EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-005.096.03-64

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Concessão de serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros. Ausências de verificação de documentos exigidos no edital, de garantia contratual e das apólices de seguro. ACOLHIDO excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TCs citados: 72-003.633.06-93, 72-000.323.03-47, 72-001.258.03-12.

Legislação citada: Art. 30, III, CF. Arts. 5º, II e 38, Lei Mun. 13.241/01. Lei 8.987/95.

TC citado: 72-000.323/03-47

2.760ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando as manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte e da Procuradoria da Fazenda Municipal, em acolher, em caráter excepcional, o Contrato 702/03.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Transportes que, em futuros ajustes da espécie, atue com o zelo exigido no trato com a coisa pública, especialmente nos contratos de grande vulto e que tenham por objeto prestação de serviço essencial à população, e que, antes da assinatura do contrato, cumpra rigorosamente a lei, verificando:

1. a apresentação, a validade e a conformidade de todos os documentos da Concessionária exigidos no edital;

2. a autenticidade da garantia contratual oferecida; e

3. a adequação das apólices de seguro, das respectivas coberturas e dos valores contratados com as exigências legais e do edital.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em assinalar que outras determinações cabíveis, os efeitos decorrentes do descumprimento de obrigação da Concessionária, verificado neste feito, e as penalidades aplicáveis ao caso, serão tratados nos autos do processo TC 72.003.633.06-93, em que se dá o acompanhamento da respectiva execução contratual.

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

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

2) o Senhor Prefeito do Município de São Paulo;

3) a Câmara Municipal de São Paulo e a respectiva Comissão Parlamentar de Inquérito instituída sobre Transporte Coletivo; e

4) a Controladoria Geral do Município.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de agosto de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Nestes autos há solicitação de informação formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o contrato de concessão em pauta.

Cuidam os autos da análise do Contrato de Concessão nº 702/03, tendo por objeto os serviços de transporte público coletivo de passageiros na Área nº 02 do Subsistema Estrutural da Cidade de São Paulo, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a empresa Comercial Sambaíba de Veículos Ltda. (atualmente denominada Sambaíba Transportes Urbanos Ltda.).

O ajuste foi formalizado em 21 de julho de 2003, pelo prazo de 10 (dez) anos, prorrogáveis por mais 5 (cinco) anos, no valor de R$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais).

Inicialmente, após a Origem e o Concessionário apresentarem documentação complementar para a instrução processual, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle submeteu questões de ordem jurídica para serem dirimidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, que assim se manifestou:

a) Do "quadro comparativo entre a minuta do contrato e o contrato, no qual foram apontadas algumas diferenças entre os dois instrumentos (...) verifica-se que as alterações não implicaram em irregularidades".

b) Os itens relacionados à "possibilidade de prorrogação do prazo para até 25 anos da concessão, realmente não constam do contrato, tendo em vista que a origem corrigiu esses itens, de acordo com a orientação desta Corte, conforme fl. 557 do TC 323.03-47".

c) Cabe à Origem manifestar-se "expressamente quanto à prestação da garantia exigida pelo Edital, para que possa ser sanada essa falha".

d) "Data vênia, ao que tudo indica, a apólice apresentada está de acordo com a norma acima aludida [Decreto nº 42.736/02] e com o edital, pois refere-se ao seguro de responsabilidade civil objetiva e não ao seguro da frota de veículos. (...) A indagação que pode ser feita é a seguinte: quando a apólice menciona 'terceiros' estão incluídos os passageiros?(...) Pois, a norma acima destacada exige que estes, também estejam assegurados".

e) Compete à Origem manifestar-se sobre a ausência de documentos relacionados à cláusula 19.6, pois a apresentação de "estrutura técnico-operacional perfazia condição para assinatura do contrato".

E, especificamente sobre a Cláusula 19ª – Disposição transitória, teceu elaboradas considerações, destacando-se as seguintes:

(I) – "Conforme consta dos autos, essa cláusula de natureza transitória foi incluída no contrato, diante 'de especial dificuldade no processo de transição do antigo para o novo modelo institucional, pois metade dos meios de transporte deve entrar em operação na forma prevista no novo modelo, mas a outra metade, à qual deveria articular-se, ainda não estão prontos e ainda não foram instalados os equipamentos necessários à bilhetagem eletrônica'".

(II) - “No parecer do Professor Adilson Abreu Dallari...constou que: ‘Trata-se de prestar o mesmo serviço licitado, apenas com algumas variações, que terão que ser toleradas durante algum tempo, em decorrência da impossibilidade temporária da implantação correta do novo modelo’.”

(III) - “O parecerista supra-aludido consignou que: ‘As condições especiais de execução dos serviços de transporte coletivo durante a fase de transição poderiam, também ser objeto de um contrato emergencial, pois estão presentes os requisitos de essencialidade e de urgência. Os serviços não podem ser interrompidos. g.n.”.

(IV) - “E concluiu que: ‘Com muito maior razão poderão ser prestados pelos vencedores da licitação, que indubitavelmente poderiam ser contratados em caráter emergencial. Porém dada a indeterminação do tempo necessário à transição, a melhor solução, sem dúvida alguma, é a inclusão de disposições transitórias no contrato decorrente da licitação. Tais disposições transitórias irão pouco a pouco perdendo eficácia, na medida em que o contrato permanente possa ir sendo aplicado”.

(V) - “Impõe-se consignar que o vulto, a complexidade e a peculiaridade do certame, ora examinado, implica uma análise do contexto em que a mesma encontra-se inserida, notadamente pelo caráter social inquestionável de prioridade do transporte público coletivo de passageiros na Capital”.

(VI) - “Cumpre ressaltar que, juridicamente, não há como se inferir os reflexos decorrentes da inserção da cláusula 19ª e se a mesma vem causando prejuízo ao Erário”.

(VII) - “Portanto, numa análise estritamente formal, a cláusula 19ª não poderia ter sido incluída, entretanto, faltam elementos para que sejam sopesados a inclusão dessa cláusula com os princípios norteadores do direito, notadamente o da razoabilidade e o de melhor atendimento ao interesse público”.

Na sequência, em 16 de dezembro de 2004, a imprensa publicou notícia sobre a apresentação de garantia bancária falsa por parte do Concessionário da Área 6, o que provocou a imediata atuação deste Tribunal de Contas, que apurou ter a quase totalidade dos concessionários, das 8 (oito) áreas licitadas – incluindo a Comercial Sambaíba de Veículos Ltda. (fl. 218) –, oferecido cartas de fiança inidôneas com timbre do Banco de La Nación Argentina.

Efetuadas diligências por esta Corte junto à Origem, ao Banco Central do Brasil e aos estabelecimentos bancários constantes como emitentes das garantias vinculadas aos Contratos de Concessão dos serviços de transporte coletivo, obteve resposta do Banco de La Nación Argentina, que declarou, expressamente, não ter emitido as indigitadas cartas de fianças e, sendo falsas, comunicou a prática de atos ilícios ao 78º Distrito Policial, resultando na instauração do Inquérito Policial nº 827/04.

Por sua vez, este Tribunal de Contas encaminhou toda a documentação relativa às garantias financeiras falsas ao Ministério Público do Estado de São Paulo, visando instruir as providências de sua alçada.

A Origem e a Comercial Sambaíba de Veículos foram oficiadas para manifestação acerca da autenticidade das Cartas de Fiança apresentadas a título de garantia à execução do Contrato nº 702/03 em análise, bem como para encaminhamento de planilhas de custos, a detalhar a forma de remuneração então vigente.

A Concessionária apresentou resposta, expondo que:

a) todos os Concessionários agiram com boa fé ao adquirirem as cartas de fianças emitidas pelo Banco de La Nación Argentina, indicado pela Orla Adm. Corretora de Seguros Ltda., empresa contratada para obter no mercado a garantia bancária;

b) as cartas de fiança inquinadas de vício vigoraram até 21 de julho de 2004 e não foram utilizadas, por isso não causaram prejuízo ao Erário Público;

c) a garantia é assessória e, portanto, sua nulidade não atingiria o contrato principal;

d) tão logo veio à tona a questão da falsidade das garantias, antes mesmo que a imprensa divulgasse a notícia, a Concessionária realizou sua substituição, demonstrada pela cópia da carta de fiança emitida pelo Banco Safra, em 17 de agosto de 2004; e

e) no tocante à planilha de custos, a Secretaria Municipal de Transportes, em 3 de março de 2005, emitiu “NOTA DE ESCLARECIMENTO” em que estabelece novos valores de remuneração para cada Área, devido ao término da vigência das “Disposições Transitórias”.

A Secretaria Municipal de Transportes, por sua vez, no tocante à apuração de irregularidades nas cartas de fiança, alegou não lhe competir, “em tese e em sentido estrito, a verificação da autenticidade dos documentos em questão (...), que devem ser apresentados perante a Secretaria Municipal de Finanças”, responsável pela emissão de documento comprobatório de tal apresentação, “o qual passa a integrar o processo administrativo” correspondente à contratação, consoante exposto no edital.

Não obstante, informou haver constituído Comissão de sindicância para apuração dos fatos e responsabilidades, mediante a Portaria nº 020/SMT-GAB/2005, publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, em 8 de maio de 2005, após ser oficiada por este Tribunal de Contas.

A Origem e o Signatário do Ajuste foram solicitados a apresentar explicações quanto aos apontamentos iniciais da Área Jurídica e sobre a denúncia envolvendo as garantias oferecidas.

A Pasta de Transportes encaminhou suas justificativas com enfoque em cada um dos itens, de modo a demonstrar sua conformidade com a legislação de regência e o edital, e afirmou que os motivos que ensejaram o período de transição regido pela clausula 19 do contrato estariam superados, exigindo que se declarasse concluída a fase transitória e, consequentemente, vigentes as cláusulas contratuais originalmente concebidas, com amparo nos termos do Relatório Técnico – DO nº 004/05, de 1º de março de 2005, da SPTrans.

Outrossim, apresentou o relatório produzido pela Comissão Sindicante, que destacou a perplexidade em encontrar a documentação vinculada ao processo “em total desorganização, falta de documentos originais, papeis avulsos ao processo”, do qual deveriam fazer parte, e ausência de ordem sequencial. E apontou uma sucessão de falhas administrativas, contradições entre depoimentos, presença de intermediários vinculados à apresentação das garantias falsas em reuniões administrativas, divergências de assinaturas em cópias de documentos oficiais, morosidade inexplicável e o comportamento relapso dos concessionários, sem, no entanto, apresentar um resultado conclusivo que conduzisse à identificação e responsabilidades pelos ilícitos, alegando demandar mais tempo para diligências complementares.

O ordenador da despesa e Signatário do Ajuste, ao oferecer razões de defesa, enfatizou as políticas públicas para o transporte coletivo implantadas durante a Gestão Administrativa de 2001 a 2004 e sustentou a inexistência de vícios ou irregularidades apontados pela Área Jurídica desta Corte, sob os argumentos de que:

a) não houve apresentação do documento de comprovação do depósito de caução emitido pela Secretaria Municipal das Finanças, porque os “documentos estavam sendo alvo de uma análise mais aprofundada pela Secretaria das Finanças sobre a origem dos mesmos” (grifo);

b) as apólices de seguro contratadas estão de acordo com a norma pertinente e o edital, “vez que referem-se ao seguro de responsabilidade civil objetiva e não ao seguro da frota de veículos”; e

c) a inclusão da cláusula denominada “disposições transitórias” justificou-se para evitar contratos emergenciais durante a implantação do novo e complexo modelo do sistema de transporte, sem implicar afronta ao princípio da vinculação ao edital, transitoriedade essa que já se encontra superada.

Ao analisar todo o acrescido aos autos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do Contrato de Concessão nº 702/03, com base nos seguintes fundamentos:

1.- introdução da cláusula 19ª - Disposições Transitórias no Contrato, violando:

-os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, preceituados no artigo 3º, da L.F. nº 8.666/93;

-o artigo 54, § 1º, L.F. nº 8.666/93, por resultar em desconformidade os termos da licitação e da proposta a que se vincula, com o instrumento contratual;

- descaracterização da natureza jurídica da concessão.

2.- utilização de carta de fiança falsa (no período de 24.07.03 a 24.07.04) e inexistência de garantia (no período de 25.07.04 a 16.08.04), infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, L.F. nº 8.666/93.

Situações passíveis de gerar rescisão contratual, conforme previsto no artigo 78, I, L.F. nº 8.666/93 e punição aos concessionários frente à ilicitude praticada.

3.- a apólice de seguro apresentada pela Comercial Sambaíba de Veículos Ltda. não traz cobertura de acidentes pessoais aos condutores, cobradores, funcionários, guias turísticos e passageiros transportados, infringindo ao previsto no artigo 4º, § 3º, D.M. nº 42.736/02 e o edital (itens 15.5, 15.5.1, 15.5.2 e 15.5.3).

Ademais, ressaltamos que: a SMT deve exigir a atualização e renovação da caução, mantendo-a sempre vigendo, durante todo o período de execução contratual, bem como promover diligência no sentido de verificar a autenticidade da mesma".

Por indicação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Origem foi oficiada para o fim de informar a data de encerramento da fase de transição referida na cláusula 19 das Disposições Transitórias do Contrato de Concessão e sobre os resultados alcançados pela Comissão de Sindicância sobre as cartas de fiança falsas.

Devidamente oficiada, a Secretaria Municipal de Transportes, ao se manifestar sobre os questionamentos da Área Jurídica, apresentou os argumentos assim sintetizados:

1.- Antes de a Pasta tomar ciência de que a garantia era falsa, a Concessionária da Área 2 apresentou Carta de Fiança emitida pelo Banco Safra S.A., em 17/08/04.

2.- A questão que envolve a inclusão da cláusula 19 nos contratos encontrava-se superada com a prolação do Acórdão no TC 72.000.323/03-47, e os técnicos "já concluíram que a remuneração das empresas concessionárias e

permissionárias ... foi realizada, naquele período, de acordo com as disposições da mencionada cláusula contratual".

3.- A apólice de seguro de responsabilidade civil apresentada pela concessionária atende a legislação e o edital, uma vez que prevê coberturas para danos materiais, corporais e morais.

4.- "Transcorridos 17 (dezessete) meses do início da operação decorrente dos ajustes, área operacional da São Paulo Transporte S.A., ao analisar os Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros, verificou que as condições que ensejaram o 'período de transição', especialmente, no que se refere à remuneração do operador, haviam sido superadas, possibilitando o encerramento daquele período excepcional, e, a consequente adoção do critério de remuneração fixado na Cláusula Sétima dos ajustes, até então, suspensa."

5.- Embora encerrado o período de transição, "mostrava-se necessário realizar uma revisão e atualização da rede transporte, com vistas à sua racionalização, com a implantação de medidas como, a troncalização do sistema, a reconfiguração das linhas e a reorganização de trajetos".

6.- E "a emissão da Ordem de Serviço Definitiva somente será possível com a efetiva implantação da rede revisada, o que está se dando de forma gradativa".

Enviou, ainda, o Relatório Final da referida Comissão de Sindicância, que alcançou as seguintes conclusões:

"a) O procedimento adotado na tramitação das garantias contratuais difere daquele previsto no edital;

b) Não há documentos no processo que registram algumas de suas etapas fundamentais, como por exemplo, a determinação para a emissão das Ordens de Serviço;

c) Já que foi confirmada a falsidade de todas as garantias, os contratos de concessão, à exceção da área 02, permaneceram descobertos por 24 (vinte e quatro) meses após a assinatura dos mesmos;

d) As concessionárias delegaram a terceiros ações decorrentes de imposições do edital e das obrigações contratuais que a eles competia;

e) Houve falta de rigor na tramitação do processo, tanto no âmbito da Secretaria de Finanças quanto no da Secretaria Municipal de Transportes;

f) Apesar de participante de várias etapas do processo, não foi caracterizada responsabilidade [agente público] nos eventos determinantes

que envolveu a licitação, bem como os depoimentos não apontaram para o exercício de tráfico de influência pelo mesmo;

g) O ex-Secretário de Transportes... assumiu a responsabilidade pelas Ordens de Serviços, bem como pela forma que tramitou a questão das garantias contratuais e suas substituições no âmbito da Secretaria Municipal de Transportes;

h) Já o ex-Secretário de Finanças,...não assumiu qualquer responsabilidade pelos fatos ocorridos no âmbito de sua secretaria, como a ausência de tramitação do processo por quase 01 (um) ano, e para a qual não foi apresentada qualquer justificativa. Aliás, nenhum executivo da Secretaria de Finanças se responsabilizou por tais fatos".

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao examinar as justificativas complementares, manteve as objeções que embasaram seus relatórios e reafirmou que não havia prova de que a cláusula 19 não teria provocado alteração do valor contratual, diante da alteração na forma de remuneração do período de transição, e retirratificou sua conclusão pela irregularidade do ajuste, com base nos seguintes fundamentos:

"1.- introdução da cláusula 19ª - Disposições Transitórias no Contrato, violando:

- os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, preceituados no artigo 3º, da L.F. nº 8.666/93;

- o artigo 54, § 1º, L.F. nº 8.666/93, por resultar em desconformidade os termos da licitação e da proposta a que se vincula, com o instrumento contratual;

- descaracterização da natureza jurídica da concessão.

2.- utilização de carta de fiança falsa (no período de 24.07.03 a 24.07.04) e inexistência de garantia (no período de 25.07.04 a 16.08.04), infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, L.F. nº 8.666/93".

Frisou, ainda, inexistirem informações sobre a aplicação de punições aos concessionários em decorrência da utilização de carta de fiança falsa e, por fim, ressaltou "não ser possível uma manifestação conclusiva acerca do (...) seguro de responsabilidade civil com a amplitude exigida, uma vez não haver cópia do contrato celebrado entre as empresas componentes e sociedade seguradora".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reafirmou seu entendimento no sentido de estar superada a questão da cláusula 19, pois, "além de demonstrada a necessidade do período de transição e o prévio conhecimento desta pelos licitantes com a publicação dos respectivos esclarecimentos – que se tornaram parte integrante do edital – a matéria foi objeto de deliberação pelo Colegiado desta

Egrégia Corte de Contas no TC 323/03-47, em Acórdão proferido na data de 24.02.2003".

Quanto à carta de fiança falsa apresentada pela Comercial Sambaíba de Veículos Ltda., observou:

a) "muito embora a sindicância interna tenha concluído que o particular agiu de maneira relapsa e que sua displicência seria passível de punição, nenhuma providência foi tomada pela Origem com o propósito de responsabilizar a concessionária";

b) "na prática, o contrato permaneceu sem garantia legítima de 21.07.2003 (data de sua assinatura) até 17.08.2004, quando emitida a carta de fiança pelo Banco Safra (fl. 174)";

c) é "irregular a omissão da Secretaria Municipal de Transportes, que deveria aplicar as penalidades cabíveis pelo incontroverso descumprimento de obrigações contratuais"; e

d) essa falha poderá ser objeto de julgamento no processo "referente à análise da execução do contrato de concessão".

E, com "fulcro na afirmação textual do Secretário da Pasta de Transportes de que as apólices de seguro atendiam ao disposto no artigo 4º, § 3º, do Decreto Municipal nº 42.736/02, em pronunciamento anterior se concluiu superada esta questão, o que se justifica pela presunção de veracidade da declaração e do ato administrativo", cabendo, entretanto, em sede de execução contratual a "análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual" correspondente.

Com base nesses fundamentos a Área Jurídica entendeu "que não restaram óbices capazes de impedir o acolhimento do Contrato nº 702/03", posto que os efeitos da apresentação de garantia inidônea, constatada na análise formal do ajuste, serão apreciados no processo da respectiva execução contratual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fiando-se nas informações e razões produzidas pela Administração, disse acreditar que este Tribunal "sopesará que, a par das impropriedades havidas, que estão a merecer a devida responsabilização, o ajuste em questão diz respeito a serviço essencial, que não pode sofrer solução de continuidade, sob pena de transformar a cidade num verdadeiro caos, sacrificando brutalmente o usuário desse meio de transporte".

A Secretaria Geral observou, inicialmente, ser necessário superar a "divergência dos órgãos técnicos, opinando a SFC pela irregularidade e a AJCE pela irregularidade da contratação", e tratou de enfocar os "itens que ensejaram maior discussão", assim posicionando-se:

a) no "tocante à cláusula 19ª 'Das Disposições transitórias' do contrato de concessão, nenhuma objeção pode subsistir ante a constatação de que a fase de transição havia sido objeto de esclarecimento de dúvidas, inclusive quanto à respectiva remuneração, nos itens 22 e 23 do Esclarecimento nº 04, expressamente incorporado ao Edital, nos termos do subitem 23.3.4 do documento convocatório";

b) a referida cláusula transitória "era inegavelmente necessária ao serviço público, sob pena de sequer ser possível o início de sua execução";

c) "o contrato não é a repetição pura e simples do Edital e tampouco é inalterável durante a sua execução nas situações legalmente determinadas, desde que atendido o interesse público";

d) no que tange ao seguro, ainda que "tivesse sido contratado em valor insuficiente, o que é difícil precisar dado o aspecto aleatório dos danos eventuais, a responsabilidade objetiva é do concessionário, que a suportará com seu patrimônio, naquilo que não for coberto pelo seguro contratado (...) e os valores mínimos fixados no subitem 15.5 do Edital foram observados pelo concessionário";

e) parece, "pois, atendido o disposto no art. 4º, § 3º do Decreto Municipal nº 42.736/02, sem necessidade de se continuar a perquirição desse tema em acompanhamento de execução contratual";

f) de "maior gravidade, contudo, é a apresentação de garantias falsas, assim reconhecidas pelo próprio banco apontado como expedidor das cartas de fiança apresentadas";

g) a "alegação da empresa, no sentido de que a carta de fiança não chegara a ser utilizada, em razão de não ocorrerem dívidas no período de sua vigência não descaracteriza o seu uso para 'pretensamente' cumprir obrigação editalícia";

h) a "alegada boa fé da empresa no caso (...) tem sua presunção abalada pelo indício fortíssimo consistente no fato de ser a maior interessada na expedição desse documento"; e

i) "a carta de fiança apresentada em substituição à declarada falsa, e emitida pelo Banco Safra S.A. foi aprovada pela Secretaria de Finanças (fls. 472)" e "a situação anômala então existente, foi regularizada".

Por fim, opinou pela regularidade do Contrato nº 702/03, ressalvando "a existência de vícios graves que conduziriam à sua anulação ou à declaração de caducidade da concessão, ou ao menos, à aplicação de sanções contratuais e legais (...) ao concessionário", motivo pelo qual propôs a expedição de determinação à Origem para aplicar as sanções cabíveis à empresa Comercial

Sambaíba de Veículos Ltda., aferindo-se o cumprimento dessa determinação no acompanhamento da respectiva execução contratual.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cabe destacar que nestes autos há solicitação de informação formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o contrato de concessão em pauta (PJC-CAP nº 515/04-4º PJ – folha 508).

A outorga da concessão do serviço público de transporte coletivo no Município de São Paulo deu-se por intermédio da Concorrência nº 12/02, realizada pela Secretaria Municipal de Transportes, para cada uma das oito áreas em que a região metropolitana foi dividida para fins de implantação desse sistema de transporte, resultando na celebração de oito contratos de concessão, em 21 de julho de 2003, estando ora em julgamento o Contrato nº 702/03, formalizado com a empresa Comercial Sambaíba de Veículos Ltda. (atual Sambaíba Transportes Urbanos Ltda.), correspondente à Área 2, analisado nestes autos.

O certame foi pautado na Lei Municipal nº 13.241/2001, que, ao dispor "sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo", constituiu o Sistema Integrado composto por dois Subsistemas: o Estrutural e o Local, nos termos do artigo 2º.

Para a prestação do Serviço de Transporte Público de Passageiros, em ambos os Subsistemas, a citada lei estabeleceu os dois regimes jurídicos previstos no inciso III do artigo 30 da Constituição Federal: a concessão e a permissão.

A concessão, disciplinada na Lei Federal nº 8.987/1995, teve seu objeto assim definido na referida norma municipal (Lei nº 13.241/2001), em seu artigo 5º, inciso II: "delegação da prestação e exploração do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, nos Subsistemas Local e Estrutural, dentro dos limites do Município, que será condicionada a investimentos em bens reversíveis".

E justamente para a outorga da concessão dos serviços de transporte coletivo no Subsistema Estrutural foi lançada pela Secretaria Municipal de Transporte a Concorrência nº 12/02, levada a efeito após o Pleno deste Tribunal de Contas haver autorizado a retomada do certame, nos autos do TC nº 323.03-47, no qual se deu a análise do respectivo edital.

A primeira questão que se colocava era se o modelo adotado naquele instrumento convocatório inseria-se, efetivamente, no regime de concessão, tal qual definido nas normas federal e municipal supramencionadas.

No TC 1.258.03-12, levado a julgamento na presente Sessão Plenária, justamente tendo por objeto o "exame aprofundado sobre a natureza jurídica da Concessão, decorrente da Concorrência 12/2002", o voto proferido, como Relator, foi no sentido do reconhecimento desse regime jurídico relevando suas disposições excepcionais, pois adaptado às peculiaridades decorrentes da "implantação do novo modelo de organização do Serviço de Transporte Público de Passageiros", a que se refere o artigo 38 da aludida Lei Municipal nº 13.241/2001.

A segunda questão, e a de maior relevo para a apreciação do Contrato de Concessão ora em pauta (nº 702/03), refere-se à validade da "cláusula décima nona – das disposições transitórias", incluída no ajuste, sem estar expressa na minuta de contrato que acompanhou o Edital da citada Concorrência.

O objetivo da inclusão desse item contratual encontra-se explicitada no próprio corpo, no item 19.1, assim redigido:

"Esta cláusula, de natureza transitória, destina-se a disciplinar os direitos e obrigações das partes contratantes, em especial as providências necessárias ao início da operação na área objeto da concessão, a serem adotadas entre a assinatura do contrato e o início da referida operação".

E o embasamento jurídico para a inserção dessa cláusula, bem como os motivos e os efeitos dessa cláusula temporária, estão no item 19.1.1., ora transcrito:

"a inclusão dos subitens a seguir decorrem do contido no Esclarecimento nº 04, pergunta 23, tendo em vista a necessidade de estabelecer regras, durante o período de transição, para a operação do serviço de transporte coletivo público de passageiros, entre as quais os critérios de remuneração e técnicos para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, considerando que a rede de transporte coletivo prevista no edital ainda não pode ser implantada, em função de:

– (...) inexistência dos elementos enumerados – rede de transporte, bilhetagem eletrônica e a estrutura tarifária (...)".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao analisar detidamente a "Cláusula Nona", expôs os diversos argumentos que a levaram a convencer-se da possibilidade de inclusão dessa cláusula, dos quais são destacados os seguintes:

1.- "essa cláusula de natureza transitória foi incluída no contrato, diante 'de especial dificuldade no processo de transição do antigo para o novo modelo institucional" e ressaltou "o vulto, a complexidade e a peculiaridade do certame".

2.- No parecer jurídico do Professor Adilson Abreu Dallari, em resposta à consulta formulada pela Origem, afirmou que "Tais disposições transitórias irão pouco a pouco perdendo eficácia, na medida em que o contrato permanente possa ir sendo aplicado".

3.- Não mais subsiste dúvida a respeito da devida inserção da cláusula 19, pois, "além de demonstrada a necessidade do período de transição e o prévio conhecimento desta pelos licitantes com a publicação dos respectivos esclarecimentos – que se tornaram parte integrante do edital – a matéria foi objeto de deliberação pelo Colegiado desta Egrégia Corte de Contas no TC 323/03-47, em Acórdão proferido na data de 24 de fevereiro de 2003".

O parecer da Secretaria Geral enfatizou que "a fase de transição havia sido objeto de esclarecimento de dúvidas, inclusive quanto à respectiva remuneração, nos itens 22 e 23 do Esclarecimento nº 04, expressamente incorporado ao Edital, nos termos do subitem 23.3.4 do documento convocatório", e que tal cláusula de caráter temporário "era inegavelmente necessária ao serviço público, sob pena de sequer ser possível o início de sua execução".

E até a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que nos autos do TC 5096/03 entendeu que a "introdução da cláusula 19ª – Disposições Transitórias no Contrato, [violaria] os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, em sua manifestação, no TC 3.633/06-93, constatou as providências adotadas pela Origem, nessa fase transitória destinada à migração do antigo para o novo modelo de organização do sistema de transporte público, conforme se verifica deste trecho:

"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)".

Com efeito, a previsão da fase de transição restou demonstrada quando da publicação do Esclarecimento nº 4, (pergunta e resposta 23), incorporado ao instrumento convocatório e aceito pelo Pleno deste Tribunal de Contas ao autorizar a retomada do certame, em decisão proferida no TC 323.03-47.

Ademais, o próprio Edital da Concorrência nº 12/2002, em seu Anexo III, indicava que a infraestrutura do sistema de transporte iria se constituindo de forma gradativa, diante da magnitude das instalações previstas, muitas delas associadas à integração com o sistema intermunicipal e outros modais.

Portanto, conheço, excepcionalmente, da inclusão da "cláusula décima nona", de natureza transitória, aos Contratos de Concessão, pois, de acordo com os pareceres retromencionados:

1.- foi necessária para reger uma situação incomum: a fase de implantação do novo sistema de transporte público coletivo no Município de São Paulo;

2.- decorreu das disposições editalícias das quais os interessados tiveram conhecimento durante o procedimento licitatório; e

3.- recebeu manifesta aceitação dos Concessionários quando da formalização dos ajustes.

No tocante ao Contrato nº 702/03, ora em julgamento, a Auditoria apurou a "utilização de carta de fiança falsa (no período de 24 de julho de 2003 a 24 de julho de 2004) e inexistência de garantia (no período de 25 de julho de 2004 a 16 de agosto de 2004), infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, Lei Federal nº 8.666/93", além de reputar indevida a introdução da cláusula transitória, item conhecido em caráter excepcional, nos termos supraexplanados.

Consoante ponderaram a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral, "a carta de fiança apresentada em substituição à declarada falsa, e emitida pelo Banco Safra S.A. foi aprovada pela Secretaria de Finanças (fl. 472)" e "a situação anômala então existente, foi regularizada", remanescendo os apontamentos quanto à falta da aplicação de punições ao concessionário em decorrência da utilização de carta de fiança inidônea e a verificação se o seguro de responsabilidade civil estaria de acordo com o pactuado, cabendo, entretanto, em sede de execução contratual, a "análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual" correspondente a cada questão.

Diante do exposto, considerando as manifestações da Área Jurídica ("que não restaram óbices capazes de impedir o acolhimento do Contrato nº 702/03", pois o "descumprimento contratual havido poderá ser objeto de julgamento no TC referente à análise da execução do contrato de concessão), da Secretaria Geral ("sou pela regularidade do contrato em exame, ressalvando a existência de vícios graves [garantias falsas] que conduziriam (...), ao menos, à aplicação de sanções contratuais e legais (...) ao concessionário", e da Procuradoria da Fazenda Municipal ("o ajuste em questão diz respeito a serviço essencial, que não pode sofrer solução de continuidade, sob pena de transformar a cidade num verdadeiro caos, sacrificando brutalmente o usuário desse meio de transporte"), acolho, em caráter excepcional, o Contrato nº 702/03, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Comercial Sambaíba de Veículos Ltda. (atualmente denominada Sambaíba Transportes Urbanos Ltda.).

Faço determinação à Secretaria Municipal de Transportes a fim de que, em futuros ajustes da espécie, atue com o zelo exigido no trato com a coisa pública, especialmente nos contratos de grande vulto e que tenham por objeto prestação de serviço essencial à população e, antes da assinatura do contrato, cumpra rigorosamente a lei, verificando:

1 - a apresentação, a validade e a conformidade de todos os documentos do Concessionário exigidos no edital;

2 - a autenticidade da garantia contratual oferecida; e

3 - a adequação das apólices de seguro, das respectivas coberturas e dos valores contratados com as exigências legais e do Edital.

Outras determinações cabíveis, os efeitos decorrentes do descumprimento de obrigação do Concessionário, verificado neste feito, e as penalidades aplicáveis ao caso, serão tratados nos autos do processo em que se dá o acompanhamento da respectiva execução contratual.

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

1.- o Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta ao Ofício da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, que instaurou procedimento investigatório (PJC-CAP nº 515/04-4º PJ);

2.- o Senhor Prefeito do Município de São Paulo;

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

4.- a Controladoria Geral do Município.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.