidos pelo Acórdão proferido no TC 5.096/2003, que analisou o referido ajuste; e 3ª – os embargos de declaração seriam cabíveis para examinar eventual contradição entre decisões exaradas em processos independentes.

Postas estas 3 (três) premissas, passa-se a demonstrar os equívocos de cada uma delas que, claramente, visam induzir este Tribunal em erro.

A primeira diz respeito à pretensão do Embargante de qualificar o acompanhamento da execução contratual como mero apêndice da análise do contrato, quando são tipos de fiscalização diferentes, previstos no art. 44 do Regimento Interno deste Tribunal e têm finalidades diversas.

O acompanhamento é um procedimento de fiscalização realizado de forma periódica e concomitante à execução dos atos de gestão, examinando-se a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, além de permitir uma avaliação desses atos sob a ótica da economicidade, da eficiência e da eficácia.

A Resolução 06/00 desta Corte menciona três hipóteses de acompanhamento: de edital, de licitação e de execução contratual.

O acompanhamento da execução contratual tem por principal objetivo verificar, em tempo real, se o contrato está sendo cumprido de acordo com o pactuado, em termos de escopo, quantitativos, qualitativos, financeiros, de pontualidade no cronograma etc., de modo a prevenir prejuízos e riscos para a Administração, podendo esse exame ser realizado diversas vezes, ao longo do período de execução do contrato.

Já a análise é um procedimento de fiscalização que tem a finalidade de verificar a regularidade de atos e atividades dos órgãos e entidades jurisdicionados ao Tribunal, quanto aos aspectos legal, formal e de mérito (Resolução 06/00 – art. 12).

Exemplo de análise (denominada auditoria de conformidade nas normas do TCU) é o exame de contrato ou convênio firmado por órgãos da Administração Pública. Os fatos são pretéritos, pois os instrumentos já formalizados, com geração de efeitos (cf. item 22 *Manual de Acompanhamento - TCU)*.

Devidamente conceituados o acompanhamento e a análise, resulta inconteste que ambos são procedimentos fiscalizatórios, mas com finalidades distintas e não se confundem, conforme consta expressamente do Manual do Tribunal de Contas da União, ao dispor em seu item 20:

"O acompanhamento se difere de outras ações de controle por permitir verificações de atos das unidades jurisdicionadas à medida que estes são realizados e com uma periodicidade maior" (cf. Manual de Acompanhamento - TCU).

Logo, no caso ora apreciado, não há como se pretender seja considerada regular a execução do contrato de concessão, quando foram constatadas 16 (dezesseis) irregularidades derivadas de violações da legislação, do edital e do contrato, sendo algumas decorrentes de atos ilícitos praticados pelo Concessionário, com reflexos na esfera civil e criminal.

A segunda premissa inconsistente considera que as disposições relativas ao reembolso de bens não reversíveis e à alteração do critério de remuneração foram acolhidas pelo julgado proferido no TC 5.096/2003, que analisou o citado Contrato 702/03. Além de tentar unificar o acompanhamento e a análise, quando são procedimentos fiscalizatórios com finalidades diferentes entre si e, portanto, REPITA-SE, não se confundem, a Embargante busca convencer que este Tribunal reconheceu como regulares as inovações favoráveis aos operadores da Concessão, que reduziram, indevidamente, os encargos dos Concessionários, previstos no contrato e no precedente Edital. Todavia, essas benesses concedidas aos Concessionários não constam do contrato original, pois foram instituídas posteriormente, mediante termos de compromisso, sem amparo legal e desprovidos

de interesse público, por isso julgados irregulares em processo específico, objeto do TC 1.583/2006, e aqui se dá o cumprimento das determinações do Pleno naquele exaradas.

Assim, não sendo cláusulas originais e consideradas irregulares no referido TC 1.583, não estão no âmbito de análise do Pleno no TC 5.096/2003, onde somente o Termo de Contrato, datado de 23 de julho de 2003, foi acolhido e de forma excepcional, restando assim insubsistente também essa premissa engendrada pela Embargante.

A terceira e última premissa incorreta diz respeito à possibilidade de utilizar os embargos declaratórios para enfrentar suposta contradição entre julgados lançados em processos distintos.

Os embargos de declaração não se prestam a rediscutir o julgado e obter sua reforma, hipótese essa que se verifica nos presentes embargos, considerando que se alega contradição com outro julgado e não no corpo da própria decisão recorrida, consoante bem apontou o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, trazendo-se à colação o seguinte trecho de julgado da Segunda Turma daquela Corte:

5. A contradição que enseja ofensa ao dispositivo do Código de Ritos é a interna, aquela verificada entre os elementos que compõem a estrutura da decisão judicial, e não a que é contrária às argumentações do recorrente.

A embargante, com o pretexto de sanar contradição, busca na verdade rever decisão que lhe foi desfavorável.

A via dos aclaratórios não se presta para tal propósito. (*EDcl no AgRg no REsp 1243836 / RJ* - STJ – T2 – Dje 13/10/2011)

Afora o caráter nitidamente infringente perseguido nestes embargos declaratórios, não se verifica qualquer contradição entre a decisão proferida no TC 5.096/2003 e a exarada nestes autos; ao contrário, estão em perfeita harmonia, conforme as razões a seguir expostas:

1º - Naquele processo, foi julgado regular o Contrato 702/03, bem como a sua cláusula 19, relativa às *disposições transitórias,* válida tão somente para o período que perdurou por 17 (dezessete) meses, findado em dezembro de 2004, e o Acórdão embargado, por conseguinte, decidiu ser irregular a inexecução de certas obrigações a partir do encerramento dessa fase transitória, ou seja, tratando-se de períodos diferentes, não há qualquer conflito entre as decisões, consoante se confere do item VIII do voto condutor, ora transcrito: *"VIII- o não investimento em bens reversíveis, durante todo o período contratual, pois a cláusula décima nona não eximiu o Concessionário de obrigações, visto que o item 19.1.26 apenas suspendeu algumas delas, temporariamente, no período de 17 meses em*

que vigorou a fase de transição (julho/2003 a dezembro/2004), postergando seu cumprimento para o restabelecimento automático das correspondentes cláusulas contratuais, que ocorreu ao término do referido período de transição; (fl. 932)".

2º - Não há omissão ou contradição no Acórdão recorrido em relação ao avençado nos 1º e 2º *Termos de Compromisso firmados entre o Poder Concedente e as concessionárias,* que dispuseram sobre (i) critério diverso de remuneração, (ii) o reembolso a título de aquisição e manutenção de AVLs ("Automatic Vehicle Location") e (iii) novo cronograma para a renovação da frota de veículos, uma vez que ambos os instrumentos foram julgados irregulares por este Tribunal de Contas no TC 1.583/2006 (*O Termo de Compromisso e o respectivo 2º Termo de Aditamento foram julgados irregulares por não serem instrumentos hábeis para alterar cláusulas contratuais, que por sua vez não estavam sendo cumpridas pelas Concessionárias, criando vantagens indevidas para os inadimplentes, daí a falta de motivação ou finalidade pública, configurando instrumentos administrativos desprovidos de interesses coletivos e sim privados.(ilegal a autorização de complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação de frota de veículos*.

E determinado que a questão dos efeitos financeiros e patrimoniais, notadamente quanto à eventual apuração de dano ou prejuízo ao erário e/ou necessidade de ressarcimento de valores aos cofres municipais, deverá ser enfrentada no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão), cuja execução do julgado se opera no presente feito, que trata do acompanhamento da execução do Contrato 702/03, expressamente assim explicitado no Acórdão embargado: *"5 - apurar o montante pago pelo Município de São Paulo para a Concessionária pela aquisição e manutenção de AVLs ("Automatic Vehicle Location"), a partir da formalização (em 17/10/2006) do 2º Termo de Aditamento ao Termo de Compromisso, ambos julgados irregulares por este Tribunal de Contas (TC 1.583/2006) e obter administrativa ou judicialmente, se frustrada a via amigável, a devolução do respectivo montante pago indevidamente à Concessionária, com os acréscimos legais;".*

Cabe acrescentar que "*até junho/2007, foi gasto pela SPTrans o montante de R$ 26.904.735,48* (vinte e seis milhões, novecentos e quatro mil setecentos e trinta e cinco reais e quarenta e oito centavos – que atualizados representariam R$ 48.645.292,00 – quarenta e oito milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil duzentos e noventa e dois reais [conforme IPCA-15 ref. Março/2017, Variação de 80,81% - oitenta vírgula oitenta e um por cento - entre junho/2007 e abril/2017]), *com a aquisição e instalação de 5.001* [cinco mil e um] *equipamentos AVL's* (localizadores automáticos de veículos)*, juntamente com os serviços acessórios",* para os Concessionários, conforme apontado pela Auditoria, à folha 746 dos autos.

Portanto, as medidas fixadas no Acórdão embargado, quanto à apuração, para fins de ressarcimento ao Erário Municipal, dos valores pagos aos Concessionários pela aquisição dos AVLs e pela remuneração decorrente de renovação da frota, cujo cronograma foi afrouxado, estão em consonância com as

determinações contidas no Acórdão proferido no TC 1.583/2006, cujo objeto foi a análise do Termo de Compromisso e correspondente aditivo, que ilegalmente instituíram benesses, flagrantemente contrárias às cláusulas do Contrato 702/03, apreciado no TC 5.086/2003.

Demonstrado, de modo pormenorizado, que a sustentação dos argumentos da Embargante está na alteração da verdade dos fatos, uma das hipóteses previstas no artigo 80 do Código de Processo Civil, que tipificam a conduta de litigância de má-fé, cabe advertir a Embargante e seu patrono a não mais repetirem tais práticas, procedendo com lealdade e boa-fé. *Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*

Outro ponto exposto nas razões de embargos se refere a argumento de que o V. Acórdão desconsiderou as informações prestadas pela SPTrans (fls. 723), neste feito, atestando a regularidade na execução de diversos itens apontados como irregularidades, argumento esse que não encontra guarida no artigo 371 do Novo Código de Processo Civil, assim redigido:

"Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."

O meu voto, acompanhado por unanimidade pelo Pleno, analisou todas as questões, inclusive as contidas nas informações e documentos apresentados pela SPTrans, que na fase de instrução foram examinados pelos órgãos técnicos deste Tribunal, levando-os à uníssona conclusão pela irregularidade da execução contratual, pareceres esses expressamente mencionados e acrescidos às razões de decidir, fundamentação essa que afasta totalmente a arguição da Embargante de que teria havido desconsideração de elementos probatórios.

Da mesma forma o V. Acórdão não incide em omissão quanto às eventuais perdas advindas de queima de veículos da Concessionária e de prejuízos operacionais, por serem questões alheias ao objeto deste processo, além de desprovidas de comprovação, e em nada modificariam o julgado. ("*Ponto que deve ser destacado no âmbito dos presentes embargos de declaração diz respeito aos prejuízos sofridos pela concessionária em virtude do crescente número de coletivos incendiados nos últimos anos no Município de São Paulo*" – (....) *a abordagem trazida no acórdão é omissa quanto ao impacto no equilíbrio econômico-financeiro da avença por forçada perda de inúmeros coletivos da concessionária por inércia do Poder Público*")

Por último, quanto ao aventado erro material verificado na taxa percentual da efetiva remuneração média mensal registrada pela Sambaíba, em

2006, comparada com o valor médio mensal estimado em contrato, a Embargante aduz que a porcentagem correta seria de 115,87% (cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento), e não de 215,87% (duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento) como consta do voto do Relator (fls. 929 e 930).

Sobre essa questão assim se manifestou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle: *"(...) a média mensal da receita de janeiro a agosto de 2006, R$ 23.385.470,80* [vinte e três milhões, trezentos e oitenta e cinco mil quatrocentos e setenta reais e oitenta centavos]*, foi comparada com a estimativa mensal do valor do contrato, R$ 10.833.333,00* [dez milhões, oitocentos e trinta e três mil trezentos e trinta e três reais]*, apurando-se o percentual de 215,87% [*duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento] *que representa a* ***correspondência*** *em relação à média mensal do contrato e, portanto,* ***superior*** *em 115,87%* [cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento].

A redação constante do Voto indicou que ***"... foi de 215,87% (duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento), superior ao valor estimado do contrato...)"*** *(grifo nosso).*

Esse esclarecimento significa que, embora a Sambaíba, no período de janeiro a agosto de 2006, tenha obtido a remuneração bruta de R$ 187.083.766,42 (cento e oitenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos - que atualizados corresponderiam a R$ 349.306.420,87 - trezentos e quarenta e nove milhões, trezentos e seis mil quatrocentos e vinte reais e oitenta e sete centavos, pelo IPCA-15 ref. Março/2017 [variação de 86,71% - oitenta e seis vírgula setenta e um por cento - entre agosto/2006 e abril/2017- quadro – fl. 327]), a efetiva parcela que representa acréscimo da remuneração em relação ao valor estimado no contrato é R$ 57.083.766,42 (cinquenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos – que pelo IPCA-15 ref. Março/2017 corresponderia a R$ 106.581.808,35 - cento e seis milhões, quinhentos e oitenta e um mil oitocentos e oito reais e trinta e cinco centavos [variação de 86,71% - oitenta e seis vírgula setenta e um por cento - entre agosto/2006 e abril/2017]), equivalente à taxa percentual de 115, 87% (cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento). Importante ressaltar que a explicitação quanto à porcentagem, que representa o acréscimo na remuneração bruta da Concessionária, em nada interfere no resultado do julgado, pois não há qualquer elemento novo trazido aos autos que possa afastar as graves irregularidades enumeradas no início deste voto, que deram ensejo ao Pleno julgar, por unanimidade, irregular a execução contratual em tela e não aceitar os respectivos efeitos financeiros.

A Embargante, ao final de suas razões recursais, pleiteia o acolhimento dos embargos para que sejam saneadas as máculas que entende existir no Acórdão, a fim de o Tribunal de Contas considerar regular a execução do Contrato 702/03. Todavia, há outras irregularidades por si só suficientes para manter o Acórdão embargado, e que não foram enfrentadas pela Embargante, a saber:

1- a não realização de investimentos, quer em bens reversíveis (centros operacionais, reforma e instalação de terminais, equipamentos semafóricos), quer em bens não reversíveis (renovação da frota, aquisição e instalação de AVLs – localizadores automáticos de veículos), mesmo recebendo remuneração em valores superiores ao estimado em contrato, no montante de R$ 182.623.347,30 (cento e oitenta e dois milhões, seiscentos e vinte e três mil trezentos e quarenta e sete reais e trinta centavos) entre janeiro de 2005 a agosto de 2006, que atualizados pelo IPCA-15 do mês de março/2017, corresponderiam a R$ 345.369.030,07 (trezentos e quarenta e cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil e trinta reais e sete centavos) [Soma das remunerações da Sambaíba acima do previsto em contrato: sendo R$ 125.539.580,88 - cento e vinte e cinco milhões, quinhentos e trinta e nove mil quinhentos e oitenta reais e oitenta e oito centavos (em 2005 + R$ 57.083.766,42 - cinquenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos (de janeiro a agosto/2006) = R$ 182.623.347,30 - cento e oitenta e dois milhões, seiscentos e vinte e três mil trezentos e quarenta e sete reais e trinta centavos.

Valores atualizados pelo IPCA-15 ref. Março/2017, respectivamente, R$ 238.787.221,72 - duzentos e trinta e oito milhões, setecentos e oitenta e sete mil duzentos e vinte e um reais e setenta e dois centavos (variação de 90,21% - noventa vírgula vinte e um por cento - entre dezembro/2005 e abril/2017) e R$ 106.581.808,35 - cento e seis milhões, quinhentos e oitenta e um mil oitocentos e oito reais e trinta e cinco centavos (variação de 86,71% - oitenta e seis vírgula setenta e um por cento - entre agosto/2006 e abril/2017) = TOTAL ATUALIZADO = R$ 345.369.030,07 - trezentos e quarenta e cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil e trinta reais e sete centavos).

Frise-se que no Relatório da Auditoria está constatado que a Prefeitura do Município de São Paulo arcou com os custos de obrigações descumpridas pelos Concessionários, além de pagar subsídio para a renovação da frota e o acréscimo indevido de remuneração por adoção de critério diverso daquele previsto em contrato, estimando-se que os prejuízos suportados pela Municipalidade, somente nos primeiros anos da Concessão, excedam o montante de R$ 572.981.681,20 (quinhentos e setenta e dois milhões, novecentos e oitenta e um mil seiscentos e oitenta e um reais e vinte centavos), em valores atualizados, compreendendo as seguintes obrigações não honradas pelos Concessionários:

(I) os investimentos em terminais, no valor de R$ 68.709.781,00 (sessenta e oito milhões, setecentos e nove mil setecentos e oitenta e um reais – data base julho/2008 [fl. 747], que corrigidos pelo IPCA_15 ref. março/17 equivalem a R$ 116.586.146,10 – cento e dezesseis milhões, quinhentos e oitenta e seis mil cento e quarenta e seis reais e dez centavos [Variação de 69,68% - sessenta e nove vírgula sessenta e oito por cento entre julho/2008 e abril/2017]);

(II) adoção de critério de remuneração dos serviços diverso dos parâmetros licitados, inclusive quanto ao Serviço Atende, gerando acréscimo financeiro para a Sambaíba em 2005 e 2006, em valores superiores ao estimado em contrato, no montante de R$ 182.623.347,30 (cento e oitenta e dois milhões, seiscentos e vinte e três mil trezentos e quarenta e sete reais e trinta

centavos) entre janeiro de 2005 a agosto de 2006, que atualizados pelo IPCA-15 do mês de março/2017 corresponderiam a R$ 345.369.030,07 (trezentos e quarenta e cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil e trinta reais e sete centavos (Fl. 327 [Soma das remunerações da Sambaíba acima do previsto em contrato, sendo R$ 125.539.580,88 - cento e vinte e cinco milhões, quinhentos e trinta e nove mil quinhentos e oitenta reais e oitenta e oito centavos (em 2005) + R$ 57.083.766,42 - cinquenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos (de janeiro a agosto/2006) = R$ 182.623.347,30 (cento e oitenta e dois milhões, seiscentos e vinte e três mil trezentos e quarenta e sete reais e trinta centavos).

Valores atualizados pelo IPCA-15 ref. Março/2017, respectivamente, R$ 238.787.221,72 - duzentos e trinta e oito milhões, setecentos e oitenta e sete mil duzentos e vinte e um reais e setenta e dois centavos (variação de 90,21% - noventa vírgula vinte e um por cento - entre dezembro/2005 e abril/2017) e R$ 106.581.808,35 - cento e seis milhões, quinhentos e oitenta e um mil oitocentos e oito reais e trinta e cinco centavos (variação de 86,71% - oitenta e seis vírgula setenta e um por cento - entre agosto2006 e abril/2017) = TOTAL ATUALIZADO = R$ 345.369.030,07 - trezentos e quarenta e cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil e trinta reais e sete centavos);

(III) a aquisição e instalação dos AVLs (localizadores automáticos de veículos), no valor de R$ 26.904.735,48 (vinte e seis milhões, novecentos e quatro mil setecentos e trinta e cinco reais e quarenta e oito centavos – data base junho/2007 [fl.746], que atualizados representariam R$ 48.645.292,00 – quarenta e oito milhões, seiscentos e quarenta e cinco mil duzentos e noventa e dois reais [conforme IPCA-15 ref. Março/2017, Variação de 80,81% - oitenta vírgula oitenta e um por cento - entre junho/2007 e abril/2017]); e

(IV) a implantação dos centros operacionais no montante de R$ 28.199.180,00 (vinte e oito milhões, cento e noventa e nove mil cento e oitenta reais – data base julho/2003 [fl. 467], que atualizados equivaleriam a R$ 62.381.213,03 – sessenta e dois milhões, trezentos e oitenta e um mil duzentos e treze reais e três centavos [aplicando-se o IPCA-15 ref. Março/2017 - Variação de 121,22% - cento e vinte um vírgula vinte e dois por cento - entre julho/2003 e abril/2017]).

2 - a falta de garantia contratual no período auditado, no valor de R$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais – que corrigidos significariam R$ 28.758.133,02 – vinte e oito milhões, setecentos e cinquenta e oito mil cento e trinta e três reais e dois centavos), que representam 1% do valor do contrato de R$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais, ou R$ 2.875.813.301,50 - dois bilhões, oitocentos e setenta e cinco milhões, oitocentos e treze mil trezentos e um reais e cinquenta centavos [Valores atualizados pelo IPCA-15 ref. março/2017 - variação de 121,22% - cento e vinte e um vírgula vinte e dois por cento - entre julho/2003 e abril/2017]); isto significa que além de descumprir uma obrigação contratual, beneficiou-se do não dispêndio de recursos financeiros, ou seja, locupletou-se com a sua própria inadimplência);

3 - outra irregularidade consiste na não comprovação do envio dos demonstrativos contábeis, em conformidade com o "Plano de Contas", previstos e devidamente auditados, *que demonstrariam manter o Concessionário as mesmas condições financeiras e econômicas de habilitação da época da licitação e* que garantiriam a plena execução do contrato. Cabe aqui mencionar que a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes encaminhou a este Tribunal documentos contábeis da Sambaíba de períodos posteriores ao auditado (2006), a saber: as demonstrações contábeis relativas ao período de 1º de janeiro de 2008 a 30 de junho de 2008 (fls. 680/684), o Balanço Patrimonial do exercício de 2007 (fls. 687/695) e o parecer de auditores independentes relativos às demonstrações do exercício 2007 (fl. 686).

E a Auditoria assim analisou esses resultados (fl. 744): *"Quanto à documentação nova, observamos que, em nota explicativa, afirmou-se que 'A empresa recebe, a cada cinco dias, um montante equivalente ao seu saldo de contas a receber que, aproximadamente, atinge a R$ 7.000.000* [sete milhões de reais]*, ou R$ 28.000.000* [vinte e oito milhões de reais] *por mês, ou R$ 336.000.000* [trezentos e trinta e seis milhões de reais] *por ano (vendas brutas em 2007 – R$ 330.000.000 - trezentos e trinta milhões de reais). Sua liquidez operacional, portanto, está plenamente assegurada, seus compromissos de curto prazo estarão liquidados ao longo de dois meses, enquanto seu índice de liquidez corrente mostra uma situação caótica – 0,26 (2006 – 0,31)' (fl. 695) Também pudemos observar que a situação financeira, patrimonial e econômica da empresa é péssima; também constatamos relevante capital de giro próprio negativo. A nota de 'contingências' limitou-se a mencionar genericamente impostos e contribuições, sem levar em conta contingência de natureza trabalhista e cível.*

Entendemos que as providências adotadas pelo Poder Concedente, solicitando as demonstrações e realizando análises, estão muito aquém do necessário. A exigência não é apenas mero cumprimento formal de cláusula contratual; a apresentação das demonstrações, de forma correta, conforme disposto nas normas pertinentes, permitiria à Origem certo conhecimento da situação da concessionária, podendo prevenir a ocorrência de situações que levem à deterioração do serviço (ressalte-se, de natureza essencial, que não pode sofrer solução de continuidade)."

4 – na formalização do contrato, a apresentação de carta de fiança inidônea, com timbre do *Banco de La Nación Argentina*, que expressamente informou a este Tribunal de Contas não ter emitido a indigitada carta de fiança e, sendo falsa, comunicou a prática de atos ilícios ao 78º Distrito Policial, resultando na instauração do Inquérito Policial 827/04, além de esta Corte haver encaminhado toda a documentação relativa às garantias financeiras falsas ao Ministério Público do Estado de São Paulo, visando instruir as providências de sua alçada.

5 – a Embargada, além de silenciar-se quanto à constatada má qualidade da prestação de serviços oferecidos à população, não apresentou melhora na condição dos seus serviços, mesmo após o julgado de 1º de

outubro de 2014 apontar, minuciosamente, as diversas falhas operacionais da Concessionária, uma vez que, de acordo com os registros da SPTrans (Informação CV 011/2017, de 3 de abril de 2017, a partir de dados fornecidos pela SPTrans e tabulados pela SFC-Coordenadoria V), a Sambaíba, tanto no ano de 2015 quanto em 2016, figurou em 2º lugar no ranking de reclamações dos usuários.

6 – a falta da apólice de seguro de responsabilidade civil, prevista no edital e no contrato, para cobertura de danos material, corporal e moral causados a passageiros e terceiros, na prestação de serviço, além de acidentes pessoais aos condutores, cobradores, funcionários, com valor mínimo de R$ 100.000,00 (cem mil reais ou R$ 221.216,41 – duzentos e vinte e um mil duzentos e dezesseis reais e quarenta e um centavos – se corrigidos pelo IPCA-15 ref. março/2017), para cobertura de cada uma dessas três espécies de sinistro, totalizando R$ 300.000,00 (trezentos mil reais ou R$ 663.649,22 – seiscentos e sessenta e três mil seiscentos e quarenta e nove reais e vinte e dois centavos, com atualização pelo IPCA-15 ref. Março/2017 [Variação de 121,22% - cento e vinte e um vírgula vinte e dois por cento - entre julho/2003 e abril/2017]) a importância mínima que deveria ser segurada; da mesma forma beneficiou-se economicamente do descumprimento de sua obrigação, além de prejudicar os usuários e terceiros que sofreram danos por culpa do Concessionário; *(Edital) 15.5 As concessionárias deverão apresentar, como condição para assinatura do contrato, apólice de seguro de responsabilidade civil objetiva nos termos do § 3º do artigo 4º do Decreto 42.736/02, com valores mínimos de: 15.5.1 Danos corporais a terceiros: R$ 100.000,00 (cem mil reais); 15.5.2 Danos morais: R$ 100.000,00 (cem mil reais); e 15.5.3 Danos materiais a terceiros: R$ 100.000,00 (cem mil reais).*

Comporta observar que, enquanto no contrato de concessão celebrado com a Sambaíba, a cobertura de seguro de responsabilidade civil objetiva, no valor mínimo de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), era genérica para a frota (a frota da Sambaíba, à época, era composta por 1.227 - mil duzentos e vinte e sete - veículos [–fl. 143]), nos atuais contratos de emergência para a prestação de serviços de transporte público de passageiros, a Origem especificou a contratação de seguro para cada veículo da frota e abrange 4 (quatro) espécies de sinistros, no total de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para cada ônibus, cujas quantias seguradas devem ser atualizadas na mesma periodicidade e pelo valor do índice que vier a corrigir o valor da remuneração por passageiro registrado.

Contrato 040/2016 – Area 4: Cláusula 11.1 *"11.1 A Contratada apresentará, no prazo de até 15 (quinze) dias da assinatura deste Contrato, o comprovante de contratação do seguro de responsabilidade civil objetiva, nos termos da legislação aplicável, para cada veículo da frota, com as seguintes características: 11.2 11.2.1. Danos corporais a terceiros não transportados: R$ 100.000,00 (cem mil reais); 11.2.2. Danos morais a terceiros: R$ 100.000,00 (cem mil reais); 11.2.3. Danos materiais a terceiros: R$ 100.000,00 (cem mil reais); 11.2.4. Danos morais a passageiros: R$ 100.000,00 (cem mil reais); 11.2.5. Danos materiais e corporais a passageiros: R$ 100.000,00 (cem mil reais); 11.3 O referido seguro deverá ser mantido durante todo o prazo de execução deste Contrato,*

sendo atualizado na mesma periodicidade e pelo valor do índice que vier a corrigir o valor da remuneração por passageiro registrado."

7– a falta de comprovação da regularidade da empresa no tocante às obrigações junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e aos Tributos Mobiliários, incluindo de suas empresas coligadas, pois conforme destacado pela Auditoria "*há concessionárias do transporte público municipal que são constituídas por empresas pertencentes a poucos grupos familiares que, de modo geral, se inter-relacionam, passando por sucessivas transformações e alterações societárias, com cisões e fusões*." *"Ressalte-se que ao não atender às requisições formuladas, inclusive em relação às suas cotistas Rápido Luxo Campinas Ltda. e Tuca Transportes Urbanos Campinas Ltda., detentoras de 30% de suas quotas de capital, a Sambaíba deixou de cumprir seus deveres de concessionária, da forma estabelecida nos itens 4.1.3 e 4.7 do contrato firmado. As últimas certidões relativas ao INSS por elas requisitadas encontravam-se vencidas desde dezembro de 2002 e janeiro de 2003".*

Com efeito, atualmente, verifica-se que houve significativa alteração no quadro societário da Sambaíba. Esta, no início, tinha por sócias as empresas *Rápido Luxo Campinas Ltda. e Tuca Transportes Urbanos Campinas Ltda.* e hoje, de acordo com a Junta Comercial do Estado de São Paulo, o quadro societário está composto de 4 (quatro) Representantes (pessoas físicas) e 3 (três) Sócias (pessoas jurídicas-Empresas de Participações).

Todas essas graves constatações, devidamente expostas no Voto e sintetizadas no Acórdão, nem sequer enfrentadas pela Embargante, não permitem que a execução contratual, em hipótese alguma, seja considerada regular, quando até mesmo o Ministério Público do Estado de São Paulo apura as irregularidades praticadas pela Concessionária, em flagrante prejuízo ao Erário Municipal e aos usuários do sistema de transporte público coletivo de passageiros e a tantos outros cidadãos que ingressaram com ações de indenização por danos causados pela empresa.

Diante do exposto e considerando o teor das manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos endosso e acrescento às razões de decidir, CONHEÇO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, eis que presentes os requisitos regimentais.

No mérito, ACOLHO-OS de forma parcial, tão somente para aclarar que a taxa percentual de *215,87%* (duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento), indicada no Voto, às folhas 929 e 930, representa a correspondência em relação à média mensal do contrato e, portanto, superior em 115,87% (cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento) da remuneração estimada *[ou seja, 215,87% - duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento menos 100% - cem por cento - igual a 115,87% - cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento - superior à estimativa mensal do valor do contrato],* em conformidade com o parecer da

Auditoria (fls. 1.213/1.214), acompanhado pelos demais órgãos opinantes acima referidos [Área Jurídica e Secretaria Geral], com o seguinte teor:

"Quanto ao alegado erro material que consta no Voto, fl. 929, a média mensal da receita de janeiro a agosto de 2006, R$ 23.385.470,80 [vinte e três milhões, trezentos e oitenta e cinco mil quatrocentos e setenta reais e oitenta por cento]*, foi comparada com a estimativa mensal do valor do contrato, R$ 10.833.333,00* [dez milhões, oitocentos e trinta e três mil trezentos e trinta e três reais]*, apurando-se o percentual de 215,87%* [duzentos e quinze vírgula oitenta e sete por cento] *que representa a correspondência em relação à média mensal do contrato e, portanto, superior em 115,87%* [cento e quinze vírgula oitenta e sete por cento]*. A redação constante do Voto indicou que " .... foi 215,87% (duzentos e quinze vírgula e oitenta e sete por cento), superior ao valor estimado no contrato ...)."*

Tal acréscimo resultou no recebimento pela Sambaíba (fl. 327), apenas no período de oito meses (de janeiro a agosto de 2006), a mais que o valor total anual previsto em contrato, no montante de R$ 57.083.766,42 (cinquenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos, correspondentes a R$ 106.581.808,35 - cento e seis milhões, quinhentos e oitenta e um mil oitocentos e oito reais e trinta e cinco centavos pelo IPCA-15 ref. Março/2017 [variação de 86,71% - oitenta e seis vírgula setenta e um por cento - entre agosto/2006 e abril/2017]), ou seja, nesse período a Embargante recebeu R$ 187.083.766,42 (cento e oitenta e sete milhões, oitenta e três mil setecentos e sessenta e seis reais e quarenta e dois centavos – equivalentes a R$ 349.306.420,87 - trezentos e quarenta e nove milhões, trezentos e seis mil quatrocentos e vinte reais e oitenta e sete centavos, pelo IPCA-15 ref. Março/2017 [variação de 86,71% - oitenta e seis vírgula setenta e um por cento - entre agosto/2006 e abril/2017- quadro – fl. 327]), em contrapartida ao valor previsto anual de R$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais – representando R$ 287.581.330,15 – duzentos e oitenta e sete milhões, quinhentos e oitenta e um mil trezentos e trinta reais e quinze centavos pelo IPCA-15 ref. Março/2017 [Variação de 121,22% - cento e vinte e um vírgula vinte e dois por cento - entre julho/2003 e abril/2017]).

No mais, tendo em vista a ausência das alegadas contradições e omissões, mantêm-se o resultado e a inteireza do Acórdão embargado nos termos em que prolatado, que julgou irregular a execução do Contrato de Concessão 702/03.

Uma vez que há recursos ordinários juntados nestes autos, encaminhe-se o presente ao Relator designado para a fase recursal, conforme certidão de redistribuição à folha 1.062.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Na esteira das manifestações técnicas lançadas aos autos, voto pelo conhecimento dos embargos de declaração e, no mérito, pelo seu parcial provimento exclusivamente para aclarar erro material detectado em percentual mencionado no acórdão**.** (2.922ª S.O.)

1º Julgado - 2.768ª Sessão Ordinária
ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMT. Concessão de serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros. Preliminar de ilegitimidade rejeitada. Descumprimento das obrigações. Ausência de penalização da contratada. Ausências de: renovação da garantia, seguro de responsabilidade civil, envio de demonstrativos contábeis, CND, investimento em bens reversíveis. Utilização de veículo com mais de dez anos. IRREGULAR. MULTA. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. DETERMINAÇÕES. Votação unânime.
Relatório e voto englobado TCs 72-000.533.08-02, 72-001.783.09-88, 72-001.966.09-58, 72-003.766.09-30

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.760ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em rejeitar a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelos interessados, a teor do disposto no § 1º do artigo 116 do Regimento Interno desta Corte, uma vez que, por atos comissivos ou omissivos em cargos de direção, deixaram de utilizar os instrumentos legais para coibir ou penalizar o descumprimento das obrigações do concessionário, constatado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC deste Tribunal.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, diante das inconformidades e deficiências constatadas e apresentadas em seu voto, e considerando o teor das manifestações da SFC ("a execução contratual do Termo de Concessão da Área 02 (Contrato 702/03) no período de 11/9 a 13/12/06 foi irregular"), da Assessoria Jurídica de Controle Externo ("pelo não acolhimento da execução no período auditado") e da Secretaria Geral ("opino pelo não acolhimento da execução do período auditado, sem embargo das recomendações e determinações (...) pertinentes"), em julgar irregular a execução do Contrato 702/03, no período auditado, não aceitando os correspondentes efeitos financeiros.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aplicar a cada um dos agentes responsáveis, identificados às folhas 486 , 487, 491 e 492 dos autos, a multa de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80, incluindo o

signatário do ajuste pela não imposição de penalidade à Concessionária, em razão da apresentação de carta de fiança falsa na celebração do Contrato 702/03, constatada nos autos do processo TC 72-005.096.03-64.

ACORDAM, também, à unanimidade, em razão do decidido, em determinar à Secretaria Municipal de Transportes e à São Paulo Transporte S.A. – SPTrans que adotem, no âmbito de suas competências ou em conjunto, as seguintes providências:

1 -apurar os prejuízos causados ao erário municipal pela Concessionária, em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais, desde o início do Contrato de Concessão 702/03 até o presente momento, incluindo os investimentos não efetuados em bens reversíveis e as sucumbências suportadas pelo Poder Público Municipal, em ações ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo ou da SPTrans, em litisconsórcio ou não com a Concessionária da Área 2 no polo passivo, a saber: a) as ações de ressarcimento por acidentes de trânsito com danos pessoais e materiais, ou qualquer outro dano provocado pela Concessionária a usuários e a terceiros, consoante sua responsabilidade objetiva; b) as ações trabalhistas ajuizadas em face da Concessionária; c) as execuções fiscais tendo a Prefeitura do Município de São Paulo ou a SPTrans no polo passivo, como substituto tributário ou responsável subsidiário da Concessionária;

2 -aplicar as multas contratuais para cada infringência ao Contrato de Concessão praticada pela Concessionária e apontada no voto do Relator e no processo TC 72-005.096.03-64 (a apresentação da carta de fiança falsa e a falta de apresentação de apólice de seguro ou sua contratação em valor inferior ao devido);

3 -calcular o valor do locupletamento auferido pela Concessionária em razão: i) da apresentação da carta de fiança falsa; ii) da falta de garantia no período apontado pela SFC; e iii) do prolongamento do prazo para renovação da frota;

4 -proceder ao inventário dos ônibus adquiridos e o montante pago pela Municipalidade de São Paulo para a Concessionária, a título de renovação da frota, cujo procedimento deu-se sem respaldo legal, para fins de avaliação quanto à parcela a retornar ao patrimônio público;

5 -apurar o montante pago pelo Município de São Paulo para a Concessionária pela aquisição e manutenção de AVLs ("Automatic Vehicle Location"), a partir da formalização (em 17/10/2006) do 2º Termo de Aditamento ao Termo de Compromisso, ambos julgados irregulares por este Tribunal de Contas (TC 72-001.583.06-46) e obter administrativa ou judicialmente, se frustrada a via amigável, a devolução do respectivo montante pago indevidamente à Concessionária, com os acréscimos legais;

6 -intensificar, como lhes compete, a fiscalização da execução contratual, exigindo da Concessionária o cumprimento de todas as

obrigações contratuais, inclusive a apresentação de apólice de seguro de responsabilidade civil e garantias vigentes;

7 -exigir e conferir, mensalmente, os comprovantes de recolhimento de obrigações previdenciárias, trabalhistas, fiscais e outras obrigações que possam acarretar para a Municipalidade de São Paulo a responsabilidade solidária, subsidiária ou por substituição;

8 -controlar, eficazmente, a frota de ônibus da Concessionária, para que seja submetida à manutenção periódica e à limpeza e higienização diárias;

9 - controlar e fazer cumprir o número de viagens e os horários de partidas nas linhas para os veículos que estão cadastrados;

10 -verificar, periodicamente, se a Concessionária está utilizando somente mão de obra devidamente registrada e identificada em seu quadro de empregados, com observância da jornada diária de trabalho, estipulada para cada categoria;

11 -exigir a apresentação de nota fiscal da Concessionária, pois consta como obrigação prevista em contrato, confere maior transparência aos procedimentos da empresa e permite melhor controle e fiscalização;

12 -instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às irregularidades averiguadas no acompanhamento da execução contratual em pauta e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao erário derivados da fiscalização insuficiente;

13 -apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante avaliado;

14 -no que for pertinente, acionar a empresa seguradora emitente da apólice de seguro de responsabilidade civil contratada pela Concessionária, com o fito de lograr-se o ressarcimento dos danos por ela causados a passageiros e terceiros, suportados pela Municipalidade de São Paulo ou pela SPTrans;

15 -adotar os procedimentos cabíveis de acordo com a garantia oferecida pela Concessionária e a época dos prejuízos, para fins de ressarcimento do montante aquilatado pelo descumprimento das obrigações contratuais;

16 -uma vez devidamente acionados a companhia seguradora e o banco prestador da fiança, apurar o valor remanescente dos prejuízos não cobertos pelo seguro e pela carta fiança para o fim de serem

promovidas as competentes ações de regresso para recuperação dos prejuízos causados pela Concessionária, incluindo os agentes públicos identificados neste processo e os demais que se verificarem igualmente responsáveis;

17 -endereçar a este Tribunal a relação das ações judiciais relacionadas à Concessionária nas quais ainda não exista sentença condenatória, mas que a Municipalidade de São Paulo ou a SPTrans figuram no polo passivo, enunciando todos os valores envolvidos em cada demanda, e a respectiva fase processual atual;

18 -informar este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do V. Acórdão a ser alcançado no Egrégio Plenário, sobre as providências adotadas e os respectivos resultados; e

19 -ficar cientificado de que, na hipótese de não proceder à apuração dos responsáveis e dos valores, na forma acima determinada, este Tribunal de Contas, com amparo nos artigos 79 a 84 do Regimento Interno, proporá a instauração de Tomada de Contas.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de ofícios, acompanhados de cópia de inteiro teor do relatório e voto do Relator e deste Acórdão:

1 -ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta ao Ofício da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, por onde tramita o procedimento PJC-CAP nº 515/04-4º PJ;

2 -ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo;

3 -à Câmara Municipal de São Paulo;

4 -à Controladoria Geral do Município de São Paulo.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após a expedição dos ofícios, a permanência dos autos em custódia na SFC, pelo prazo de 90 (noventa) dias, enquanto se aguarda o cumprimento das determinações dirigidas à Secretaria Municipal de Transportes e à São Paulo Transporte S.A.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de outubro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Há interesse do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito deste processo, pois instaurou procedimento investigatório sobre a qualidade dos serviços prestados pelos Concessionários do sistema de transporte público municipal.

Cuida o presente do Acompanhamento da Execução do Termo de Contrato de Concessão nº 702/03, tendo por objeto os serviços de transporte coletivo urbano de passageiros na Área 2 da Cidade de São Paulo, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a empresa Comercial Sambaíba de Veículos Ltda., atualmente denominada Sambaíba Tranportes Urbanos Ltda., cuja análise formal é objeto do TC nº 5.096/2003.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao elaborar o minucioso Relatório da matéria, ressaltou as dificuldades enfrentadas na obtenção de documentos e de dados junto à Secretaria Municipal de Transportes, que ocasionou o retardamento da tarefa de verificação do cumprimento das cláusulas contratuais, dos controles existentes a respeito das garantias contratuais e dos pagamentos efetuados.

Em síntese, no referido relatório, a Coordenadoria V assim concluiu:

"Ao analisar a situação atual do Sistema Municipal de Transportes Coletivos, verifica-se que a administração pública tornou-se refém dos próprios atos praticados: de um lado é pressionada pela população para prestação de um serviço essencial com qualidade a um preço justo, e por outro lado pelos concessionários/permissionários que querem elevar o valor da remuneração dos serviços que estão realizando, sem, contudo, implementar os investimentos devidos, ameaçando, inclusive, paralisar o Sistema, conforme amplamente noticiado no primeiro trimestre do ano [2006].

Destaque-se o total desvirtuamento da forma de remuneração licitada: o que era obrigação do concessionário (a renovação da frota) passou a ser 'premio', com adicional remuneratório.

Sem investimentos por parte dos concessionários, principalmente em relação aos bens que seriam reversíveis ao Poder Público, a concessão se descaracterizou, passando a ser um contrato de prestação de serviços.

Portanto, não se justifica o prazo de 10 anos, prorrogável por mais 5 anos, para diluir a taxa de retorno e de amortização da concessão concebida em seu modelo original, conforme previsto no edital.

Vislumbram-se, dessa forma, os efeitos altamente negativos resultantes do encaminhamento de um processo de licitação cujas condições operacionais não existiam à época (anos de 2002 e 2003) e que atualmente continuam pendentes de implantação, situação que poderá ensejar relevantes demandas judiciais em face do Poder Concedente.

À vista dos exames documentais, conclui-se que o serviço de transporte coletivo urbano de passageiros na Cidade de São Paulo não está sendo executado conforme os parâmetros que subsidiaram a licitação, que resultou na celebração do Termo de Concessão – Contrato nº 702/03 e, portanto, encontra-se IRREGULAR, por conta do descumprimento das seguintes cláusulas contratuais:

a) "Cláusula Terceira do contrato, subitem 3.11.4, pela não disponibilização de pelo menos 01 veículo por linha adaptado para acesso de pessoa portadora de deficiência (subitem 3.2.2-a).

b) Cláusula Terceira do contrato, item 3.12, pela manutenção de veículo com mais de 10 anos de fabricação na frota (subitem 3.2.2-c).

c) Cláusula Quarta do contrato, subitens 4.1.3 e 4.7, pela não comprovação do envio dos demonstrativos contábeis em conformidade ao 'Plano de Contas' previsto, devidamente auditados (subitem 3.2.4).

d) Cláusula Quarta do Contrato, subitens 4.1.11 e 4.3, pela falta comprovação da regularidade das empresas junto ao INSS, FGTS e Tributos Mobiliários (subitem 3.2.5).

e) Cláusula Quarta do contrato, subitens 4.8 e 4.9 e subitem 5.3.1.3 do Anexo 5.3 do Edital, pela não implantação do COC [Centro Operacional da Concessionária], COT [Centro Operacional de Terminais] e CCO [Centro de Controle Operacional] (subitem 3.2.6).

f) Cláusula Sétima do contrato, item 7.1 e subitem 6.1.7 do Anexo VI do Edital, pela não conformidade da remuneração dos serviços em relação aos parâmetros licitados, inclusive quanto ao Serviço Atende (subitem 3.2.7).

g) Cláusula Décima do Contrato, item 10.1 e item 15.3 do Edital, pela falta de garantia contratual em vigência (subitem 3.2.9).

h) Cláusula Décima Primeira do Contrato, item 11.1. e 11.1.1, e § 3º do art. 4º do Decreto 42.736/02, pela falta apólice de seguro de responsabilidade civil (subitem 3.2.10).

i) Cláusula Quarta do Contrato, itens 4.1.8, 4.8 e 4.9; Anexo VI do Edital, pela não realização de investimentos de responsabilidade do concessionário (subitem 3.2.11).

Registre-se também a falta de emissão de notas fiscais por parte dos concessionários, sem que a Secretaria Municipal de Transportes apresentasse a base legal para tal procedimento. A critério superior, estamos propondo emissão de ofício à Secretaria de Finanças para que esta se manifeste em relação à matéria tratada (subitem 3.2.7).

Em face de todo o exposto no presente, a Secretaria Municipal de Transportes, s.m.j., incorre em grandes falhas no acompanhamento da execução dos contratos de concessão".

A Auditoria esclareceu que "o Centro de Operação da Concessionária - COC tem por objetivo acompanhar o desempenho das linhas do sistema ao longo de toda a operação, atuando preventiva e corretivamente sobre os problemas, buscando tornar o transporte por ônibus confiável, eficiente, confortável (fls. 30/57 Anexo 5.3 Edital)."

"O Centro de Operação do Terminal – COT tem por objetivo a centralização das atividades de operação do terminal, recebendo e processando dados do COC, bem como de todos os dispositivos instalados no terminal, possibilitando dessa forma um atendimento rápido as ocorrências a fim de evitar a interrupção dos serviços prestados."

E o "Centro de Controle Operacional Integrado de Transporte e Trânsito - CCO objetiva viabilizar:

- um nível estratégico, através do qual será obtida uma visão integrada do Sistema de Transporte e Trânsito, envolvendo indicadores gerais de desempenho/qualidade dos serviços, notícias on-line, síntese da situação operacional da Cidade, situação de alertas e ocorrências em andamento;

- um nível gerencial, que propiciará a monitoração, fiscalização e supervisão do desempenho de atendimento, envolvendo atuação por área/consórcio, postos de controle integrados transporte e trânsito e coordenação das ações de operação de rotina e de contingências;

- um nível operacional, que efetuará a orientação, o controle e a fiscalização das condições operacionais de prestação de serviços, envolvendo controle de terminais e pontos de parada, controle dos corredores estruturais, controle de linhas, controle de fluidez e segurança e atuação sobre incidentes viários e da frota.

No subitem 5.3.1.3 do Anexo 5.3 do Edital foi estabelecido que é de responsabilidade das concessionárias das oito áreas a implantação completa do CCO .. em condições perfeitas de funcionamento."

Os titulares da Coordenadoria V e da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, por sua vez, endossaram as conclusões alcançadas no Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual e acrescentaram:

"À vista do exposto, que acompanhamos, submetemos o presente à elevada apreciação e deliberação de Vossa Excelência, destacando a seriedade quanto à falta de análise por parte do Poder Concedente da situação financeira e fiscal e demais obrigações contratuais das concessionárias, acompanhamento que deveria ser realizado com intuito preventivo, para que não sejam adotadas futuramente apenas medidas corretivas com alto custo aos cofres públicos".

A Secretaria Municipal de Transporte foi oficiada a fim de que se manifestasse sobre as irregularidades apontadas pela Auditoria e apresentou as seguintes considerações:

1 – preliminarmente, entendeu superada a discussão acerca da Licitação nº 12/02, da qual derivou o contrato cuja execução ora se analisa, ao argumento de que o Pleno deste Tribunal de Contas a julgou em conformidade com a Lei Municipal nº 13.241/2001 e com a Lei Federal nº 8.987/95, por meio do Acórdão lavrado no TC 920/2003;

2 – "os contratos de concessão e de permissão assinados em janeiro de 2003, diferiram, no seu conteúdo, em muitos aspectos do modelo preconizado pelos editais das Concorrências nº 012/02 e 013/02, e, mesmo, das minutas de contrato a eles anexas";

3 – os apontamentos da Auditoria estão embasados em informações geradas pela Prefeitura do Município de São Paulo que, "agindo com seriedade administrativa, apresentou aos próprios concessionários, a tempo e hora, todas as questões abordadas no relatório fiscal ora em debate", que não trouxe fatos novos;

4 – o novo Sistema de Transporte, além de complexo e decorrer de período de "transição levada aos 'trancos e barrancos' pela Gestão anterior", com indícios de inúmeras "não conformidades", está lastreado em lei então recente, "promulgada em 2001, regulamentada em 2002, implantado parte em 2003 e parte em 2004";

5 – na Gestão seguinte, "a Municipalidade teve que decidir entre duas alternativas: rescindir os contratos ou procurar corrigir tais discrepâncias. Optou pela segunda alternativa, em razão da natureza essencial do serviço de transporte público, da sua dimensão na Capital e da complexidade do problema", abrindo "duas frentes de saneamento aos problemas encontrados: tratar o contrato e tratar sua execução";

6 – no tocante ao contrato, no início de 2005, “a remuneração dos concessionários passou a ser realizada como preconizado pelos editais da licitação realizada: com base no número de passageiros transportados”;

7 – relativamente à execução contratual, diante da desorganização encontrada no sistema de transporte coletivo, em 2005, a ação da Administração Pública foi transparente, sistemática e eficaz, decidindo-se pela supremacia do interesse público, ao implantar um plano gerencial para promoção das adequações necessárias à continuidade do serviço público essencial;

8 – no item relativo ao número mínimo de veículo adaptado por linha, para acesso de pessoa portadora de deficiência, o relatório de fiscalização não retrata a real situação, pois a planilha apresentada demonstra que os veículos nessas especificações superam o número de linhas do Subsistema Estrutural, observando-se que em algumas linhas as vias do trajeto não comportam a circulação desse tipo de ônibus;

9 – o número de veículos “ATENDE”, fixado na Tabela 27 do Anexo VI do Edital, é mera indicação e não critério, pois depende da necessidade desse serviço especial em cada área;

10 – a questão da idade da frota vem sendo tratada pela Administração, que firmou acordo com os concessionários para a devida substituição dos veículos com mais de 10 anos de fabricação, de modo a “ajustar a situação contratualmente ideal”, proteger o erário e evitar a turbulência no mercado de veículos;

11 – o contrato não impõe a apresentação periódica dos demonstrativos e balanços das concessionárias, e sim a sua disponibilidade para exibição quando requerida pelo Poder Público e, no tocante ao envio de balancetes semestrais e anuais, devidamente auditados, foi objeto de Termo de Compromisso celebrado com os concessionários, obrigação essa cumprida majoritariamente, sendo certo que a Via Sul não ofereceu tais documentos contábeis;

12 – é juridicamente ilegal requerer toda folha de pagamento das concessionárias e de suas coligadas, pois ultrapassa a conferência da regularidade das obrigações pecuniárias compulsórias exigidas pelo FISCO e pelo próprio Edital de licitação e pelo contrato;

13 – a inexistência de algumas certidões correspondentes à regularidade fiscal constou como “não conformidade” no Termo de Compromisso de 31 de março de 2006, visto que muitas das cobranças do Poder Público a respeito da matéria não estavam surtindo efeito;

14 – “a questão da implantação dos COT, COC e CCO já havia sido decidida pela gestão anterior, no sentido de transferir tal obrigação para a São Paulo Transporte S.A.”, ressaltando “que esses investimentos jamais foram remunerados, uma vez que os referidos valores foram expurgados da planilha de custos utilizada para o cálculo da remuneração” dos concessionários;

15 – em julho de 2006, mediante o 1º Termo de Aditamento, os concessionários comprometeram-se a adquirir, instalar e disponibilizar para operação, com a confiabilidade especificada pelo projeto, os "Automatic Vehicle Location" – AVL, na totalidade de suas frotas, conforme especificação técnica e funcional do Sistema Integrado de Monitoramento – SIM;

16 – a respeito da remuneração e pagamento em desacordo com os parâmetros licitados, reproduziu parte da justificativa que apresentou no TC 1.193/07, acerca da legitimidade do método utilizado para cálculo da remuneração, concluindo que, independentemente dos mecanismos adotados, "é certo que os concessionários não tiveram perdas";

17 – após o episódio das malfadadas "garantias falsas", esta gestão regularizou a questão das garantias contratuais, ressaltando que a Administração, caso haja qualquer fato que fundamentaria a execução da garantia contratual, terá sempre, em mãos, a remuneração dos concessionários, que poderá, a qualquer tempo, ser retida;

18 – as ações judicias relacionadas às fls. 303/304, intentadas contra a SPTrans em face de danos morais e materiais causados por concessionários do serviço público de transportes, "foram ajuizadas antes da concessão dos serviços de transporte, contratada em 2003. Não retratam a situação presente, nem podem ser consideradas para imputar eventual responsabilidade do Poder Público Municipal na espécie";

19 – sobre a falta ou insuficiente cobertura da apólice de seguro, "o contrato de concessão é expresso em afirmar que a garantia da segurança e integridade física dos usuários, passageiros, dos referidos serviços, pertence aos concessionários" (cláusula quarta);

20 – a gestão posterior "encontrou os contratos de concessão, após um ano e meio de vigência, sob a égide de um denominado 'período de transição', durante o qual nenhum investimento, ou quase nenhum foi realizado por parte dos concessionários, nem sequer na renovação de frota, como restou comprovado";

21 – todo o modelo preconizado nos editais havia sido substancialmente alterado, como se comprova da decisão que culminou com a contratação pela São Paulo Transporte S.A. da empresa Cobra Tecnologia S.A., exatamente, para realizar boa parte dos investimentos que, originalmente, havia sido previsto como de responsabilidade dos concessionários.";

22 – "diante desse quadro caótico, mostrou-se necessário traçar um Raio X de todo o Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, e, a partir dos dados levantados estabelecer um plano gerencial para promoção das adequações necessárias à execução contratual";

23 – quando da licitação das concessões em 2002/2003, adotou-se como metodologia o valor presente do fluxo de caixa descontado (VPFCD), que não chegou a ser praticado porque "a cláusula 19 do contrato, espécie de novação em relação à minuta do contrato anexo ao Edital, (...) suspendia a aplicação de diversas cláusulas contratuais, inclusive aquelas que tratavam de investimentos"; e

24 – "diante das inúmeras não conformidades em relação ao modelo de sistema e aos contratos de outorgas (explicitadas e consolidadas no 'Termo de Compromisso' assinado em março de 2006)", optou-se "por utilizar a tradicional 'planilha de custo-padrão', já adotada para a definição das tarifas, também para a fixação dos valores remuneratórios. E, a planilha não considerava tais investimentos, a não ser aqueles relativos à renovação de frota (...)".

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em sua manifestação, consignou, previamente, que "os procedimentos de auditoria para verificar a execução dos serviços tiveram por base as cláusulas contratuais licitadas, as quais, atendendo ao Princípio da Legalidade, deveriam ser as efetivamente executadas, excluindo-se as Disposições Transitórias" insertas na cláusula 19, introduzida no momento da assinatura do contrato, as quais provocaram uma alteração significativa das regras previstas no Edital de licitação, suspendendo o cumprimento de diversos itens durante a "fase de transição" do antigo para o novo modelo.

Desconsiderou, ainda, as posteriores disposições do Termo de Compromisso de 2006 e do respectivo Aditivo, pois julgados irregulares pelo Plenário deste Tribunal.

Após, enfocando cada ponto contido na justificativa oferecida pela Secretaria Municipal de Transportes, a Auditoria assim avaliou:

1 – "Em relação às considerações da Secretaria de Transportes, as mesmas corroboram as conclusões que reiteradamente têm sido apontadas pelo corpo técnico deste Tribunal: no sentido de que a atual organização dos serviços do Sistema de Transportes Coletivos Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo efetivamente não corresponde aos parâmetros constantes da Lei Municipal nº. 13.241/2001, de 12 de dezembro de 2001, além de possibilitar relevantes demandas judiciais em face do Poder Público";

2 – no que toca a alegação de que no Subsistema de Transporte, como um todo, a quantidade de veículos adaptados supera o número de linhas do Subsistema Estrutural, não elide a infringência cometida pela Sambaíba ao dispor, à época, de 93 (noventa e três) adaptados para as 94 (noventa e quatro) linhas operadas, quando o subitem 3.11.4 prevê um veículo acessível por linha;

3 – que a pretensa incompatibilidade entre e a renovação da frota e a capacidade da indústria para produzir um elevado número de veículos, em curto espaço de tempo, além de não ter restado comprovado, não justifica o fato

de a Sambaíba operar com 148 (cento e quarenta e oito) veículos fabricados em 1995, ou seja, à época, com 11 anos de idade, registrando a idade média da frota de 5 anos e 6 meses, quando os subitens 3.12 e 3.12.1 exigem, respectivamente, veículos com até 10 anos de fabricação e idade média de 5,5 anos para a frota.

4 – que a argumentação da Origem, segundo a qual não haveria obrigatoriedade contratual da apresentação, pelo Concessionário, dos demonstrativos contábeis, resta insubsistente diante do item 4.7 do contrato, obrigando à apresentação de "balancetes semestrais, em conformidade com o 'Plano de Contas' – Anexo 8.18 do Edital, e, anualmente, fazer publicar os balanços e Demonstrativos de Resultado, já exigíveis, auditados por empresa de auditoria especializada"; "Independentemente da forma, o que se procura com essas exigências é o imprescindível acompanhamento pelo Poder Público para verificação da manutenção de boas condições financeiras e econômicas dos concessionários que garantam a plena execução do contrato".

5 – que a não comprovação do envio dos demonstrativos contáveis da Sambaíba e suas cotistas (Rápido Luxo Campinas Ltda. e Tuca Transportes Urbanos Campinas Ltda., detentoras de 30% de suas quotas de capital), devidamente auditados e a não manutenção dos índices econômico-financeiros, infringem as exigências que visam garantir a plena execução do contrato, insertas nos subitens 4.1.3, 4.3, 4.5, 4.7 do contrato e 8.5.4.2 e 8.5.3.3 do Edital;

6 – que não pode o administrador contentar-se apenas, ainda que de forma eventual, com a apresentação das certidões negativas, que não garantem o recolhimento integral das obrigações junto ao INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social) e ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), sobretudo levando-se em conta a vultosa soma de recursos contratados e o elevado valor da mão de obra envolvida, daí porque pertinente a exigência mensal do resumo da folha de pagamento e das guias de recolhimento dos encargos correspondentes, de todas as empresas envolvidas. Não tendo havido tal comprovação, restaram descumpridos os subitens 4.1.11 e 4.3 do contrato;

7 – que a justificativa de que a falta de investimentos imputados aos concessionários, decorreu de posterior resolução da gestão da época, que transferiu essas obrigações para a São Paulo Transporte, com o expurgo dos respectivos valores da planilha de custos para cálculo da remuneração, além de implicar na descaracterização do objeto de concessão dos serviços de transporte público de passageiros, implicou em renúncia com potencial prejuízo para a Municipalidade de São Paulo, considerando que são díspares as formas de remuneração que subsidiaram a licitação e aquelas que são adotadas atualmente. Tendo havido alteração contratual com dispensa de realização de investimentos, especialmente aqueles reversíveis ao Poder Público, restaram descumpridos pela Sambaíba os subitens 4.8 e 4.9 do contrato e os 5.3.1.3 do Anexo 5.3 do Edital;

8 – que os critérios para pagamento da remuneração dos Concessionários não fazem parte do contrato, eis que realizados com base em Portarias emitidas pela Secretaria Municipal de Transportes, agravado pela falta de

emissão de nota fiscal relativa aos valores faturados, contrapondo-se ao disposto no item 6.1.7 do Anexo VI do Edital, com margem de resultar ajuizamento de demanda judicial;

9 – que a ausência de garantia contratual em vigência ("solicitamos à SMT a apresentação da garantia de R$ 13.000.000,00 exigida para a prestação dos serviços por parte da Sambaíba (fls. 94 e 107). Oito meses após, em sua atual manifestação de 04.05 do corrente ano [2007] (fls. 369/370), persiste o não atendimento do quanto solicitado"), revela uma "certa condescendência para regularizar as falhas apontadas", ressaltando que o episódio das "malfadadas garantias falsas", não foi objeto de imputação de responsabilidade, tampouco de aplicação de sanção às concessionárias. E, também, que não tendo havido a comprovação de que "regularização da fiança bancária", resta confirmada a infringência à cláusula 10.1 do contrato, ficando a Municipalidade de São Paulo "à mercê de eventuais riscos de natureza econômico-financeira que venham a atingir as concessionárias durante a fase de execução contratual";

10 – que a obrigação de apresentar apólice de seguro de responsabilidade civil, prevista em contrato e no Decreto Municipal nº 42.736/02 foi "radicalmente descumprida pela Sambaíba", não coibida pela Origem "de forma incisiva, utilizando as sanções previstas em contrato", o que eleva o risco de indenizações em face da Administração Pública, que ficou inerte a ponto de não exigir o seguro contratual e de sequer ter ingressado com ações de regresso contra as concessionárias, em afronta ao avençado no contrato nas cláusulas 11.1 e 11.1.1 e ao previsto no § 3º do art. 4º do então vigente Decreto Municipal nº 42.736/02;

11- que, embora a Origem tenha alegado, não fez prova de que as ações judiciais de responsabilidade civil contra a SPTrans foram ajuizadas antes da concessão de serviços de transporte, contratada em 2003 e ainda sustenta que tal responsabilidade não pode ser imputada ao Poder Público Municipal, quando se constata que a condenação da SPTrans em várias ações de vulto, representa ônus patrimonial para a Municipalidade de São Paulo;

12 – que indiscutivelmente, a atual Administração Municipal recebeu a herança dos contratos de concessão já descaracterizados e com diversas irregularidades, mas, rigorosamente, não se pode fazer distinção entre as duas Gestões Municipais, que deixaram de implantar o regime de concessão previsto no processo de licitação, em flagrante violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia preceituados no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93;

13 – que as infringências, inicialmente anotadas pela Auditoria, foram ratificadas, ressaltando-se que de tal desvirtuamento na execução contratual resultou em pesado ônus para o Município de São Paulo com aporte recursos públicos em investimentos previstos no Edital, obrigação essa de responsabilidade dos concessionários.

Foram expedidos ofícios à Secretaria Municipal de Transportes para tomar ciência da manifestação da Auditoria e à Secretaria Municipal de Finanças com o intuito de informar sobre a emissão de nota fiscal pelas empresas prestadoras de serviços de transporte público de passageiros.

E os agentes públicos responsáveis pelas áreas auditadas e pela fiscalização da execução do Contrato foram intimados, em respeito ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

A Secretaria Municipal de Finanças informou que de conformidade com a Lei Municipal nº 8.593/77 foi concedida isenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) às empresas permissionárias da exploração do transporte coletivo de passageiros no Município de São Paulo, outorgadas pela então Companhia Municipal de Transportes Coletivos – CMTC, isenção essa extensiva às empresas contratadas para o mesmo serviço, nos termos das Leis Municipais nºs 8.424/76 e 8.579/77.

E, no tocante à emissão das notas fiscais emitidas pelas concessionárias, ressaltou "que no Anexo I da Portaria SF nº 014/2004, o transporte público por ônibus, prestado por concessionárias e permissionárias, é expressamente dispensado da obrigatoriedade de emissão e escrituração de livros e documentos fiscais."

A Secretaria Municipal de Transportes encaminhou justificativas, documentos (parte deles já constantes do processo) e concisas informações prestadas pela área técnica da São Paulo Transporte, nos seguintes termos:

1 – "A empresa possui 147 linhas com veículos adaptados, para um total de 99 linhas base (linhas que exigem PPD)".

2 – "A idade média da frota vinculada à área 2 é de 4 anos e 4 meses. Não constam veículos com mais de 10 anos de fabricação".

3 – "A empresa apresentou as demonstrações contábeis relativas ao exercício findo em 31 de dezembro de 2007 e findo em 30 de junho de 2008, dentro das exigências estabelecidas".

4 – "A empresa apresentou as certidões atualizadas, conforme demonstrativo anexo", referindo-se à comprovação de regularidade junto ao INSS, FGTS e aos Tributos Mobiliários.

5 – "Não há informações adicionais a serem fornecidas" no tocante à falta de implantação do COC, COT e CCO.

6 – "O Termo de Aditamento nº 03 ao Contrato nº 702/03 [tem por] objeto a aplicação de reajuste e reequilíbrio econômico-financeiro entre as áreas operacionais ao valor de remuneração por passageiro registrado e a definição

do complemento de remuneração em função da renovação da frota, a partir da operação de 01.03.08."

7 – "A concessionária apresentou garantia contratual, com vigência até 20.07.2009".

8 – "As empresas contrataram e apresentaram apólice de seguro de responsabilidade civil".

9 – A "Cláusula Quarta do Contrato, itens 4.1.8, 4.8 e 4.9; Anexo VI do Edital, trata da não realização de investimentos de responsabilidade do concessionário."

10 - "Com relação a questão de AVL's (Automatic Vehicle Location), 99,6% [noventa e nove vírgula seis por cento] da frota patrimonial encontra-se equipada...em obediência aos aditamentos 2 e 3 ao Termo de Compromisso".

No tocante às defesas apresentadas, o ex-Diretor Presidente da SPTrans limitou-se a expor sua impossibilidade "de atender e esclarecer essa Corte de Contas de maneira satisfatória", por não dispor de informações detalhadas sobre as questões técnicas, colocando-se à disposição para oferecer eventuais esclarecimentos complementares, após conhecer o teor da resposta da SPTrans.

O Signatário do Ajuste, a seu turno, alegou ilegitimidade de parte, ao argumento de que sua atuação à frente da Secretaria Municipal de Transportes findou no ano de 2004 [dezembro], enquanto que o presente processo refere-se ao período de 11/09/06 a 13/12/06.

No mérito, alegou que:

1 – o contrato e respectivos termos de aditamento foram analisados em ocasião pretérita;

2 – eventuais irregularidades devem ser encaradas como meros vícios formais, haja vista a inexistência de prejuízo ao Erário, o atendimento do interesse público e a boa-fé do Interessado, por isso não há que se falar em nulidade ou aplicação de qualquer sanção; e

3 – aplicável ao caso, também, "o princípio da insignificância, segundo o qual é admissível afirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, conformam ações irrelevantes".

Por sua vez, o Secretário Municipal de Transportes, em exercício no período de janeiro de 2005 a agosto de 2007, aduziu o seguinte:

1 – O Termo de Compromisso, desconsiderado na análise da Auditoria, teve por objeto sanear as irregularidades dos Contratos de Concessão, das não-conformidades decorrentes da introdução das “Disposições Transitórias”, divergentes das regras editalícias fixadas, sendo “um verdadeiro Aditivo Contratual” que está de acordo com a lei.

2 – O exame do Contrato de Concessão, enfocou determinados deveres e obrigações das partes, “inexistentes no mundo real (só existentes no papel...”), uma vez que foram modificados pelas “Disposições Transitórias” introduzidas no ajuste, em descompasso com os parâmetros do edital. “Logo, não existem no mundo real. Por consequência, é absolutamente impossível o serviço de transporte ser executado com obediência a parâmetros inexistentes”.

3 – O trabalho da Auditoria tornou-se inócuo ao desconsiderar tais modificações e o Termo de Compromisso foi formalizado como alternativa para a não rescisão dos 7 (sete) contratos, que exigiria nova e tumultuada licitação e, até seu deslinde, necessária seria a contratação emergencial, medida “que não se mostrou prudente uma vez que os Termos de Concessão em vigência eram decorrentes de regular procedimento licitatório”.

4 - “Houve atendimento aos princípios da supremacia do interesse público na execução, da eficiência, da economia processual, da razoabilidade, da lógica jurídica, entre outros de igual importância.”

O Coordenador de Gestão dos Contratos do Sistema Interligado da Secretaria Municipal de Transportes, na função, no período de 14/05/2004 a 31/12/2004 e, a partir de 02/01/2005, no cargo de Diretor da São Paulo Transportes – SPTrans, requereu sua exclusão do feito, argumentando que:

1 – as irregularidades apontadas não decorreram de ato de gestão ou de omissão do Interessado;

2 – o relatório técnico da Auditoria abrange a execução do contrato desde sua assinatura até o final de 2006 e a respeito da responsabilidade única e exclusiva do Interessado nada foi apontado;

3 – a alegação da Administração subsequente haver “recebido como espólio uma situação administrativa com indícios de inúmeras ‘não conformidades’ em razão da transição”, não especificou quais seriam tais impropriedades nem a extensão da contribuição do Interessado para elas ocorressem; e

4 - no período em que exerceu o cargo de Coordenador, adotou as providências que cabiam para manter o contrato regular.

Em razão das graves irregularidades apuradas na Execução do Contrato nº 702/03, a Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. foi intimada para tomar ciência do presente processo, exercer seu direito de defesa, acompanhar a tramitação do feito até final decisão e, ainda, apresentar os

documentos especificados, complementares à análise encetada por este Tribunal de Contas.

Enquanto se aguardava a fluência do prazo regimental para o Concessionário atender a precitada intimação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisou as manifestações das Secretarias Municipais de Finanças e de Transportes, bem como as defesas oferecidas pelos agentes públicos, assim concluindo:

a- "O Termo de Compromisso não saneou os contratos nem buscou reconduzi-los às condições licitadas, mas tratou apenas de cláusulas permanentes que não vinham sendo cumpridas pelos concessionários"

b- "Os agentes públicos responsáveis pela gestão da concessão tinham o dever de adotar todas as providências necessárias para reconduzir o contrato às condições licitadas. É fato notório que parte daquelas condições previstas inicialmente foram implementadas nos meses seguintes à contratação (sistema integrado, bilhetagem eletrônica e contratação de todo o subsistema estrutural e todo o subsistema local). Quanto aos terminais provisórios, também mencionados no Esclarecimento nº 04, a própria SMT considerou que " a opção pelo período de transição acabou por tornar desnecessária a concepção dos terminais provisórios" (Anexo VI – versão atualizada pela SMT em 01/12/2004 – documento que considerou encerrada a fase de transição)."

c- "Tanto a gestão que se encerrou em 2004 quanto a que se iniciou em 2005 consideraram finda a fase de transição. Não é razoável, portanto, considerando parâmetros da lógica e das boas práticas administrativas, aceitar que a Administração não tenha aditado os contratos, à época, a fim de reconduzi-los às condições licitadas ou, ao menos, aproximando-os daquelas condições. Pelo contrário, permaneceram os concessionários dispensados de realizar os investimentos em bens reversíveis."

d- razões pelas quais todos os agentes públicos intimados nos autos devem responder pela ausência de formalidade das providências acima apontadas no período em que exerciam cargos na Secretaria Municipal de Transportes e na SPTrans;

e– "Segundo informação da SPTrans, em 23.01.09, a idade dos veículos e a idade média da frota estavam compatíveis com o disposto no contrato na Área 02 (fl. 696); não se contestou a ocorrência apontada no relatório para o período do acompanhamento da execução [2006]"

f– Quanto às demonstrações contáveis apresentadas, "pudemos observar que a situação financeira, patrimonial e econômica da empresa é péssima; também constatamos relevante capital de giro próprio negativo. A nota de "contingências" limitou-se a mencionar genericamente impostos e contribuições, sem levar em conta contingência de natureza trabalhista e cível.

Entendemos que as providências adotadas pelo Poder Concedente, solicitando as demonstrações e realizando análises, estão muito aquém do necessário. A exigência não é apenas mero cumprimento formal de cláusula contratual".

g– No tocante à situação da empresa junto ao INSS, ao FGTS e em relação aos tributos mobiliários, "segundo informações da SPTrans, em 27.01.09, a situação das empresas era regular (fl. 677); porém não foram juntadas cópias das certidões ou consultas realizadas. Não há comentários quanto à situação anterior."

h– a falta de garantia contratual no período auditado não foi contestada, nem foi apresentada cópia da carta de fiança vigente;

i– embora informada a posterior apresentação de apólices de seguro de responsabilidade civil dos veículos da frota, não foram anexadas as cópias respectivas e nada se mencionou quanto à situação verificada no acompanhamento da execução;

j– a falta de justificativa para a não implantação do COC, COT e CCO, a não realização de investimento e o descumprimento do critério de remuneração previsto em contrato, endossa a perpetração das irregularidades verificadas nesses itens.

k– no tocante à isenção de ISS e a desobrigação de emissão de nota fiscal pelos Concessionários, foi ressaltado que os contratos atuais foram firmados pela Secretaria Municipal de Transportes com fundamento na Lei Municipal nº 13.241/01, que não se aplicando, em consequência, a legislação citada nas manifestações da Secretaria das Finanças.

Não obstante, que em razão da competência, foi acatado o parecer da Pasta das Finanças.

Em acréscimo, ressaltou as críticas depreciativas ao relatório técnico do TCM, contidas na defesa apresentada pelo ex-Secretário, e teceu as seguintes considerações sobre a Execução Contratual nos moldes em que se opera:

"É inegável que o Poder Público melhorou seus controles e obteve avanços quanto à observância de algumas das condições pactuadas com os concessionários. Porém verificamos que o Poder Concedente não exerce, devidamente, o poder-dever de fiscalização, notadamente quanto à situação econômica-financeira das empresas e regularidade fiscal.

Neste aspecto, ressaltamos nossa preocupação com os riscos de deterioração e descontinuidade do serviço prestado e ainda de responsabilidade subsidiária da Administração por eventuais débitos das concessionárias.

Cláusulas relevantes não estão sendo cumpridas pelos concessionários, expondo o sistema de transporte coletivo de passageiros a riscos de paralisação, demandas judiciais, dificuldades operacionais e prejuízos financeiros, com degradação dos serviços prestados.

Constatamos que o Poder Público, ao invés de punir os concessionários pelo não cumprimento do contratado, concedeu diversas oportunidades para solução das situações irregulares, notadamente com o "Termo de Compromisso" sem que tivessem sido obtidos resultados suficientes.

Verificamos que as regras de remuneração definidas na licitação, com método de fluxo de caixa, considerando investimentos em bens reversíveis e não reversíveis, não foi em nenhum momento adotado na execução contratual. Diversos critérios foram adotados desde a contratação gerando insegurança jurídica, prejudicando o planejamento, e risco de demandas judiciais, tornando o sistema vulnerável a descontinuidade e deterioração.

A SPTrans não dispõe atualmente de um controle efetivo dos custos/gastos incorridos na operação dos serviços, dependendo de informações dos operadores.

Ressalte-se que este nível de "necessidade de controle" dos custos/gastos dos concessionários decorre da alteração promovida pelo Poder Público da forma de remuneração.

A Administração tem arcado com aportes crescentes de recursos orçamentários para o sistema. Os investimentos em bens reversíveis previstos na licitação estão sendo totalmente assumidos pelo Poder Público. Quanto aos bens não reversíveis como frota e AVLs [Automatic Vehicle Location], quando adquiridos, têm sido diretamente remunerados aos concessionários.

Quanto a outros investimentos, considerando apenas a operação dos terminais, em 2008 o valor apurado foi de R$ 93.272-168,00 [noventa e três milhões, duzentos e setenta e dois mil cento e sessenta e oito reais], tendo sido pago com recursos da Conta Sistema apenas R$ 24.562.387,00 [vinte e quatro milhões, quinhentos e sessenta e dois mil trezentos e oitenta e sete reais], resultando em diferença de R$ 68.709.781,00 [sessenta e oito milhões, setecentos e nove mil setecentos e oitenta e um reais] suportada pela SPTrans e/ou SMT (valores informados pela Superintendência de Receita e Remuneração da SPTrans).

A situação das empresas operadoras do subsistema estrutural do transporte coletivo é sui generis: têm prerrogativas de concessionárias sem serem obrigadas a realizar quaisquer investimentos em bens reversíveis.

A ausência de investimentos e as formas de remuneração até aqui adotadas indicam uma completa descaracterização da relação existente como concessão. De fato, não temos uma situação em que os concessionários exploram o serviço outorgado por sua própria conta e risco.

Consideramos que o interesse público reclama uma solução séria e definitiva para os problemas do transporte coletivo na Cidade de São Paulo. Tendo em vista as conclusões alcançadas em diversos relatórios desta Coordenadoria que se ocuparam do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, consolidamos a seguir as possíveis ações da Administração nesta questão:

O abandono, na prática, das cláusulas características de uma concessão, mostra claramente que a opção adotada mostrou-se inviável técnica e economicamente; de tal forma que não atendeu, e nem poderia atender, ao propósito de garantir o serviço adequado, ou seja, nos termos da Lei Federal nº 8.987/95, satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade da tarifa.

Concluímos que as desconformidades verificadas na prestação do serviço público, os riscos e a insegurança jurídica da situação do subsistema estrutural exigem do Poder Concedente atitudes firmes e responsáveis a fim de dar cumprimento à sua atribuição constitucional de garantir a prestação do serviço, conforme artigos 30, inciso V, e 175, caput, da Constituição Federal".

Em suma, entendeu que permaneceram inalteradas as constatações apontadas, por isso a Auditoria manteve a conclusão inicial no sentido de que a Execução do Termo de Concessão da Área 02 – Contrato nº 702/03, "no período de 11/9 a 13/12/06 foi irregular."

A Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., em resposta à intimação recebida, apresentou documentação tardiamente, considerada incompleta pela Auditoria, motivo pelo qual dada ciência do assunto à Secretaria Municipal de Transportes, que informou haver lavrado Boletim de Irregularidade em razão da empresa haver descumprido a determinação de apresentar os documentos solicitados por este Tribunal, quando deveria atuar como gestor do contrato e fiscalizar o total cumprimento de suas cláusulas, exigindo e analisando, rotineiramente, os documentos contábeis e fiscais, e cobrando o saneamento das infringências apuradas, com a aplicação das multas pertinentes.

Em acréscimo à discussão acerca do descumprimento das cláusulas contratuais, outro item contratual, igualmente descumprido, passou a ser tema frequente nos canais de reclamação e de comunicação dos interessados, qual seja, a acentuada piora na qualidade do serviço de transporte coletivo no Município de São Paulo, com a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo, em face das matérias jornalísticas juntadas aos autos.

As denúncias de atraso nas viagens, de superlotação, de diminuição da quantidade de ônibus em circulação, das condições insatisfatórias de limpeza e de manutenção dos veículos, originaram a abertura, neste Tribunal de Contas, de procedimentos fiscalizatórios para a realização de inspeção surpresa nos terminais, em períodos e em dias diversos, motivo pelo qual esse aspecto operacional é examinado em procedimento autônomo.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo em sua manifestação registrou, inicialmente, que a questão da inserção da cláusula transitória é matéria de análise formal do Contrato 702/03, objeto do TC 5096/2003, e a "a própria Administração municipal considerou finda essa fase, do que se infere que os contratos deveriam ter sido reconduzidos às condições licitadas".

Quanto às irregularidades apontadas pela Auditoria, "tendo em vista a natureza do trabalho determinado pela ordem de serviço, essencialmente prática, acompanho[u] integralmente as conclusões da Área Técnica por seus próprios fundamentos, conclusões esta que, conforme já mencionado, abrangem também itens contratuais que não foram alterados pela cláusula transitória".

No tocante à resposta da Secretaria de Finanças asseverando estarem as empresas de transporte público dispensadas da emissão de documentos fiscais e isentas do recolhimento do ISS, nos termos da Lei Municipal nº 8.593/77, deixou a critério superior a aceitação ou não do esclarecimento, tendo em vista que a apresentação de nota fiscal é obrigação prevista no Contrato de Concessão, celebrado com amparo na Lei Municipal nº 13.241/01.

Por fim, a Assessoria Jurídica acompanhou "a Auditoria em suas conclusões" e opinou "pelo não acolhimento da execução no período auditado".

A Procuradoria da Fazenda Municipal aduziu que "a execução do presente ajuste, por ser longa e complexa, se implementando no curso do tempo, envolve inúmeros aspectos e variadas obrigações, os quais devem ser analisados, sempre que possível, em face da realidade fática e mutante da cidade, de tal sorte que as dificuldades inerentes ao serviço de transporte sejam enfrentadas pontualmente".

Afirmou que as justificativas da Secretaria Municipal de Transportes evidenciou-se o esforço do Poder Público em melhorar o serviço municipal de transporte público, motivo pelo qual requereu o acolhimento da execução em análise ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ficando ao elevado critérios do Pleno a expedição de eventuais recomendações à Origem.

A Secretaria Geral realçou o confronto ao qual a Administração Pública está submetida, eis que, "responsável pelo Sistema Municipal de Transporte se vê diante de uma situação que, se por um lado, e por dever legal, tem que prestar um bom serviço de transporte para os usuários do sistema, por outro, enfrenta pressões dos concessionários/permissionários, prestadores destes serviços, exigindo mais e mais vantagens. Com isso, deixam de implementar os investimentos necessários ao sistema para uma melhor prestação dos serviços" e, não havendo tais investimentos, "principalmente os relativos aos bens reversíveis ao Poder

Público, a concessão se descaracterizou e se transformou em um contrato de prestação de serviços."

Prosseguindo, ponderou que as "irregularidades apontadas devem ser enfrentadas levando-se em conta a questão social embutida no Sistema Municipal de Transporte, objeto desta concessão, cuja gestão é de responsabilidade de Poder Público". E, se diante da "gravidade das irregularidades ...não se pode fechar os olhos e desprezar os mencionados apontamentos ..., por outro lado, trata-se de serviço de utilidade pública, que não se pode sofrer interrupção na sua prestação, sob pena de se provocar um verdadeiro colapso na cidade."

"Não obstante tais considerações, entendo que os responsáveis poderão ser responsabilizados pelos danos e eventuais prejuízos causado ao Erário, evitando-se mais prejuízos aos contribuintes e usuários deste meio de transporte."

Finalizou seu pronunciamento, concluindo: "não obstante as ponderações antes efetuadas, dada a natureza do acompanhamento da ordem de serviço, essencialmente fática, permito-me acompanhar integralmente as conclusões alcançadas pelo Órgão Auditor, ladeadas pela AJCE [Assessoria Jurídica de Controle Externo] e opino pelo não acolhimento da execução do período auditado, sem embargo das recomendações e determinações .... pertinentes."

É o relatório.

VOTO

Há interesse do Ministério Público do Estado de São Paulo a respeito deste processo, pois instaurou procedimento investigatório sobre inúmeras denúncias de usuários relacionadas à qualidade dos serviços prestados pelos Concessionários do sistema de transporte público municipal.

Em sede de acompanhamento da execução do Contrato de Concessão nº 702/03, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle constatou a existência de graves irregularidades, retro enunciadas.

A Auditoria registrou, ainda, a falta de emissão de notas fiscais por parte dos concessionários, sem que a Secretaria Municipal de Transportes apresentasse a base legal para tal procedimento e destacou, em seu Relatório, a existência de indevido benefício financeiro concedido pela Prefeitura Municipal, não previsto no edital da Concorrência nº 12/02, nem na minuta do contrato, consubstanciado no 2º Termo de Aditamento ao Termo de Compromisso, de 17/10/2006, prorrogando o prazo para o pleno funcionamento dos AVLs (Automatic Vehicle Location) além de efetuar o ressarcimento das despesas com aludidos equipamentos, mediante o acréscimo à remuneração e introduzir novo cronograma para a renovação da frota de veículos.

O referido Termo de Compromisso e o respectivo aditamento, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes – SMT e os Concessionários de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, foram analisados no TC nº 1.583/2006 e julgados irregulares pelo Plenário deste Tribunal, que deliberou fosse apreciada a questão dos efeitos financeiros decorrentes daqueles ajustes, no processo de acompanhamento da execução de cada um dos Termos de Concessão, conforme assim determinado no Acórdão proferido no referido processo:

"ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar que a questão dos efeitos financeiros e patrimoniais, notadamente quanto à eventual apuração de dano ou prejuízo ao erário e/ou necessidade de ressarcimento de valores aos cofres municipais, deverá ser enfrentada no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão, decorrentes da Concorrência de Concessão 12/2002, haja vista tratar-se o presente do exame formal de termo de compromisso e do seu respectivo 2º Termo de Aditamento."

Não se pode olvidar, ainda, do posterior complemento de remuneração para renovação da frota, quando tais obrigações são exclusivas dos operadores, inclusas no rol contido na citada Lei Municipal nº 13.241/2001.

Acrescente-se, por fim, a falta de imposição de penalidade ao Concessionário pela apresentação de carta de fiança falsa, consoante verificado no TC 5.096/2003, em que se deu a análise formal do contrato de concessão relativo à Área 2.

Em síntese, as irregularidades sob apreciação neste processo de acompanhamento da execução do Contrato nº 702/03, são:

1 – a não disponibilização de pelo menos 01 veículo por linha adaptado para acesso de pessoa portadora de deficiência;

2 - a manutenção de veículo com mais de 10 anos de fabricação na frota;

3 – a não comprovação do envio dos demonstrativos contábeis em conformidade ao "Plano de Contas" previsto e devidamente auditado;

4 – a falta de comprovação da regularidade da empresa no tocante ao INSS, ao FGTS e aos Tributos Mobiliários;

5 - a não implantação do Centro de Operação da Concessionária (COC), tendo por objetivo acompanhar o desempenho das linhas do sistema ao longo de toda a operação, atuando preventiva e corretivamente sobre os problemas; do Centro de Operação do Terminal (COT), cuja função é a centralização das atividades de operação do terminal, mediante processamento de dados do Centro de Operação da Concessionária (COC) e dos dispositivos instalados no terminal; e do Centro de Controle Operacional Integrado de Transporte e Trânsito

(CCO), que atua em 3 níveis: I) o estratégico envolvendo indicadores para uma síntese da situação operacional da Cidade; II) o gerencial, voltado à monitoração, fiscalização e supervisão do desempenho de atendimento; e III) e o operacional envolvendo os controles de terminais e pontos de parada, dos corredores estruturais, das linhas e da fluidez e a segurança e atuação sobre incidentes viários e da frota.

6 - a não conformidade da remuneração dos serviços em relação aos parâmetros licitados, inclusive quanto ao Serviço Atende;

7 - a falta de garantia contratual em vigência;

8 - a falta apólice de seguro de responsabilidade civil;

9 - a não realização de investimentos de responsabilidade do concessionário;

10 – a não emissão de nota fiscal;

11 - a apresentação de carta de fiança inidônea (falsa) quando da assinatura do ajuste, sem aplicação de penalidades;

12 – o acréscimo indevido à remuneração a título de reembolso das despesas com os equipamentos AVLs (Automatic Vehicle Location); e

13 – a indevida postergação do prazo contratual para a renovação da frota e ilegítima complementação da remuneração à Concessionária pela aquisição dos veículos novos.

Quanto aos ônibus, o parágrafo 4º do artigo 17, da referida lei local (Lei Municipal nº 13.241/2001), define que os veículos e frota de ônibus “não são considerados bens reversíveis”, significando, no presente caso que, embora o Município, sem respaldo legal, reembolse os valores despendidos com a compra dos coletivos, mediante o acréscimo à remuneração, esses bens não serão incorporados ao patrimônio da Prefeitura Municipal de São Paulo e sim ao do Concessionário, que deixa de cumprir a correspondente obrigação contratual com recursos próprios.

A respeito da responsabilidade do concessionário escreve Diogenes Gasparini:

“O concessionário executa e explora o serviço público que lhe foi trespassado em seu nome e por sua conta e risco, conforme fixado no conceito de concessão de serviço público dado pelo inciso II do art. 2º da Lei Federal nº 8.987/95. Dessa condição decorrem as obrigações de responder compromissos e pelos danos que vier a causar a terceiro ou ao próprio Poder Concedente.”

Por isso é absolutamente irregular e contrário ao regime de concessão disciplinado na Lei Federal nº 8.987/95, o Concessionário formalizar o contrato e executá-lo de modo diverso, visando beneficiar-se e ficar a salvo de riscos inerentes ao negócio, conduta demonstrada pelas seguintes infringências:

a) ser reembolsado, "com dinheiro público" pela aquisição e manutenção de bens não reversíveis (AVLs – Automatic Vehicle Location e veículos da frota), quando é obrigação contratual realizar tais despesas, consideradas na elaboração da proposta apresentada no processo licitatório;

b) ser remunerado de forma diversa daquela estabelecida no edital da licitação que participou, pois não só na fase de transição, mas também após seu encerramento, foram adotados outros critérios e periodicidade de pagamento, destacando-se as alterações introduzidas pela Secretaria Municipal de Transportes mediante a Portaria nº 95/06; e

c) deixar de fazer os investimentos em bens reversíveis, expressamente previstos no contrato de concessão, obrigação que permitiu fosse fixado o prazo contratual acima dos usuais de 05 anos (previsto na Lei 8.666/93), objetivando a amortização de tais investimentos.

Especificamente quanto à remuneração do Operador, a Auditoria constatou que "de acordo com a forma estabelecida no Edital de Licitação nunca foi operacionalizada. Consistia ela, originariamente, no produto resultante da remuneração ofertada na proposta comercial pelo número de passageiros registrados. Isto, aliás, é o que prevê a Lei 13.241/2001."

Verificou também que, com base nas supervenientes fórmulas de remuneração, a somatória dos faturamentos obtidos pela Sambaíba, em 2005 e 2006, foi 215,87% (duzentos e quinze vírgula e oitenta e sete por cento), superior ao valor estimado no contrato, consoante se confere do texto da Auditoria, ora reproduzido:

"... a empresa Comercial Sambaíba firmou contrato pelo prazo de 10 anos, pelo valor estimado de R$ 1.300.000.000,00 [um bilhão e trezentos mil reais], contrato este que poderá ser prorrogado por até 5 anos.

Tal valor equivale à remuneração anual de R$ 130.000.000,00 [cento e trinta milhões de reais]. Mensalmente, a receita operacional bruta estimada de R$ 10.833.333,00 [dez milhões, oitocentos e trinta e três mil, trezentos e trinta e três reais], corresponde à média de R$ 8.829,12 [oito mil, oitocentos e vinte e nove reais e doze centavos] por veículo.

A receita operacional bruta da Sambaíba no ano de 2005 atingiu R$ 255.539.580,78 [duzentos e cinquenta e cinco milhões, quinhentos e trinta e nove mil, quinhentos e oitenta reais e setenta e oito centavos] – fls. 234/235 - R$ 21.294.965,07 [vinte e um milhões, duzentos e noventa e quatro mil, novecentos e sessenta e cinco reais e sete centavos] mensais, correspondente a 196,57%

[cento e noventa e seis, vírgula cinquenta e sete por cento] do originalmente estimado em 2003.

Em 2006 (até agosto) a média mensal de sua receita operacional registrou acréscimo de 9,82%, [nove vírgula oitenta e dois por cento] fixando-se em R$ 23.385.470,80 [vinte e três milhões, trezentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e setenta reais e oitenta centavos] - fls. 231."

No tocante às cláusulas que estavam com sua aplicação suspensa por expressa disposição na "Cláusula nona", ao término da fase de transição (que durou 17 meses – de julho/2003 a dezembro/2004), deveriam ser automaticamente restabelecidas e as obrigações contratuais reassumidas pela Concessionária e não descumpri-las, compelindo a Administração Pública Municipal a assumir os respectivos ônus, conforme assim apurado pela Auditoria:

"Constatamos que o Poder Público, ao invés de punir os concessionários pelo não cumprimento do contratado, concedeu diversas oportunidades para solução das situações irregulares, notadamente com o "Termo de Compromisso" sem que tivessem sido obtidos resultados suficientes.

(...)

A Administração tem arcado com aportes crescentes de recursos orçamentários para o sistema. Os investimentos em bens reversíveis previstos na licitação estão sendo totalmente assumidos pelo Poder Público. Quanto aos bens não reversíveis como frota e AVLs [Automatic Vehicle Location], quando adquiridos, têm sido diretamente remunerados aos concessionários.

Quanto a outros investimentos, considerando apenas a operação dos terminais, em 2008 o valor apurado foi de R$ 93.272-168,00 [noventa e três milhões, duzentos e setenta e dois mil, cento e sessenta e oito reais], tendo sido pago com recursos da Conta Sistema apenas R$ 24.562.387,00 [vinte e quatro milhões, quinhentos e sessenta e dois mil, trezentos e oitenta e sete reais], resultando em diferença de R$ 68.709.781,00 [sessenta e oito milhões, setecentos e nove mil, setecentos e oitenta e um reais] suportada pela SPTrans e/ou SMT [Secretaria Municipal de Transportes] (valores informados pela Superintendência de Receita e Remuneração da SPTrans)."

"A situação das empresas operadoras do subsistema estrutural do transporte coletivo é sui generis: têm prerrogativas de concessionárias sem serem obrigadas a realizar quaisquer investimentos em bens reversíveis."

E mesmo recebendo remuneração superior à estimada em contrato (conforme constatado que até 2006 o faturamento da Sambaíba foi 215,87% [duzentos e quinze vírgula e oitenta e sete por cento] acima do valor contratual), o Concessionário não cumpre com o dever básico de oferecer serviço de transporte de qualidade à população, pois há problemas recorrentes a saber:

1- quebra de ônibus;

2 - atrasos nas partidas;

3 - superlotação;

4 - descumprimento do número de viagens;

5 - veículos em estado precário de manutenção e de higiene;

6 - acidentes, cabendo aqui frisar que só a Sambaiba responde a quase 300 (trezentas) ações judiciais em trâmite na Capital, relativas a danos provocados a usuários e a terceiros, consoante se verifica na consulta ao Portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

7 - ocorrência de greves de motoristas e cobradores por atrasos salariais e por outros direitos trabalhistas desrespeitados pelo Concessionário; e

8 – número insuficiente de empregados, valendo-se da extrapolação da jornada diária de trabalho, com horas extras numa atividade de alto risco, colocando em último plano a segurança do serviço de transporte de passageiros, atingindo o próprio empregado, os usuários e terceiros.

Em procedimentos fiscalizatórios este Tribunal de Contas realizou inspeções e constatou a veracidade das reclamações e denúncias amplamente divulgadas pela mídia, pelas redes sociais, que culminaram, em junho de 2013, com grandes manifestações populares, exigindo melhorias no transporte público e tarifas condizentes com o serviço prestado pelas empresas de ônibus.

A Sambaíba Transportes Urbanos é apontada pela imprensa como contumaz violadora de direitos de passageiros e de seus empregados, destacando-se os seguintes fatos veiculados, recentemente, em matérias jornalísticas:

1 – Em 21 de fevereiro de 2014, o Concessionário prejudicou 270 mil passageiros da Zona Norte da Cidade, em razão da paralisação dos ônibus por 12 horas, deflagrada pelos motoristas e cobradores denunciando punições injustas por parte da empresa e prejuízos pelo não pagamento de horas extras.

Além dos danos à população, a SPTrans teve que acionar o sistema PAESE, com 223 ônibus, que foram insuficientes para atender à demanda.

2 – Em 11 de fevereiro de 2014, dez dias antes, havia ocorrido outra paralisação pelos empregados da mesma empresa, afetando a operação de 28 linhas de ônibus. (Jornal Agora, de 22/02/2014, p. A-4 e Jornal Diário de São Paulo, de 22/02/2014, p. 7).

3 – O Jornal da Rede Brasil atual (de 23.05.14) informou que dos 8.111 ações trabalhistas ajuizadas por empregados dos operadores do sistema de transporte público coletivo em São Paulo, a Sambaíba responde a 367 demandas, figurando em 4º lugar das empresas mais reclamadas. Em entrevista, um motorista da Sambaíba revelou que o maior problema são as horas extras não pagas, pois embora a jornada seja de 7 horas diárias, é raro encontrar um trabalhador que faça menos de dez horas por dia.

4 – De acordo com o ranking publicado no Jornal Agora (edição de 28/06/14, p. A-6), a empresa Sambaíba ficou em primeiro lugar no número absoluto de reclamações de passageiros entre janeiro de 2013 e abril de 2014, principalmente referentes a atraso na saída dos ônibus e contra motoristas que não paravam no ponto.

O Concessionário, em razão da má qualidade do serviço que presta à população de São Paulo pode ser responsabilizado, inclusive, pela perda de passageiros para outros modais, especialmente para o metropolitano, sobrecarregando-o ainda mais, e também para o transporte particular.

Com efeito, o subsistema estrutural do transporte público municipal, operado pelos Concessionários, vem transportando, a cada ano, menos usuários, consoante se confere dos dados divulgados pelo Portal da SPTrans, segundo os quais, desde 2009, vem ocorrendo, progressivamente, a redução do número de passageiros, pois em 2008 foram transportadas 1.734.267.048 (um bilhão, setecentas e trinta e quatro milhões, seiscentas e sessenta e sete mil e quarenta e oito) pessoas e, em 2013, o sistema registrou 1.635.183.317 (um bilhão, seiscentos e trinta e cinco milhões, cento e oitenta e três mil e trezentos e dezessete) usuários, ou seja, uma perda de quase 100 milhões (99.083.731) de passageiros, nos últimos 05 (cinco anos), equivalente a 5,71% (cinco vírgula setenta e um por cento).

Afora o desrespeito aos usuários, os prejuízos ao transporte urbano da Cidade de São Paulo e, portanto, o enorme dano causado ao Erário, que se vê obrigado a investir recursos orçamentários na infraestrutura do sistema de transporte, sem ser compensado pela conta sistema, ou seja sem qualquer contribuição dos operadores, o Concessionário obtém vantagem financeira indevida, ao retardar ou não cumprir obrigações contratuais, decorrentes dos seguintes fatores:

I- uso de carta de fiança falsa "*no período de 24.07.03 a 24.07.04";*

II- falta de renovação da garantia;

III- falta apólice de seguro de responsabilidade civil;

IV- utilização de veículo com mais de 10 anos de fabricação;

V- postergação da renovação da frota ou do seu aumento para atender à demanda, evitando superlotação, atrasos, descumprimento de viagens, etc;

VI– a não comprovação do envio dos demonstrativos contábeis, que demonstrariam manter as mesmas condições de habilitação da época da licitação;

VII– a falta de comprovação da regularidade da empresa no tocante ao INSS, ao FGTS e aos Tributos Mobiliários;

VIII- o não investimento em bens reversíveis, durante todo o período contratual, pois a cláusula décima nona não eximiu o Concessionário de obrigações, visto que o item 19.1.26 apenas suspendeu algumas delas, temporariamente, no período de 17 meses em que vigorou a fase de transição (julho/2003 a dezembro/2004), postergando seu cumprimento para o restabelecimento automático das correspondentes cláusulas contratuais, que ocorreu ao término do referido período de transição;

IX- a obtenção de ressarcimento de despesas realizadas com bens que integram seu patrimônio (AVLs [Automatic Vehicle Location] e veículos da frota).

Os problemas derivados do descumprimento contratual ramificam-se por diversas áreas, a exemplo de ações indenizatórias ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo e da SPTrans, por passageiros ou terceiros vítimas de danos causados pelos Concessionários, além de serem citadas em executivos fiscais de débitos dos Concessionários.

Por outro lado, os expressivos danos e prejuízos ao Poder Público Municipal e à população, causados pelo Concessionário, poderiam ser evitados ou, ao menos, potencialmente minimizados, se houvessem eficazes controles e fiscalização por parte da Secretaria Municipal de Transportes e da SPTrans, exigindo periodicamente, a documentação comprobatória do cumprimento de suas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, incluindo a apresentação da apólice de seguro de responsabilidade civil, válida e em valor correspondente ao fixado no ajuste, bem como os investimentos em bens reversíveis.

Tal falha é apontada pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao criticar a desmedida delegação de serviços públicos, sem que o Estado tenha se estruturado para exercer a competência de fiscalizar, com eficiência. Em suas palavras:

“esquece-se de atentar para o fato de que o Estado é muito pior fiscalizador ou ‘controlador’ do que prestador de serviços. Assim, dando em concessão ou permissão bem se pode imaginar que os interesses do público em geral serão facilmente postergados sem que o Poder Público o defenda como teria de fazê-lo. Bem por isto, os serviços públicos, depois de concedidos, tornaram-se

muito mais caros (...) e sua qualidade, ao menos em alguns setores, decaiu visivelmente. (...)".

Por essa razão, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelos Interessados, a teor do disposto no parágrafo 1º do artigo 116 do Regimento Interno deste Tribunal, uma vez que, por atos comissivos ou omissivos em cargos de direção, deixaram de utilizar os instrumentos legais para coibir ou penalizar o descumprimento das obrigações do Concessionário, constatadas pela Auditoria.

Diante do exposto e considerando o teor das manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle ("a execução contratual do Termo de Concessão da Área 02 (Contrato nº 702/03) no período de 11/09 a 13/12/06 foi irregular."), da Assessoria Jurídica de Controle Externo (pelo não acolhimento da execução no período auditado") e da Secretaria Geral (opino pelo não acolhimento da execução do período auditado, sem embargo das recomendações e determinações .... pertinentes), cujos fundamentos endosso e acrescento às razões de decidir, Julgo Irregular a Execução do Contrato nº 702/03, no período auditado, não aceitando os correspondentes efeitos financeiros.

E, em razão das inconformidades e deficiências verificadas na execução contratual, aplico a cada um dos agentes responsáveis, identificados às folhas 486 , 487, 491 e 492, a multa de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no inciso II, do artigo 52, da Lei Municipal nº 9.167/80, incluindo o Signatário do ajuste pela não imposição de penalidade à Concessionária em razão da apresentação de carta de fiança falsa na celebração do Contrato nº 702/03, constatada nos autos do TC 5.096/2003.

E, em razão do decidido, determino à Secretaria Municipal de Transportes e à São Paulo Transporte S.A – SPTrans para que adotem no âmbito de suas competências ou, em conjunto, as seguintes providências:

1.- apurar os prejuízos causados ao Erário Municipal pelo Concessionário, em decorrência do descumprimento de obrigações contratuais, desde o início do Contrato de Concessão nº 702/03 até o presente momento, incluindo os investimentos não efetuados em bens reversíveis e as sucumbências suportadas pelo Poder Público Municipal, em ações ajuizadas em face da Municipalidade de São Paulo ou da São Paulo Transportes, em litisconsórcio ou não com o Concessionário da Área 2 no polo passivo, a saber:

a) as ações de ressarcimento por acidentes de trânsito com danos pessoais e materiais, ou qualquer outro dano provocado pelo Concessionário a usuários e a terceiros, consoante sua responsabilidade objetiva;

b) as ações trabalhistas ajuizadas em face do Concessionário;

c) as execuções fiscais tendo a Prefeitura do Município de São Paulo ou a SPTrans no polo passivo, como substituto tributário ou responsável subsidiário do Concessionário;

2 **-** aplicar as multas contratuais para cada infringência ao Contrato de Concessão praticada pelo Concessionário e apontada no presente voto e no TC 5.096/2003 (apresentação da carta de fiança falsa e a falta de apresentação de apólice de seguro ou sua contratação em valor inferior ao devido);

3 - calcular o valor do locupletamento auferido pelo Concessionário em razão: i) da apresentação da carta de fiança falsa; ii) da falta de garantia no período apontado pela Auditoria; e iii) do prolongamento do prazo para renovação da frota;

4 – proceder ao inventário dos ônibus adquiridos e o montante pago pela Municipalidade de São Paulo para o Concessionário, a título de renovação da frota, cujo procedimento deu-se sem respaldo legal, para fins de avaliação quanto à parcela a retornar ao patrimônio público;

5 – apurar o montante pago pelo Município de São Paulo para o Concessionário pela aquisição e manutenção de AVLs (**Automatic Vehicle Location)**, a partir da formalização (em 17/10/2006) do 2º Termo de Aditamento ao Termo de Compromisso, ambos julgados irregulares por este Tribunal de Contas (TC 1.591/2006) e obter administrativa ou, judicialmente, se frustrada a via amigável, a devolução do respectivo montante pago indevidamente ao Concessionário, com os acréscimos legais;

6 – intensificar, como lhes compete, a fiscalização da execução contratual, exigindo do Concessionário o cumprimento de todas as obrigações contratuais, inclusive a apresentação de apólice de seguro de responsabilidade civil e garantias vigentes;

7 – exigir e conferir, mensalmente, os comprovantes de recolhimento de obrigações previdenciárias, trabalhistas, fiscais e outras obrigações fiscais que possam acarretar para a Municipalidade de São Paulo a responsabilidade solidária, subsidiária ou por substituição;

8 – controlar, eficazmente, a frota de ônibus do Concessionário, para que seja submetida à manutenção periódica e à limpeza e higienização diárias;

9 – controlar e fazer cumprir o número de viagens e os horários de partidas nas linhas para os veículos que estão cadastrados;

10 – verificar, periodicamente, se o Concessionário está utilizando somente mão de obra devidamente registrada e identificada em seu quadro de empregados, com observância da jornada diária de trabalho, estipulada para cada categoria;

11 – exigir a apresentação de nota fiscal do Concessionário, pois consta como obrigação prevista em contrato, confere maior transparência aos procedimentos da empresa e permite melhor controle e fiscalização.

12 - instaurar procedimento próprio com a finalidade de apurar as responsabilidades dos agentes que deram causa às irregularidades averiguadas no acompanhamento da execução contratual em pauta e, consequentemente, a apuração de eventuais prejuízos causados ao Erário derivados da fiscalização insuficiente;

13 - apuradas as responsabilidades e o valor dos prejuízos, devidamente corrigidos, adotar procedimentos na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando ao ressarcimento do montante avaliado;

14 – no que for pertinente, acionar a empresa seguradora emitente da apólice de seguro de responsabilidade civil contratada pelo Concessionário, com o fito de lograr-se o ressarcimento dos danos por ele causados a passageiros e terceiros, suportados pela Municipalidade de São Paulo ou pela SPTrans;

15 – adotar os procedimentos cabíveis de acordo com a garantia oferecida pelo Concessionário e a época dos prejuízos, para fins de ressarcimento do montante aquilatado pelo descumprimento das obrigações contratuais;

16 – uma vez devidamente acionados a companhia seguradora e o banco prestador da fiança, apurar o valor remanescente dos prejuízos não cobertos pelo seguro e pela carta fiança para o fim de serem promovidas as competentes ações de regresso para recuperação dos prejuízos causados pelo Concessionário, incluindo os agentes públicos identificados neste processo e os demais que se verificarem igualmente responsáveis;

17 – endereçar a este Tribunal relação das ações judiciais relacionadas ao Concessionário nas quais ainda não exista sentença condenatória, mas que a Municipalidade de São Paulo ou a SPTrans figuram no polo passivo, enunciando todos os valores envolvidos em cada demanda, e a respectiva fase processual atual;

18 – informar este Tribunal de Contas, no prazo de 90 (noventa) dias, a partir da ciência do Acórdão, sobre as providências adotadas e os respectivos resultados; e

19 – ficar cientificado de que, na hipótese de não proceder à apuração dos responsáveis e dos valores, na forma acima determinada, este Tribunal de Contas, com amparo nos artigos 79 a 84 do Regimento Interno, proporá a instauração de Tomada de Contas.

Expeçam-se ofícios encaminhando cópia de inteiro teor do relatório, voto e Acórdão a ser proferido pelo Pleno:

1 - ao Ministério Público do Estado de São Paulo em resposta ao Ofício da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, por onde tramita o procedimento PJC-CAP nº 515/04-4º PJ;

2 - ao Senhor Prefeito do Município de São Paulo;

3.- à Câmara Municipal de São Paulo e à respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito instituída sobre Transporte Coletivo;

4.- à Controladoria Geral do Município de São Paulo.

Após a expedição dos ofícios, permaneçam os autos em custódia na Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pelo prazo de 90 dias, enquanto se aguarda o cumprimento das determinações dirigidas à Secretaria Municipal de Transportes e à São Paulo Transporte S.A. (2.760ª S.O.)