ACO-UTR-262/2023

Processo	-	TC/004103/2006 (Tramitam em conjunto os processos TC/001583/2006, TC/004100/2006 e TC/004103/2006)
Recorrentes	-	Procuradoria da Fazenda Municipal, Consórcio Sete, Via Sul Transportes Urbanos Ltda., Consórcio Sudoeste de Transporte, Sambaíba Transportes Urbanos Ltda., Consórcio Bandeirante de Transporte, Consórcio Plus e Consórcio Unisul
Objeto	-	Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 06/02/2013 – Vereador Antonio Carlos Rodrigues (Câmara Municipal de São Paulo) – Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes) – Petição solicitando parecer deste Tribunal quanto à legalidade do processo 2002-0.133.223-6, que autoriza a complementação ao valor unitário da remuneração, por passageiro registrado, publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 08/11/2006

43ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. SMT. Complementação do valor unitário da remuneração por passageiro. Decisão que julgou ilegal a complementação do valor unitário da remuneração por passageiro. 1. Para o exercício do contraditório é fundamental que se dê ciência às partes da existência do processo e que se possibilite apresentação de defesa. Acolhida preliminar de cerceamento de defesa. Precedente TC 2.434/2002. CONHECIDOS. DECLARADA A NULIDADE DO ACÓRDÃO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/001734/2008, TC/003508/2005, TC/003509/2005, TC/001583/2006, TC/004100/2006 e TC/004103/2006, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, diante da ausência de intimação das contratadas e dos responsáveis na fase instrutória de análise do instrumento e, ainda, o que restou decidido por este Pleno no julgamento do processo TC/002434/2002, em declarar a **nulidade** do Acórdão de fls. 61/62, em respeito aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, procedendo ao **arquivamento** dos autos pela prejudicialidade de seu prosseguimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 24 de maio de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/lsr

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 22/06/2023 09:02:50 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 22/06/2023 11:21:44 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

e-TCMs:	**1583/2006** **4100/2006** **4103/2006** **3508/2005** **3509/2005** **1734/2008**
Interessados:	Secretaria Municipal de Transportes, São Paulo Transportes, Câmara Municipal de São Paulo, Subprefeitura de Pinheiros
Responsáveis:	Frederico Bussinger Ulrich Hoffmann Alexandre de Moraes Gerson Luis Bittencourt Vera L. C. Caprioloi Gutierrez Waldomiro Carlos Moreira Vanice Maria Cobêro dos Santos Ana Maria Andrade José Evaldo Gonçalo Vanessa Ortali Ronaldo Souza Camargo Angelo Andrea Matarazzo Nilton Elias
Objeto:	Termo de Acordo firmado com as Concessionárias do serviço de transporte coletivo público de passageiros para substituição dos veículos com mais de 10 anos de idade. Prestação de serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas, praguejadas e sem seu entorno, poda e remoção de árvores através de equipes (Agrupamento XI). (AGRUPAMENTO XI (TC 1734/2008)

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. SPTRANS. SMT. SUBPREFEITURA PINHEIROS. 1. Preliminar de nulidade arguida. 2. Para o

exercício do contraditório é fundamental que se dê ciência às partes da existência do processo e que se possibilite apresentação de defesa. CONHECIDOS. ACOLHIDA preliminar de cerceamento de defesa. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Relatarei em conjuntos os processos autuados, respectivamente nos TCs 1583/2006, 4100/2006, 4103/2006, 3508/2005, 03509/2005 e 1734/2008, os quais, neste estágio processual, cuidam de análise de Recursos Ordinários interpostos e de Embargos de Declaração opostos em face de v. Acórdãos proferidos por este Tribunal, a saber:

1) - TC 1583/2006:

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos Recursos ordinários interpostos Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 565/591), pelo Consórcio Sete (fls. 737/806), pelo Consórcio Cinco (fls. 807/812), pela Via Sul Transportes Urbanos Ltda. (fls. 807/896), pelo Consórcio Sudoeste de Transporte (fls. 920/950), pelo Consórcio Unisul (fls. 951/982), pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 983/1002), pelo Consórcio Bandeirante de Transporte (fls. 1004/1072), pelo Consórcio Plus (fls. 1073/1138) e por Frederico Bussinger (fls. 1139/1140), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 550/551, que julgou irregular o Termo de Compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes (SMT) e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de

São Paulo, bem como o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização para complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação da frota de veículos, determinando, ainda, que os efeitos financeiros fossem enfrentados no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão.

Os Recorrentes, em preliminar, pleitearam a nulidade do v. Acórdão, diante da ausência de intimação acerca da tramitação do presente processo, em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos, ressaltando que os recorrentes Consórcios Bandeirante, Sudoeste de Transporte, Unisul e Plus, Sambaíba Transportes Urbanos e Sr. Frederico Bussinger Sete obtiveram dilação do prazo recursal por 30 (trinta) dias.

2) TC 4100/2006

Neste estágio processual, trata o presente de análise dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 56/82), pelo Consórcio Sete (fls. 202/269), pela Via Sul Transportes Urbanos Ltda. (fls. 270/359), pelo Consórcio Sudoeste de Transporte (fls. 393/424), pelo Consórcio Unisul (fls. 579/609), pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 425/444), pelo Consórcio Bandeirante de Transporte (fls. 445/512) e pelo Consórcio Plus (fls. 513/578), todos objetivando a reforma do v.

Acórdão de fls. 53/54, que que julgou irregular o termo de compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transporte (SMT) e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, bem como o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização para complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação da frota de veículos, determinando, ainda, que os efeitos financeiros fossem enfrentados no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão, decorrentes da Concessão nº 12/2002.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo Consórcio Sete e pela empresa Via Sul Transportes Urbanos Ltda., pelo conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Bandeirante e Sudoeste de Transporte, pela empresa Sambaíba Transportes Urbanos, tendo em vista que os recorrentes obtiveram a dilação do prazo recursal por 30 dias, e pelo não conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Unisul e Plus, por serem intempestivos.

3) TC 4103/2006

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 64/90), pelo Consórcio Sete (fls. 210/290), pela Via Sul Transportes Urbanos Ltda. (fls. 291/380), pelo Consórcio Sudoeste de Transporte (fls. 414/444), pela empresa

Sambaíba Transportes Urbanos Ltda. (fls. 445/464), pelo Consórcio Bandeirante de Transporte (fls. 465/532), pelo Consórcio Plus (fls. 533/598) e pelo Consórcio Unisul (fls. 599/629), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 61/62, que julgou irregular o termo de compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transporte (SMT) e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo, bem como o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização para complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação da frota de veículos, determinando, ainda, que os efeitos financeiros fossem enfrentados no âmbito dos processos que cuidam do acompanhamento da execução dos contratos de concessão, decorrentes da Concessão nº 12/2002.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pelo Consórcio Sete e pela empresa Via Sul Transportes Urbanos Ltda., pelo conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Bandeirante e Sudoeste de Transporte, pela empresa Sambaíba Transportes, uma vez que os recorrentes ora citados obtiveram dilação do prazo recursal, e pelo não conhecimento dos recursos interpostos pelos Consórcios Unisul e Plus, por serem intempestivos.

Em todos os processos analisados, itens 1 a 3 deste Relatório, no que diz respeito à alegação de nulidade por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo

foi no sentido de que as concessionárias obtiveram conhecimento do processado e ofereceram a documentação de defesa antes do trânsito em julgado do v. Acórdão, de modo que houve a oportunidade efetiva de exercerem o direito de defesa, afastando, pois, o aludido vício.

Quanto ao mérito, a Assessoria Jurídica de Controle externo assinalou que o Termo de Compromisso pode ter decorrido de necessário reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos embora não devidamente justificado, cabendo à Origem apurar os efeitos financeiros e patrimoniais decorrentes das irregularidades constatadas nestes autos, bem como justificar a este Tribunal de Contas, “as reais dimensões deste eventual reequilíbrio econômico financeiro”, notadamente quanto à eventual apuração de dano ou prejuízo ao erário e/ou necessidade de ressarcimento de valores aos cofres municipais”. Por considerar indispensável um exame técnico dos apontamentos, sugeriu o envio dos autos à Auditoria para competente análise, bem como opinou pelo deferimento do pedido formulado pelo Sr. Frederico Bussinger consistente na possibilidade de se fazer uma exposição aos Conselheiros deste Tribunal, tomada como “Sustentação Oral”, opinando, ainda, mesmo em sede recursal, pelo deferimento do pedido de diligência formulado pelo Consórcio Plus para produção de perícia contábil-financeira, exibição de documentos e todas as demais provas admitidas em direito.

A Auditoria, por sua vez, tendo como base os processos de Acompanhamento da Execução Contratual julgados por esta Corte e aqueles ainda pendentes de julgamento, assinalou que, “conforme determinado nos Acórdãos, cabe a Origem apurar os efeitos financeiros e patrimoniais

decorrentes das irregularidades decididas neste processo, bem como justificar a este Tribunal de Contas, conforme sugerido pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (AJCE), “as reais dimensões deste eventual reequilíbrio econômico financeiro”, notadamente quanto à eventual apuração de dano ou prejuízo ao erário e/ou necessidade de ressarcimento de valores aos cofres municipais.

A Procuradoria da Fazenda Municipal sugeriu a devolução dos autos à Subsecretaria de Controle Externo para efetiva manifestação em relação à sugestão formulada pela AJCE, salientando o entendimento quanto ao deferimento da produção de perícia contábil-financeira, além da apresentação de documentos. Ao final, reiterou e ratificou todos os termos do recurso interposto.

A Secretaria Geral acompanhou a AJCE pelo conhecimento dos recursos interpostos, com exceção dos recursos interpostos pelos Consórcios Unisul e Plus nos autos do TC 4100/2006 e 4103/2006, diante de sua intempestividade. Quanto às preliminares suscitadas de cerceamento de defesa, opinou pelo não acolhimento, endossando, quanto ao mérito, as manifestações da AJCE, de que o termo de compromisso pode ter decorrido de necessário reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, embora não devidamente justificado.

4) TC 3508/2005

Trata o presente, neste estágio processual, de análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 584/588), pelo Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez (fls. 589/608), pela SPTrans (fls. 737/747 e 872/896), pela Sra. Ana Maria de Andrade – Gerente Geral do Gabinete da Presidência da SPTrans à época - (fls. 749/757), pelo Sr. Gerson Luis Bittencourt – Diretor Presidente da SPTrans à época - (fls. 758/770), pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto – Secretário Municipal de Transportes à época - (fls. 771/782 e 904/915), pelo Sr. José Evaldo Gonçalo – Diretor de Gestão da SPTrans à época - (fls. 783/794 e 904/915) e pelos membros da Comissão Permanente de Licitação (fls. 798/802), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 582/583, que julgou irregular o Edital de Pré-Qualificação 001/2003, com aplicação de multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos) à Autoridade que homologou os resultados da pré-qualificação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos ordinários e pelo reconhecimento da ilegitimidade dos Srs. Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez e Waldomiro Carlos Moreira (membros da Comissão de Licitação), uma vez que não atuaram de fato no certame em questão, bem como da Sra. Ana Maria de Andrade, que ocupava cargo de Gerente Geral da Presidência – enquanto que o poder de decisão sobre o tema em análise era acometido à Gerência Geral de Licitações e Contratos – GLC, nos moldes do parecer de fls. 812/832.

No que diz respeito às preliminares de nulidade processual decorrente de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a Assessoria

Jurídica de Controle Externo opinou pelo não reconhecimento, por entender que a concessão à parte interessada do direito de apresentar defesa não pode ser confundida com a fase instrutória dos autos, na qual os Auditores realizam diligências para a coleta de dados contábeis e financeiros, entre outros, sendo que, quando do ingresso aos autos, por ocasião da interposição do recurso, os interessados podem exercer o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao mérito, opinou: (i) pela admissibilidade dos Recursos Ordinários interpostos (ii) pelo afastamento da preliminar arguida por Sr. Jilmar Tatto e Sr. José Evaldo Gonçalo; (iii) pelo provimento dos recursos interpostos por Vanice Maria Cobêro dos Santos, por Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez, por Waldomiro Carlos Moreira e por Ana Maria de Andrade, a fim de reformar o v. acórdão para reconhecer a ilegitimidade das partes indicadas; iv) pelo parcial provimento dos demais recursos interpostos, para que seja reformado o v. acordão apenas na parte em que foi considerada irregular a questão referente à ausência de previsão de recursos orçamentários, mantendo-se a Decisão quanto aos demais aspectos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os termos do recurso ordinário interposto.

A Secretaria Geral acompanhou as manifestações expendidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

5) TC 3509/2005

Cuida o presente, neste estágio processual, de análise dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 786/790), pelo Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez (fls. 791/810), pela SPTrans (fls. 966/977 e 1.361/1.160), pela Sra. Ana Maria de Andrade – Gerente Geral do Gabinete da Presidência da SPTrans à época - (fls. 978/986), pelo Sr. Gerson Luis Bittencourt – Diretor Presidente da SPTrans à época - (fls. 987/998), pelo Sr. Jilmar Augustinho Tatto – Secretário Municipal de Transportes à época - (fls. 999/1011 e 1.260/1.270), pelo Sr. José Evaldo Gonçalo – Diretor de Gestão da SPTrans à época - (fls. 1012/1023 e 1.260/1.270) e pelos membros da Comissão Permanente de Licitação – Sras. Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez e o Sr. Waldomiro Carlos Moreira (fls. 1027/1031), todos objetivando a reforma do v. Acórdão de fls. 784/785, que julgou irregulares a Concorrência nº 019/2003 e o Contrato 2004/070 e aplicou multa à autoridade, aos ordenadores de despesa e signatários do Contrato, bem como não acolheu os efeitos financeiros do ajuste.

A Auditoria entendeu que os argumentos apresentados sanaram apenas o apontamento relativo à ausência de projeto básico, não alterando os demais entendimentos quanto às questões de cunho técnico.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 1.302/1.306) opinou pelo conhecimento dos recursos e quanto ao mérito pelo: (a) provimento dos recursos interpostos pelos Srs. Vanice Maria Cobêro dos Santos, Vera Lúcia Conceição Caprioli Gutierrez, Waldomiro Carlos Moreira e Ana Maria de Andrade, para reconhecer a ilegitimidade de parte dos recorrentes de fls.

1.071, (b) provimento parcial do recurso interposto pela PFM, no sentido de afastar a apreciação dos efeitos financeiros do presente julgamento, fls. 1.288, e (c) não provimento dos recursos interpostos pelo Consórcio Carioca/Andrade Gutierrez, por Jilmar Augustinho Tatto, por José Evaldo Gonçalo, por Gerson Luiz Bittencourt e pela SPTrans, com afastamento das preliminares arguidas, mantendo-se o v. Acórdão, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com exceção da matéria relacionada aos efeitos financeiros.

No que diz respeito às preliminares de nulidade processual decorrente de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo não reconhecimento.

A PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e o provimento dos recursos interpostos.

A Secretaria Geral acompanhou as manifestações expendidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

6 – TC 1734/2008

Neste estágio processual, cuida o presente da análise dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Ângelo Andrea Matarazzo, fls.979/981 (peça 43), em face do V. Acórdão proferido por este Tribunal às fls. 957/958 (peça 14), que julgou irregulares o Pregão 002/SMSP/COGEL/2007 e o Contrato 004/SP-PI/2008, aplicando aos responsáveis indicados às fls. 746, a multa no valor de R$ 740,64 (setecentos e quarenta reais e sessenta e quatro centavos).

O Embargante alegou a ocorrência de omissão no v. Acórdão por não fazer menção à ausência de manifestação do Embargante na fase de instrução processual, em desobediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Alegou também a existência de omissão consistente na ausência de especificação dos atos por ele praticados que ensejaram a aplicação de multa.

Alegou, ainda, que o prejuízo não se presume, já que o mesmo deve ser provado e, aliando-se a isto, ressaltou o fato de que os atos da Administração gozam de presunção de legalidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos Embargos de Declaração e quanto ao mérito, pelo seu provimento (peças 49/50).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o provimento dos Embargos de Declaração (peça 53).

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento dos Embargos de Declaração. No mérito, acompanhou o entendimento da AJCE no sentido de que, muito embora a preliminar de cerceamento de defesa não se enquadre nas matérias previstas para a análise dos Embargos de Declaração, deve ser apreciada por se tratar de questão de ordem pública, podendo ser declarada *ex officio* pelo Órgão Julgador e alegada em qualquer grau de jurisdição.

Nesse sentido, concluiu pela possibilidade de acolhimento em parte dos Embargos, com efeitos infringentes, com a finalidade de excluir do texto da Decisão a parte em que a esfera do direito subjetivo do Embargante foi alcançada, com o cancelamento da multa a ele imposta, preservando-se, no mais, a integridade do v. Acórdão.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento os recursos interpostos em face de Decisões proferidas por este E. Tribunal, conforme especificado nos itens 1 a 6 do Relatório.

Em todos os processos analisados, em matéria preliminar, há alegações de cerceamento de defesa, por inexistir intimação na fase instrutória dos autos para apresentação de defesa.

No que diz respeito às preliminares arguidas, o art. 116, § 3º, do Regimento Interno desta Corte assegura a intimação dos "terceiros que tiverem participado do ato ou contrato questionado ou puderem ter sua esfera subjetiva de direitos afastada pela futura decisão do feito".

Embora a inovação regimental tenha se dado com a aprovação da Resolução nº 04, de 10/12/2003, a regra já existia na Constituição Federal, consagrando o princípio do contraditório e da ampla defesa, em seu art. 5º, LV, a saber:

> "LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

O que se verifica nos autos é que as Contratadas e os responsáveis deixaram de ser intimados durante a instrução processual que culminou com o julgamento pela irregularidade dos ajustes.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a falta de cumprimento da exigência legal configura "típica hipótese de nulidade processual absoluta", ou seja, fica caracterizado vício suficiente para anular todo o processo por ofensa à garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Para o exercício do contraditório – garantia constitucionalmente assegurada em todas as etapas do processo – fundamental que se dê ciência às partes da existência do processo, e que se possibilite a apresentação de manifestação de defesa. Nesse sentido, o Regimento Interno desta Corte, alinhado aos ditames constitucionais, evidencia tal conteúdo ao estabelecer, no art. 121, que: "a ampla defesa, assegurada às partes **em todas as etapas do processo**, será exercida de acordo com os procedimentos estabelecidos neste Regimento". (Grifos nossos).

Além disso, o rigor na aplicação desse princípio pode ser confirmado com decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (processo 1012297-09.2013.8.26.0053 – 12ª Câmara, Relator Venicio Salles),

invalidando decisão desta Corte em situação em que não foi conferida oportunidade de manifestação das partes durante a instrução processual. No mesmo sentido, soma-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[1] e recente decisão desta Corte de Contas proferida nos autos do TC 2.436/2002, julgado na 3265ª Sessão Ordinária realizada em 15/03/2023.

No que diz respeito ao **TC 1734/2008,** cumpre consignar que, muito embora a preliminar de cerceamento de defesa não se enquadre nas hipóteses previstas para o cabimento dos Embargos de Declaração, entendo que por se tratar de questão de ordem pública, podendo ser declarada *ex officio* e alegada em qualquer grau de jurisdição, comporta acolhimento para declarar a nulidade por ausência de intimação do Sr. Angelo Andrea Matarazzo.

Pelo exposto, tendo em vista a ausência de intimação das Contratadas e dos responsáveis nas fases instrutórias de análise dos instrumentos e, ainda, o que restou decidido por este Pleno no julgamento do TC 2.434/2002, entendo que esta Corte deve declarar a **NULIDADE** dos Acórdãos de fls. 550/551 (TC 1.583/2006), fls. 53/54 (TC 4.100/2006), fls. 61/62 (TC 4.103/2006), fls.582/583 (TC 3.508/2005), fls.784/785 (TC 359/2005) e fls.957/958 (TC 1734/2008), em respeito aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, **procedendo o arquivamento dos autos por prejudicialidade do seu prosseguimento**.

[1] RMS28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJE 02/05/2014.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.

João Antonio

Conselheiro Relator

Assinado digitalmente
por JOAO ANTONIO
DA SILVA FILHO
Data: 01/06/2023
09:35:33 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-004.103.06-35

PETIÇÃO. SMT. Parecer acerca da legalidade. Complementação do valor unitário da remuneração por passageiro. ILEGAL. Votação unânime.

Relatório e Voto englobado TCs: 72.001.583.06-46 e 72.004.100.06-47.

2.656ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O - ANULADO[1]

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.001.583.06-46 e 72.004.100.06-47, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o termo de compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes – SMT e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo e o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização de complementação da remuneração por passageiro registrado, e irregular a introdução de novo cronograma de renovação de frota de veículos.

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.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo (na pessoa do seu atual Presidente).

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

[1] Anulado pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo. TC nº 4.103/2006, Sessão 43ª SONP, Relator João Antonio, Pleno, julgado em 24/05/2023.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de fevereiro de 2013.

ROBERTO BRAGUIM - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos do TC 1.583/06-46 da análise de Termo de Compromisso, publicado no Diário Oficial da Cidade de 02/11/2006, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e as Concessionárias prestadoras do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo (ônibus), que objetivou *"a implementação de medidas regularizadoras de pendências contratuais"*, especificamente no tocante *"à inclusão de veículos com idade superior a 10 anos na frota de ônibus que circula na Cidade de São Paulo, em desacordo com a Cláusula 3.12 dos contratos celebrados com os concessionários".*

Registre-se, preliminarmente, que o Ministério Público de São Paulo, Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, enviou, ao todo, 16 (dezesseis)[1] Ofícios solicitando cópia de eventual decisão proferida por este Tribunal, bem como cópia integral dos autos, visando instruir o Inquérito Civil nº 274/2006 instaurado no âmbito daquele Órgão Ministerial.

Oficiada, a Secretaria Municipal de Transportes, (na pessoa do então Secretário Municipal de Transportes, Sr. Frederico Bussinger, Signatário do Termo de Compromisso e do Termo de Aditamento) apresentou relatório da substituição dos ônibus com idade superior à permitida contratualmente, esclarecendo que *"o Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros passava por um momento de reestruturação, tendo em vista as não conformidades existentes no Sistema de Transporte desde a assinatura dos contratos de concessão celebrados em 2003 e que, visando a regularização dessas inconformidades, bem como a promoção de ajustes nos aspectos físico-operacional, legal e econômico-financeiro, foi firmado em 31.03.06, o citado Termo de Compromisso entre a Secretaria e os Concessionários do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo."*

---

[1] Ofício 2145/2006 - folha 33; Oficio 1348/2006 à folha 43; Ofício113 /2007 à folha 135 – Promotor de Justiça da Cidadania Estevão Luis Lemos Jorge; Ofício 3321/2007 à folha 268; Ofício 5631/2007 à folha 276; Ofício 1401/2008 à folha 288; Ofício 3089/2008 à folha 300; Ofício 8097/2008 à folha 321 e Ofício 2102/2009 à folha 490 em nome da promotora de Justiça Luciana de Paula Leite Rocha Del-Campo , Ofício 5993/2009 às folhas 506 em nome do Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital Celso Fróes Brocchetto, Ofício 4547/2010 à folha 529 em nome da Promotora de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, Ofício 181/2010 à folha 536, Ofício nº 3892/2011 de folha, em nome do Promotor de Justiça Luiz Ambra Neto, Ofícios nº 1610/2012 e 8498/2012 em nome do Promotor de Justiça Fabricio Tosta de Freitas, todos do TC 1.583/06.

Quanto à idade dos veículos, explicitou a Pasta, que o item 6 do referido Termo de Compromisso tratou da renovação da frota e estabeleceu "um novo cronograma factível de realização, frente às atuais circunstâncias", no qual foram considerados dois aspectos:

1º- a capacidade de absorção da demanda pela indústria automobilística; e

2º- a capacidade financeira das empresas operadoras e do Poder Concedente para arcar com os custos de tal investimento.

Justificou, também, que a renovação gradativa evitaria a imediata retirada de operação de cerca de 1.640 (um mil seiscentos e quarenta) veículos com mais de 10 anos que atualmente operavam o serviço de transporte público, o que ocasionaria um possível desatendimento à significativa demanda da população, visto que representavam 20,89%, à época, (vinte inteiros e oitenta e nove centésimos) da frota em operação.

Quanto ao questionamento referente à concessão de aumento da remuneração para a substituição dos veículos com idade superior à permitida, a Origem alegou que a mesma foi estabelecida no § 2º, do artigo 2º, da Portaria nº 095/06.SMT.GAB (folhas 04/18).

Submetidos os autos à análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, esta fez juntar o novo cronograma estabelecido na mencionada Portaria nº 95/06 e destacou que o item 3.12 dos contratos de concessão de transporte público previa que *"a frota para prestação dos serviços terá idade média de 5 (cinco) anos, não podendo incluir nenhum veículo com idade superior a 10 (dez) anos."*

Apontou assim, o não cumprimento, pelos concessionários, do cronograma de Renovação da frota constante do Anexo D dos referidos contratos, fato que ensejaria a aplicação das penalidades previstas nas cláusulas 5.1 e 5.2 dos mesmos.

Com efeito, concluíram os Auditores que "*com a edição da Portaria 95/06, além de os concessionários não serem punidos pelo descumprimento da referida cláusula contratual, foram 'premiados' com um adicional à remuneração, caso cumpram o novo cronograma para renovação da frota estabelecido no Termo de Compromisso em questão"*.

A Coordenadoria V finalizou pontuando que transcorrido um ano do término da fase de transição (março/05 a março/06), o Termo de Compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e os concessionários, em 01.04.2006, "*reconheceu e consolidou as irregularidades apontadas nos diversos processos em que se analisam a licitação e os contratos de concessão e permissão de transporte público coletivo*", razão pela qual concluiu pela irregularidade do Termo de Compromisso (folhas 29/31).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pontuou que "*verifica-se dos documentos juntados aos autos que as concessionárias de transporte coletivo vêm deixando de cumprir o avençado nos contratos de concessão, relativamente à renovação da frota que, conforme restou demonstrado nos autos, ainda conta com expressivo porcentual de automóveis com mais de 10 anos circulando para prestar o serviço público em questão".*

Entendeu, em síntese, tratar-se de descumprimento contratual, uma vez que *"as alterações pretendidas e levadas a efeito em Termo de Compromisso quanto à renovação da frota, não possuem amparo legal".*

Registrou que *"não é pelo fato de a lei prever a mutabilidade contratual que se pode efetuar qualquer alteração no mesmo, mas tão somente aquelas legalmente previstas e justificadas, com a finalidade de atendimento ao interesse público. No caso, parece-nos que os motivos apresentados pela SMT como justificadores de um novo cronograma para renovação de frota – em detrimento do cumprimento legal de contratos livremente celebrados entre Administração Pública e concessionários –, quais sejam, a capacidade de absorção da demanda pela indústria e a capacidade financeira das empresas e do Poder Concedente para arcar com os custos de tal investimento, sequer configuram interesse público secundário, mas sim, interesses privados, o que no mínimo é absurdo."*

Ressaltou, ainda, que antes de constar do contrato, as condições não cumpridas e questionadas por este Tribunal, estavam previstas no EDITAL e, como tal, foram aceitas e ponderadas pelos então licitantes ao elaborarem suas propostas.

Diante disso, concluiu a Assessoria Jurídica de Controle Externo "*pela irregularidade do Termo de Compromisso firmado entre a Secretaria Municipal de Transporte e os concessionários para a substituição dos veículos com mais de 10 anos de idade e, por consequência, pela irregularidade do aumento de remuneração concedido para a substituição dos veículos com idade superior à permitida"* (folhas 145/157 em 01/04/2007).

Seguiram-se consecutivas manifestações da Secretaria Municipal de Transportes (folhas 67/114, 165/265), da São Paulo Transporte S/A., do Diretor Presidente à época dos fatos (Ulrich Hoffmann), do Ordenador e Signatário do Termo de Compromisso e do 2º Termo de Aditamento (Frederico Bussinger - folhas 326/484), acompanhados de novos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo (145/156, 283/287).

A última manifestação da Coordenadoria V foi no sentido de que os argumentos e justificativas trazidos pela Origem e pelos Interessados em nada alteraram a conclusão dos Órgãos Técnicos pela irregularidade do Termo de Compromisso, da ilegalidade da autorização de complementação da remuneração e

da irregularidade da renovação da frota que constituíram, no seu entendimento, em descumprimento de disposição contratual, passível de aplicação de penalidade pela Origem (folhas 488, em 09/02/2009).

Em pronunciamento derradeiro, a Assessoria Jurídica de Controle Externo manteve a conclusão pela irregularidade do Termo de Compromisso, tanto no respeitante à complementação da remuneração, quanto no estabelecimento de novo cronograma de renovação da frota de veículos.

Acrescentou que incide também contrariamente à fixação de critérios de remuneração por meio da Portaria nº 95/06, o Acórdão prolatado nos autos do TC nº 1.193/07-00 por este Tribunal de Contas que, preliminarmente, *julgou irregular alteração contratual feita por meio de Portaria para reajuste de valores de remuneração e alteração de critérios de cálculo, nos seguintes dizeres:*

"Acordam, por maioria de votos, preliminarmente, tendo em vista que Portaria não é instrumento hábil para alteração de contrato, em determinar a expedição de intimação do Senhor Secretário Municipal de Transportes para declarar a nulidade da Portaria 69/07, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, em 02 de junho de 2007, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, sob pena de responsabilidade."

Destarte, a Assessoria Jurídica colacionou decisão desta Corte que declarou a nulidade de Portaria similar à existente nestes autos (Portaria nº 095/06.SMT.GAB) e consignou o entendimento de que *"o TERMO DE COMPROMISSO também não se afigura formalmente o mais adequado a regularizar a execução dos contratos celebrados em 2003" e as "não conformidades" arguidas pela Origem, exatamente porque, nesse aspecto, se de fato existentes e necessárias, ensejariam aditivos individuais, em cada contrato, a fim de resolver as pontuais questões correspondentes a cada um, posto que, é de se supor que seriam diferenciadas e, por isso, comportariam soluções diferenciadas e não globalmente consideradas em um único documento"* (folhas 285/287 e 498/502 em 25/08/2009).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, calcada nas razões ofertadas pela Origem, propôs o acolhimento do Termo de Compromisso (folhas 293/298 e 504//505).

A Secretaria Geral, por seu turno, salientou que o meio formal correto de qualquer alteração contratual é por meio de termo aditivo, nos termos das Leis Federais nºs 8.987/95 e 8.666/93.

Aduziu que o referido Termo de Compromisso não prevê nenhum tipo de sanção para eventual descumprimento do ali consignado e, ainda, que a Administração não vem cumprindo os seus encargos de Poder Concedente, conforme preceitua o artigo 29 da Lei 8.987/95, razão pela qual acompanhou a Assessoria Jurídica e opinou pela irregularidade do Termo de Compromisso (folhas 307/314).

Os TCs nº 4.100/06-47 e 4.103/06-35 ora julgados de forma englobada, cuidam de requerimentos formulados pela Câmara Municipal de São Paulo (na pessoa do seu então Presidente – Vereador Antônio Carlos Rodrigues) solicitando parecer deste Tribunal de Contas quanto à regularidade do 2º Termo de Aditamento feito ao Termo de Compromisso que visou a renovação da frota dos concessionários e quanto à legalidade da complementação da remuneração ao valor unitário por passageiro registrado, respectivamente.

No TC 4.103/06-35, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle anotou que *"apesar da boa intenção da Administração no sentido de tentar regularizar as diversas e graves pendências existentes no sistema de transporte coletivo público de passageiros na Cidade de São Paulo, não se pode esquecer que o Termo de Compromisso visa, na verdade, regularizar situações de descumprimento aos Contratos de Concessão."*

Concluiu que "tratando-se o presente de solicitação de parecer deste Tribunal quanto à legalidade do 2º Aditamento ao Termo de Compromisso, esse entendimento vincula-se à própria conclusão quanto à legalidade do Termo de Compromisso, tratada no TC 1.583/06-46".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela irregularidade do 2º Termo Aditivo feito ao Termo de Compromisso, considerando que *"quando a Secretaria Municipal de Transportes aduz acerca da falta de conformidade entre as características e condições atuais do Sistema de Transporte e o projeto descrito e detalhado nos anexos do Edital da Concorrência 12/02, relata, na verdade, o descumprimento de cláusulas editalícias e contratuais pelas concessionárias".*

Além disso, acrescentou que "*não se demonstrou, desde a licitação de concessão, qualquer fato superveniente capaz de justificar a necessidade da reestruturação ora em comento"* e que nos termos do artigo 2º, inciso II, da Lei Federal 8.987/95, a concessão de serviço público deve ser desempenhada pela empresa ou consórcio de empresas por sua conta e risco, tal como disposto na legislação municipal específica sobre a matéria, Lei nº 13.241/01.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, subsidiando-se nos elementos trazidos pela Origem propugnou pela regularidade do 2º Termo Aditivo (folhas 27/30).

A Secretaria Geral anexou o seu parecer exarado no TC 1.583/06-46, no qual opina pela irregularidade do 2º Termo Aditivo (folhas 32/40).

No TC 4.100/06-47, a Coordenadoria V entendeu que a complementação de remuneração definida através das Portarias 95/06 e 127/06 da SMT "*revelam-se adequadas unicamente do ponto de vista econômico. Isso porque a planilha de cálculo de remuneração no período entre março/2006 a fevereiro/2007 não foi apropriada aos custos decorrentes da renovação da frota definida no Termo de Compromisso".*

Entretanto, a conclusão da Auditoria foi no sentido de que "*a complementação revela-se irregular do ponto de vista legal",* pelos seguintes motivos:

a.) "As Portarias SMT.GAB 95/2006 e 127/2006 tiveram por base, entre outros, o Termo de Compromisso, o qual não tem respaldo legal;

b.) As remunerações pagas não constam de aditivo aos Contratos de Concessão; e

c.) Descaracterização da concessão pela não efetivação, por parte dos concessionários, dos investimentos em bens reversíveis ao poder público, infringindo o disposto no inciso II do artigo 5º e inciso VII do artigo 9º, ambos da Lei Municipal nº 13.241/2001." (folhas 12 e 9/17).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo consignou que o Termo de Compromisso em apreço, introduziu a complementação da remuneração por passageiro registrado, objetivando ressarcir as concessionárias pelos acréscimos de custos operacionais à medida que a frota fosse sendo renovada.

Anotou que a mencionada remuneração encontra-se estabelecida na Portaria 95/06 da Secretaria Municipal de Transportes, sendo que o § 1º do seu artigo 2º prevê acréscimo na remuneração do operador, na medida em que haja qualquer substituição de veículos com tecnologia adequada e aprovada pelo Poder Público, bem como será debitada da remuneração quando não ocorrer a renovação da frota conforme o cronograma.

Concluiu que, "*em se admitindo a equação econômico-financeira como princípio norteador da relação jurídica existente entre o Poder Público e o Concessionário, não poderia referida equação ser tida como regra a ser aplicada como premissa para o estabelecimento da tarifa",* motivo pelo qual manifestou-se pela irregularidade da complementação do valor unitário da remuneração, do ponto de vista legal (folhas 13/20 e 19/29).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira das razões expostas pela Origem, propugnou pela legalidade da complementação da remuneração.

A Secretaria Geral endossou a manifestação da Assessoria Jurídica pela irregularidade da complementação (folhas 40/49).

VOTO ENGLOBADO

A lavratura do Termo de Compromisso ora sob exame, constituiu, de acordo com os motivos nele consignados, em uma tentativa da Administração Municipal "solucionar" *as "não conformidades verificadas, quando*

se cotejam, de um lado, as características e condições atuais DO SISTEMA DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS na Cidade de São Paulo, e de outro, o mencionado projeto, descrito e detalhado nos anexos do Edital da Concorrência nº 12/02 e nos contratos de concessão celebrados em julho/03." (vide justificativa do próprio então Secretário de Transportes, fornecida a esta Corte, às folhas 04/18).

O sistema de remuneração por passageiro registrado teve início da sua aplicação/vigência em março de 2005, com base nos custos operacionais segundo estudos realizados pela SPTrans, levando-se em conta a participação relativa dos custos programados de cada área no custo total do subsistema estrutural, de acordo com as frotas, linhas e demais características operacionais daquele momento.

O referido tipo de remuneração foi instituído pelo Poder Público sem a assinatura de qualquer termo aditivo por parte dos concessionários que pressionaram por reajustes de remuneração com base em planilhas de custos e cesta de índices previstas contratualmente, alegando desequilíbrio econômico-financeiro que poderia resultar na inviabilização do contrato de concessão no curto-prazo.

Esse método de pagamento perdurou por 12 meses quando se introduziu, em 2006, mediante o Termo de Compromisso em apreço, a complementação da remuneração por passageiro registrado, objetivando ressarcir as concessionárias pelos acréscimos de custos operacionais à medida que a frota fosse sendo renovada.

A mencionada remuneração encontra-se estabelecida na Portaria 95/06 da Secretaria Municipal de Transportes, sendo que o § 1º do seu artigo 2º prevê acréscimo na remuneração do operador, na medida em que haja qualquer substituição de veículos com tecnologia adequada e aprovada pelo Poder Público, bem como que será debitada da remuneração quando não ocorrer a renovação da frota conforme o cronograma.

Consoante se infere da instrução, o entendimento expressado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral é firme no sentido da irregularidade do referido Termo de Compromisso quanto à renovação da frota e, por conseguinte, quanto à complementação ao valor unitário de remuneração por passageiro registrado.

Vejamos.

De início, tem-se que o referido Termo de Compromisso, não encontra amparo legal.

À luz do Direito Administrativo Brasileiro, as alterações de contratos derivados de licitações devem ser efetuadas por Termo de

Aditamento, conforme determina o "caput" do artigo 60 e o artigo 65 da Lei Federal 8.666/93, o artigo 49 da Lei Municipal nº 13.278/02 e a Súmula 32 do Instituto de Licitações e Contratos nº 54 de agosto de 1998, que assim dispõe:

"Toda e qualquer alteração contratual deve ser formalizada através de termo aditivo, exceto as decorrentes de reajustes, atualizações, compensações ou penalizações financeiras previstas no contrato original, que, em verdade, não configuram alteração contratual, e por esse motivo podem ser registradas por apostila."

Assim, o Termo de Compromisso lavrado não encontra fundamento legal quer na Lei Federal nº 8.987/95, quer na Lei 8.666/93, que subsidia aquela, ou ainda na mencionada Lei Municipal.

Não obstante, a mencionada irregularidade é superada em absoluto pelos vícios materiais do citado Termo de Compromisso, seja pela ausência de justificativa, seja pela inexistência de motivos ou finalidade que objetiva.

Os Técnicos entenderam que ficou demonstrado, dos documentos juntados aos autos, que *"as concessionárias de transporte coletivo vinham deixando de cumprir o avençado nos contratos de concessão, relativamente à renovação da frota que, conforme restou comprovado nos autos, ainda contava (em 2006) com expressivo percentual de automóveis com mais de 10 (dez) anos circulando para prestar o serviço público em questão".*

O entendimento uníssono da Coordenadoria V, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral foi no sentido de que, "os motivos apresentados pela Secretaria Municipal de Transportes, como justificadores de um novo cronograma para renovação da frota, em detrimento do cumprimento legal dos contratos vigentes, (tais como a capacidade de absorção da demanda pela indústria e a capacidade financeira das empresas e do Poder Concedente para arcar com os custos de tal investimento) traduzem unicamente interesses privados e não coletivos".

Em verdade, quando a Secretaria Municipal de Transportes aduziu acerca da suposta "*falta de conformidade entre as características e condições atuais do Sistema de Transporte e o projeto descrito e detalhado nos anexos do Edital da Concorrência 12/02*", relatou, de fato, o descumprimento de cláusulas editalícias e contratuais pelas concessionárias.

No resumo da Área Jurídica, *"ao invés de punir as concessionárias por descumprimento de cláusula contratual, a Origem alterou sem fundamento legal o contrato, por meio de Termo de Compromisso, dispondo do interesse publico ao admitir circulação de frota com idade superior a 10 anos e autorizando complemento na remuneração".*

Muito embora a Origem tenha narrado acerca do esforço que vinha empenhando para reestruturar o Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros, bem como sobre a necessidade de interpretar os contratos considerando-se a situação fática envolvida, não se pode por de lado que as características do contrato administrativo decorrem de lei e só nos lindes por esta permitidos serão validamente utilizadas.

Tal hipótese não foi reconhecida pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal, em especial, por se tratar de regime jurídico administrativo, cujas regras e princípios são construídos a partir de duas premissas maiores: a *supremacia do interesse público sobre o privado* e a *indisponibilidade, pela Administração, do interesse público*.

Como bem caracteriza a melhor doutrina, o contrato administrativo é mutável e de finalidade pública, e o serviço público regular e contínuo, impondo-se o respeito a essas características, bem como ao objeto contratual, ao equilíbrio econômico-financeiro e aos princípios administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entretanto, todos esses elementos trazidos não podem ser utilizados como justificadores de descumprimento contratual, como ficou consignado no entendimento dos Técnicos deste Tribunal, uma vez que as alterações pretendidas e levadas a efeito por meio do Termo de Compromisso não possuem amparo legal, não possuem motivação ou finalidade pública e não traduzem interesses coletivos.

Ora, não é pelo fato de a lei prever a mutabilidade contratual que se pode efetuar qualquer alteração no mesmo, mas tão somente aquelas legalmente previstas e justificadas, com a finalidade de atendimento ao interesse público.

Conforme salientou a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a alteração em disposição contratual, também não parece aceitável, quando se considera que no momento da celebração dos contratos, que previram a vedação à circulação de veículos com mais de 10 anos na frota, o valor da tarifa a remunerar os concessionários, ao ser calculado, ponderou e embutiu em seu custo, uma série de itens, dentre os quais o custo da renovação da frota nesse prazo máximo (10 anos), sendo, portanto, uma questão de respeito ao princípio da legalidade o dever de cumprimento de tal cláusula contratual.

Até porque, não se tratam de fatos imprevisíveis a ensejar a mutabilidade contratual, como prevê a lei e onde poder-se-ia falar em legitimidade para a alteração que tentou a Origem justificar, mas sim de situação decorrida há mais de 03 (três) anos (levando-se em consideração que os ajustes foram lavrados em 2003 e o Termo de Compromisso em 2006).

Além disso, salientaram os Órgãos Técnicos que, nesse período de três anos, “as concessionárias arrecadaram, com a tarifa, além do seu

lucro (ou taxa de retorno), o custo operacional e de investimento do serviço, onde se inclui a renovação da frota, não sendo razoável, portanto, decorrido todo esse prazo, no momento em que os veículos devem ser trocados, a população usuária aguardar ainda por mais 02 (dois) anos para que se cumpra algo que efetivamente já pagam".

Admitir isso como regular seria premiar o não cumprimento dos contratos. Como bem sintetizou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, "*com a edição da Portaria nº 95/06, os concessionários, além de não serem punidos pelo descumprimento da referida cláusula contratual, serão 'premiados' com um adicional à remuneração, caso cumpram o novo cronograma para renovação da frota estabelecido no termo em questão*" (informação constante de folha 30 dos autos).

Assim, diante de todo o exposto, com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, JULGO IRREGULAR O TERMO DE COMPROMISSO firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e as Concessionárias de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Cidade de São Paulo e o correspondente 2º Termo de Aditamento, considerando, por conseguinte, ilegal a autorização de complementação da remuneração por passageiro registrado e irregular a introdução de novo cronograma de renovação de frota de veículos.

Com relação aos 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, a questão 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.

Determino sejam encaminhadas cópias da decisão a ser alcançada por este Plenário ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta aos diversos requerimentos constantes nos autos, visando instruir o Inquérito Civil nº 274/2006 instaurado no âmbito daquele Órgão, bem como à Câmara Municipal de São Paulo (na pessoa do seu atual Presidente), tendo em vista que a presente análise decorreu de solicitações feitas pela Edilidade a este Tribunal de Contas, nos autos dos TCs 4.100/06-47 e 4.103/06-35 de 2006.

Determino ainda, sejam enviadas cópias da decisão à Secretaria Municipal de Transportes, à São Paulo Transporte S.A. e ao Ordenador da Despesa e Signatário do Termo de Compromisso e do Termo de Aditamento.