TC nº 72-005.097.03-27

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Concessão de serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros. Área 03. Relevadas em caráter excepcional a apresentação, a validade e a conformidade de todos os documentos do Concessionário exigidos no edital; a autenticidade da garantia contratual oferecida; a adequação das apólices de seguro, das respectivas coberturas e dos valores contratados com as exigências legais e do Edital; a exigência da comprovação da regularidade fiscal da contratada perante o INSS e FGTS; e a não alteração das cláusulas contratuais originais, para que não se desvirtue a forma de remuneração e os investimentos previstos. Precedente. Serviços essenciais. REGULAR excepcionalmente. DETERMINAÇÕES. Votação unânime.

2.916ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 25/08/2017

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 2.810ª 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 caráter excepcional, julgar regular o Contrato de Concessão 703/2003.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Transportes a fim de que, em futuros ajustes da espécie e notadamente na próxima Concessão de Transporte Público Coletivo de Passageiros do Município de São Paulo, cumpra rigorosamente a lei, para que não incidam nas mesmas irregularidades constatadas, todavia, relevadas em caráter excepcionalíssimo:

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

2 - a autenticidade da garantia contratual oferecida;

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

4 - a exigência da comprovação da regularidade fiscal das contratadas perante o INSS e FGTS;

5 - a não alteração das cláusulas contratuais originais, para que não se desvirtue a forma de remuneração e os investimentos previstos.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício acompanhado de cópia do inteiro teor do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta às solicitações constantes dos autos, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, à Câmara Municipal de São Paulo e à Controladoria Geral do Município.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento 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, 29 de março de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

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.

Cuidam os autos da análise do Contrato de Concessão nº 703/2003, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e o Consórcio Plus (constituído pela Vip-Viação Itaim Paulista Ltda. e Expandir - Empreendimentos e Participações Ltda.), tendo por objeto a delegação da prestação dos serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros, na área 03.

O Ajuste em pauta, decorrente da Concorrência nº 12/2002, foi formalizado em 21 de julho de 2003, pelo prazo de 10 (dez) anos, prorrogáveis por mais 5 (cinco) anos, no valor de R$ 1.700.000.000,00 (um bilhão e setecentos milhões de reais).

O Edital da Concorrência 12/2002 e o procedimento licitatório foram julgados regulares nos autos dos TCs 72-000.323.03-47 e TC 72-000.920.03-26, respectivamente.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em análise preliminar, manifestou-se especificamente sobre os pontos levantados pela então Divisão Técnica V, nos seguintes termos: "Da Garantia Constou na manifestação apresentada pela Divisão Técnica V que não foi apresentado o documento emitido pela Secretaria Municipal das Finanças comprovando o depósito da caução conforme determinou o item 15.3 e 8.5.6 do Edital. Cumpre ressaltar que a caução deveria ter sido apresentada até 48 (quarenta e oito) horas antes da assinatura do contrato".

A garantia contratual é instrumento essencial, que visa garantir o cumprimento do contrato e evitar prejuízo ao patrimônio público. Sobreleva notar que o artigo 78, I, da Lei 8666/93 dispõe que constitui motivo para rescisão contratual o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos.

Nesse sentido, a E. 1ª Turma do TCU, nos autos do processo 008.066/2001-7 decidiu que "se o edital exigir a apresentação de garantia é dever da Administração Pública obrigar o contratado a apresentá-la." g.n

Desta forma, nesse ponto, sugerimos que seja oficiada à Origem para que se manifeste expressamente quanto à prestação da garantia exigida pelo Edital, para que possa ser sanada esta irregularidade.

Da Apólice de Seguro

Na manifestação apresentada pela Divisão Técnica V constou que o valor contratado pela apólice é baixo, podendo não garantir a integralidade do ressarcimento conforme determina o Decreto 42.736/02, em seu artigo 4, § 3º, "in verbis":

> *Art. 4º - A prestação dos serviços de operação de transporte coletivo de passageiros e de equipamentos de transferência será outorgada, conforme o caso, do seguinte modo: § 3º - O operador responde integralmente pelo dano material, corporal e moral, a passageiros e terceiros, na prestação de serviço, devendo apresentar, como condição de assinatura do contrato, a respectiva apólice de seguro de responsabilidade civil objetiva.*

Data vênia, ao que tudo indica, a apólice apresentada está de acordo com a norma acima aludida e com o edital, pois refere-se ao seguro de responsabilidade civil objetiva e não ao seguro da frota de veículos. Consta na apólice a cobertura de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para danos materiais causados a terceiros, R$ 100.000,00 (cem mil reais) para danos corporais causados a terceiros e R$ 100.000,00 (cem mil reais) para danos morais. (...)

Cumpre notar que, tanto pelo que consta no Edital (cláusula 15.5), como pelo o que dispõe o termo de constituição do consórcio (cláusula décima terceira), não há impedimento para realização do seguro em nome do consórcio, tendo em vista que os diretores executivos do consórcio podem firmar contratos de qualquer natureza.

Da Estrutura Técnica

Foi mencionado ainda, que não foi encaminhada a cópia da estrutura técnica, nos termos da cláusula 19.6 do contrato. Referida cláusula prevê: "A concessionária deverá apresentar, como condição para assinatura deste contrato, a estrutura técnico-operacional para a execução dos serviços concedidos". g.n

Também, neste aspecto, se faz necessário, que a Origem seja oficiada para manifestação sobre a referida documentação, tendo em vista que, nos termos da cláusula 19.6, essa estrutura técnico-operacional perfazia condição para assinatura do contrato.

Do Consórcio

Quando intimadas para manifestação, as concessionárias juntaram aos autos cópia do instrumento particular de constituição de consórcio – fls. 87/95.

Verifica-se que, o mencionado instrumento foi registrado na Junta Comercial do Estado de São Paulo sob no. 52.700, cumprindo assim, o que dispõe a Lei 6404/76, no parágrafo único, do artigo 279," in verbis":

> *" Art. 279 (...) Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada". (g.n.)*

Da certidão da empresa Expandir Empreendimentos e Participações Ltda. Foi apontado pela Divisão Técnica V, que a última certidão em nome da empresa Expandir Empreendimentos e Participações Ltda., foi emitida com validade até 18.07.2003, e que o contrato fora celebrado em 21.07.2003.

No entanto, conforme informação obtida no site da Previdência Social, devido à greve dos servidores públicos à época, foi prorrogado o

prazo de validade das certidões negativas de débitos, vencidas a partir de 08 de julho de 2003. Portanto, a certidão apresentada teve validade até 31/08/2003, ou seja, data esta em que já tinha sido assinado o contrato. Nesse aspecto e nesse período, não há irregularidades. (...)sugerimos seja intimada à Origem para que preste os esclarecimentos necessários, no tocante aos pontos ressaltados e para apresentação dos documentos faltantes. Para tanto, sugerimos a juntada de cópia deste parecer ao ofício a ser encaminhado." (folhas 158/174 em outubro/2004)

A São Paulo Transporte S/A foi oficiada para que apresentasse os seus esclarecimentos. Diante das matérias jornalísticas (Jornal Diário de São Paulo, de 14/12/2004) noticiando suposta falsidade das cartas de fiança utilizadas pelos Consórcios contratados para os ajustes (incluindo-se o sob exame), foi expedido ofício para o Ministério Público do Estado de São Paulo, encaminhando cópia das cartas fiança, para conhecimento e análise.

O Ministério Público informou encontrar-se em curso perante a 3ª (terceira) Vara Criminal da Comarca de São Paulo, a Ação Penal número 050.05.005473-2, decorrente de denúncia por ele oferecida contra nove pessoas envolvidas na questão da falsificação das cartas de fiança, sendo-lhes imputados os crimes de estelionato e uso de documentos falsos, associando-se em quadrilha para tais fins ilícitos, além de fraude em licitações, agindo em concurso de agentes, visando vantagem ilícita, com a venda dessas garantias fidejussórias. (folhas 193/272)

Oficiado, o Banco de La Nación Argentina informou que desconhecia as mencionadas cartas fianças e que as empresas integrantes do Consórcio Sete nunca foram seus clientes e nunca contataram qualquer tipo de serviços do Banco, motivo pelo qual não emitiram tal garantia que consequentemente era falsa. (folha 280)

Intimado, o Consórcio Contratado encaminhou defesa, com esclarecimentos às folhas 297/334 informando, em síntese que, "os contratantes na iminência de assinar o contrato com a Administração Pública e como não poderia ser diferente, buscaram no mercado firmar a competente carta fiança.

Após várias pesquisas junto a instituições especializadas a ora Requerente contratou os préstimos profissionais da Empresa Orla Adm. Corretora de Seguros S/C Ltda., que indicou o Banco de La Nacion Argentina, que após as informações necessárias, emitiu o competente recibo e a Requerente efetuou os devidos pagamentos do premio com cheques nominais ao aludido banco. Diante destas providências, a Requerente tinha a plena convicção de que sua Carta de Fiança estava efetivamente contratada e validada, cumprindo assim as exigências licitadas. As atitudes e providências tomadas pela Requerente tanto quanto à contratação da carta de fiança, foram legais e previstas no Código Civil Brasileiro."

O Concessionário alegou, ainda, que a boa-fé estava comprovada, não apenas pela contratação da carta de fiança, mas pelos investimentos que realizou para a execução do objeto contratado, no valor

aproximado de R$ 415.000.000,00 (quatrocentos e quinze milhões de reais) em todo o sistema. Arguiu, também, que a carta de fiança inquinada de vício não havia sido utilizada, uma vez que o contrato foi assinado em 23/07/2003 e a referida carta vigeu até 21/07/2004.

Finalmente, informou que a carta de fiança em discussão já teria sido substituída, convalidando os atos administrativos. (folhas 297/327)

De sua parte, a Secretaria Municipal de Transportes informou que não detinha competência para analisar a veracidade das cartas fiança, sendo esta incumbência da Secretaria Municipal de Finanças, mediante atribuição conferida pela Portaria 020/SMT-GAB/2005.

Sobre as demais irregularidades apontadas pelos Órgãos Técnicos, a Secretaria Municipal de Transportes encaminhou documentos e justificativas às folhas 373/438. Intimado, o Ordenador da Despesa e Signatário do Ajuste apresentou defesa, por meio de seu procurador constituído as folhas 440/452, defendendo o modelo de transporte coletivo adotado e, em especial, a regularidade da cláusula de transição, alegando apenas que referida cláusula foi adotada para corrigir imperfeições e em atenção ao interesse público, que a mesma já estava superada, não sendo possível caracterizar violação ao princípio da vinculação ao edital.

Quanto à falsidade dos termos de garantia apresentados, limitou-se a afirmar que os mesmos estavam sendo objeto de análise pela Secretaria de Finanças. Após o exame dos documentos acrescidos aos autos, a Coordenadoria V trouxe as seguintes considerações:

"1 - Quanto à regularidade junto ao INSS A não emissão de certidão junto ao INSS da empresa Expandir Emp. e Part. Ltda., com prazo de validade vigente na data da assinatura do contrato, ocorreu, conforme fl. 165 (pesquisa site da Previdência Social), em função de greve dos servidores públicos, havida à época, tendo sido prorrogado o prazo de validade das certidões negativas de débitos vencidos a partir de 08.07.03. Assim, consideramos atendido esse item.

2 - Quanto à ausência da apresentação da caução Verificamos que as cartas de fiança (nº 5598/03 e nº 20231-04, fls. 188 e 215), com vigência de 24.07.03 a 24.07.04 e 21.07.04 a 21.07.05, respectivamente, emitidas pelo Banco de La Nacion Argentina, em nome do Consórcio Plus, no valor de R$ 17.000.000,00 cada, correspondendo a 1% do valor contratual, são falsas, conforme cartas apresentadas pelo próprio Banco (fls. 260 e 280). (...) Assim, verifica-se que no período de 24.07.03 a 21.07.05 foram apresentadas cartas de fiança falsas, situação que evidencia claramente a infringência aos itens 15.3 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56 da Lei Federal nº 8.666/93. Ressaltamos que a falta de caução enseja a rescisão contratual conforme prevê o artigo 78, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93.

Do exposto, alertamos que cabe à contratante a responsabilidade de exigir a atualização e renovação da caução, mantendo-a

sempre em vigência durante todo o período de execução contratual. Ainda, em face do vultoso valor da contratação, da essencialidade da prestação dos serviços à população, não podendo ser interrompida, e ao extenso prazo (10 anos, podendo ser prorrogado por até 5 anos, mediante prévia justificativa do Poder Concedente), entendemos que a SMT deve promover diligência no sentido de verificar a autenticidade da caução prestada (presente e futura).

3 - Quanto à apólice de seguro A Origem limitou-se a afirmar que o seguro de responsabilidade civil objetiva diz respeito a danos materiais, corporais e morais causados a terceiros, incluindo passageiros transportados (fls. 390 e 394).

No entanto, a apólice de seguro apresentada pelo Consórcio Plus (fl. 96) 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).

4 - Falta de Estrutura Técnica nos termos do item 19.6 do Contrato Às fls. 410/423, constam documentos encaminhados pela Origem, relativos à Estrutura Técnico-Operacional das 8 áreas, assinados e datados de julho/03, mês de lavratura do contrato. Consideramos atendido este item."

Ao final a Auditoria concluiu pela irregularidade do contrato 703/2003 em razão do seguinte:

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 cartas de fiança falsas (no período de 24.07.03 a 21.07.05), infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, L.F. nº 8.666/93. Situação passível 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 pelo Consórcio Plus 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." (folhas 461/465v em 20/07/05)

Em uma segunda manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, diante da divergência de informações sobre o cumprimento das regras prescritas pelo artigo 4º, §3º do Decreto Municipal n. 42.736/02, entendeu que, no tocante às apólices de seguro de responsabilidade civil objetiva apresentadas pelas empresas integrantes do Consórcio, seria oportuno o envio de novo ofício à Origem para que apresentasse o documento da lavra das Seguradoras emitentes das apólices de seguro ofertadas, onde estas esclareçam se referidas apólices atendem às regras do mencionado decreto e do edital.

Quanto à Cláusula 19 do contrato de concessão, reviu seu entendimento inicial, concluindo pela possibilidade jurídica da introdução da cláusula de disposições transitórias, nos seguintes termos: "a cláusula 19 decorre do quanto informado nos itens 22 e 23 do esclarecimento n. 4 do edital de concorrência 12/02 (TC 72-003.231.03-47, fls. 359/367), que tratou da possibilidade de emissão de ordem de serviço provisória na hipótese de o novo sistema não estar em condições de implementação, trazendo regras transitórias para a remuneração e obrigações do concessionário.

Como é cediço os esclarecimentos ao edital tornam-se parte integrante do mesmo. A necessidade de sua publicação e devolução de prazo, nos termos do art. 21, §4º, da Lei 8.666/93, foi devidamente apontada pelo Grupo Técnico em manifestação sobre a regularidade do referido edital (TC 72-003.231.03-46, fls. 368/376).

Todavia, esta E. Corte entendeu, quando da análise do referido edital (TC 72-003.231.03-46), possível a retomada do certame, então sobrestado, sem a necessidade de devolução de prazo no que respeita às alterações propostas no esclarecimento 4, itens 22 e 23. Desta forma, entendemos que a questão sobre a possibilidade de inclusão da Cláusula 19 – Disposições Transitórias, resta superada pela decisão de prosseguimento do certame à época (Acórdão de 24.02.03, fls. 567/568, TC 72-003.231-47), motivo pelo qual uma nova manifestação resta prejudicada diante da ausência de novos elementos.

Todavia, tendo em vista a informação constante no presente às fls. 424/425, no sentido de que as condições necessárias à implementação do sistema já foram adotadas, o que permitiria o encerramento da fase de transição, entendemos oportuno que a Origem informe se referida fase foi formalmente encerrada com a emissão da Ordem de Serviço Operacional Definitiva, nos termos da cláusula 19.1.5 do Contrato em apreço."

No que toca às garantias contratuais, em face das conclusões alcançadas pela Comissão de Sindicância acerca da responsabilidade das concessionárias pela falsidade das cartas de fiança, constantes do TC 72-005.095.03-00 (fls. 551 e 572, item "d", da conclusão), entendeu necessária manifestação da Origem acerca das providências adotadas em relação ao Consórcio Plus. (folhas 468/475 em 16/12/2005)

Novamente oficiada, a Origem apresentou novas justificativas às folhas 481/515, alegando, em síntese, que a carta de fiança inicialmente apresentada foi substituída por carta de fiança emitida pelo Banco BRJ, cuja aceitação foi inicialmente negada pela Secretaria de Finanças, em razão de o referido Banco não possuir sede no Município de São Paulo. A decisão de SF foi objeto de questionamento judicial, por meio do Mandado de Segurança nº 583.53.2005.024639 (ação que tratava de todos os casos de idêntico teor) pendente de decisão aquela época (em 12/2005).

Informou, ainda, que, conforme anteriormente noticiado, a Comissão Especial constituída para investigar o assunto concluíra pela ausência de responsabilidade de servidores públicos no episódio e que as conclusões alcançadas pela Comissão Especial foram encaminhadas a esta Corte de Contas, bem como ao Ministério Público. No tocante às apólices de seguro, afirmou que as apólices apresentadas pelo Consórcio atendem ao exigido pelo art. 4º, parágrafo 3º, do Decreto nº 42.736/02, uma vez que preveem coberturas para danos materiais, corporais e morais.

Quanto à Ordem de Serviço Definitiva, informou que, segundo a área operacional da SPTrans, "as condições que ensejaram o "período de transição", especialmente no que se referem à remuneração do operador, haviam sido superadas, possibilitando, dessa forma o encerramento daquele período excepcional, e a consequente adoção do critério de remuneração fixado na Cláusula Sétima dos ajustes até então, suspensa."

Todavia, salientou a área operacional da SPTrans que "apesar de as condições essenciais que impediam a adoção plena das condições previstas no edital, à época da assinatura dos ajustes, haviam sido superadas, possibilitando o encerramento do período de transição, mostrava-se necessário realizar uma revisão e atualização da rede de 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."

Desta forma, concluiu que "muito embora o período de transição tenha sido encerrado, no tocante à remuneração, que como discorrido passou a ser realizado de acordo com a Cláusula Sétima, 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." (fls. 485/486)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela regularidade do Ajuste, tecendo as seguintes ponderações: "cumpre, pontuar, que, a despeito do encaminhamento pela Origem das conclusões alcançadas pela

Comissão Especial a esta Corte de Contas bem como ao Ministério Público, não poderia a Origem se furtar à responsabilização da concessionária em razão do cumprimento irregular das cláusulas contratuais, caracterizado pela apresentação de garantia falsa. No que toca às apólices de seguro apresentadas, consta das mesmas a cobertura para danos materiais, corporais e morais, em atenção ao exigido pelo art. 4º, parágrafo 3º, do Decreto nº 42.736/02.

Por fim, diante das ponderações da Origem a respeito da emissão da Ordem de Serviço Definitiva, sugiro que a questão seja analisada em sede de execução contratual." (folhas 737/541 em 22/11/2006)

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em manifestação derradeira, reiterou a conclusão anterior. A manifestação final da Assessoria Jurídica de Controle Externo reiterou entendimento pelo acolhimento do Contrato, nos seguintes dizeres: "Diante de todo o exposto, entendo que não restaram óbices capazes de impedir o acolhimento do Contrato nº 703/03. Sem prejuízo, permito-me sugerir que no TC nº 3.634.06-56 seja objeto de análise mais detalhada o cumprimento do dispositivo contratual relativo às apólices de seguro, mormente no que diz respeito à vigência de seus contratos e à observância do comando previsto no artigo 4º, §3º, do Decreto Municipal nº 42.736/02. Nada obstante, nos autos se observa como irregular a falta de responsabilização do concessionário pela utilização de garantia falsa e pelo descumprimento contratual havido em razão dela, mas que poderá ser objeto de julgamento no TC em epígrafe, referente à análise da execução do contrato de concessão."

A Assessora Subchefe da Jurídica acrescentou: "Acompanho a manifestação expendida nesta AJCE, que bem pontuou os questionamentos objeto destes autos, ressaltando que eventuais divergências em relação às regras do Edital da Concorrência 012/2002 (notadamente quanto à inclusão da Cláusula 19 – Disposições Transitórias ao Contrato de Concessão) estão superadas por força da deliberação do Colegiado deste Tribunal, ocorrida no TC 72-000.323.03-47, em 24/02/2003.

Permito-me apenas esclarecer que, ao contrário do alegado no Relatório de AUD às fls. 544vº, em relação à apólice de seguro de responsabilidade civil, o parecer emitido por esta AJCE às fls. 539 não partiu "de um contato frio com as apólices apresentadas", mas sim da declaração do então Secretário Municipal de Transportes, que expressamente afirmou que as apólices de seguro de responsabilidade civil apresentadas atendem o disposto no § 3º do art. 4º do Decreto 42.736/02 e no Edital da Licitação (fls. 484)." (folhas 550/556 outubro/2007)

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pela regularidade do Contrato, ponderando que, a par das impropriedades havidas, os ajustes em questão dizem 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 coletivo. (folhas 559/568 em 29/10/2007)

Por derradeiro, a Secretaria Geral endossou o parecer da Assessoria Jurídica quanto à legalidade da cláusula 19, posto que o Esclarecimento nº 04 foi incorporado ao Edital e, a respeito das apólices de seguro, externou seu entendimento de estarem os respectivos valores compatíveis com os mínimos fixados no item 15.5 do Edital, observando que, na hipótese de serem insuficientes, em eventual caso de sinistro, a empresa arcará com seu patrimônio, por isso não avalizando a sugestão de a matéria ser objeto de acompanhamento na execução contratual.

Como se verifica, houve divergência dos órgãos técnicos, opinando SFC pela irregularidade e a AJCE pela regularidade da contratação, o que cumpre seja superado. Deduzo, desde logo, meu posicionamento quanto aos itens que ensejaram maior discussão, quais sejam, a introdução da cláusula décima nona, sobre disposições transitórias do contrato de concessão, bem como a validade e a suficiência das apólices de seguro apresentadas.

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. E mais, era inegavelmente necessária ao serviço público, sob pena de sequer ser possível o início de sua execução. Em efeito, 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.

Hely Lopes Meirelles, articulador dessa tese, é enfático:

> *"O que não se permite é que o contrato se afaste do edital, com cláusulas prejudiciais à Administração. Entendemos sempre lícito e possível que na discussão do contrato com o vencedor da licitação a Administração obtenha ainda maiores vantagens, incluindo cláusulas de diminuição de prazo de execução, de redução de preços e outras liberalidades do contratado para com o poder público, concedidas espontaneamente depois da adjudicação e sem constar do edital ou da proposta" (Licitação e Contrato Administrativo – 13ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outra – Malheiros – SP – 2002 – p. 206).*

No que tange às apólices de seguro apresentadas em observância ao art. 4º, § 3º do Decreto Municipal nº 42.736/02, há de se atentar que constituem seguros de responsabilidade civil objetiva, vale dizer, cobrem qualquer espécie de dano, material corporal e moral, ao usuário ou a terceiro, causado pelo prestador do serviço e em razão dele, ainda que sem dolo ou culpa. Basta o nexo causal entre a prestação do serviço e o dano.

A responsabilidade do concessionário é objetiva, tal qual seria a responsabilidade do poder público se prestasse diretamente o serviço, porque o caráter objetivo da responsabilidade decorre da natureza pública do serviço.

A responsabilidade do poder concedente é apenas subsidiária, no caso de falência ou extinção do concessionário. Portanto, ainda que o seguro 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.

Observe-se, finalmente, que os valores mínimos fixados no subitem 15.5 do Edital foram observados pelo concessionário. Parece-me, pois, atendido o disposto no art. 4º, § 3º do Decreto Municipal 42.736/02, sem necessidade de se continuar a perquirição desse tema em acompanhamento de execução contratual.

Também com razão a AJCE ao apontar que em razão de greve dos servidores públicos houve a prorrogação do prazo de validade do documento de fls. 62, regularizando a questão da falta de certidão negativa de débitos previdenciários.

Contudo (...) sou pela irregularidade do contrato em exame, em razão da apresentação de cartas de fiança falsas oque ensejaria, ao menos, a aplicação de sanções contratuais e legais, previstas no art. 35 da Lei Municipal nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, ao concessionário."

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. A outorga da concessão do serviço público de transporte coletivo público de passageiros, em áreas do subsistema estrutural, no Município de São Paulo deu-se por intermédio da Concorrência nº 12/02, realizada pela Secretaria Municipal de Transportes. Para a implantação desse sistema, a região metropolitana foi divida em 8 áreas, resultando, dessa forma, na celebração de oito contratos de concessão, em 21 de julho de 2003. Em julgamento o Contrato nº 703/03, formalizado com o Consórcio Plus (constituído pelas empresas Vip-Viação Itaim Paulista Ltda. e Expandir - Empreendimentos e Participações Ltda., tendo esta última alterado a sua razão social para ETU Expandir Transporte Urbano Ltda. em 2008) correspondente à ÁREA 3.

O Edital e o procedimento licitatório da Concorrência 12/2002 já foram apreciados e julgados regulares por este Tribunal de Contas nos autos dos TCs 72-000.323/03-47 e 72-000.920.03-26, respectivamente.

No TC 72-001.258.03-12, em que foi realizado o exame aprofundado da natureza jurídica da concessão dos serviços de transporte público coletivo, o Plenário decidiu em 26 de agosto de 2014, por votação unânime e com amparo nos pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral o seguinte:

"CONHECER do entendimento segundo o qual o objeto do Edital da Concorrência nº 12/2002 tem a natureza jurídica de concessão, relevando suas disposições de caráter excepcionais, pois refletem adaptações adotadas às peculiaridades do novo modelo de organização do sistema de transporte público coletivo na Cidade de São Paulo implantado pelos ditames da Lei Municipal nº 13.241 de 2001."

Importa também consignar, que na mesma data, o Contrato de Concessão nº 702/03, correspondente à Área nº 02 do Subsistema Estrutural da Cidade de São Paulo, (celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e Sambaíba Transportes Urbanos Ltda.), foi julgado regular, em caráter excepcional, por votação unânime, proferida nos autos do TC 72-005.096.03-64.

No mesmo processo TC 72-005.096.03-64 e igualmente por votação unânime, foi "conhecida a inclusão da cláusula décima nona, de natureza transitória, aos Contratos de Concessão, ficando reconhecida a possibilidade jurídica de sua inserção, em caráter excepcional" com amparo nas manifestações favoráveis da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral.

Com efeito, superada a questão referente à possibilidade jurídica da inserção da cláusula décima nona, de natureza transitória, restaram, na análise do Contrato 703/2003, ora em julgamento, as seguintes irregularidades pontuadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle:

1) ausência de medidas tomadas pela Administração como punição ao concessionário pela utilização de cartas de fiança falsa, infringindo os itens 15.03 e 8.5.6 do Edital cominado com o artigo 56, da lei Federal nº. 8.666/93;

2) inexistência de certidão negativa de débito junto à Seguridade Social da empresa Expandir Empreendimentos e Participações Ltda.; e

3) impossibilidade de manifestação conclusiva acerca do adimplemento, pelo particular da obrigação de contratar, do seguro de responsabilidade civil, infringindo o Decreto 42.736/02, em seu artigo 4, § 3º."

Quanto ao apontamento referente à inexistência de certidão negativa de débito perante o INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), apesar de a Auditoria manter esse apontamento no relatório final, o fato é que, em manifestação de folhas 461/465v considerou sanada essa irregularidade nos seguintes termos:

"A não emissão de certidão junto ao INSS da empresa Expandir Emp. e Part. Ltda., com prazo de validade vigente na data da assinatura do contrato, ocorreu, conforme fl. 165 (pesquisa site da Previdência Social), em função de greve dos servidores públicos, havida à época, tendo sido prorrogado o prazo de validade das certidões negativas de débitos vencidos a partir de 08.07.03. Assim, consideramos atendido esse item."

Tal fato foi rememorado no parecer final da Assessoria Jurídica de Controle Externo que ponderou: "No mais, quanto à suposta infringência pela falta de certidão negativa de débitos previdenciários da empresa Expandir Empreendimentos e Participações Ltda., quando da assinatura do contrato de concessão, faço remissão ao parecer de fls. 158/171, que consignou às fls. 165 a greve de servidores públicos que levou à prorrogação do prazo de validade do documento apresentado às fls. 62 até 31.08.2003.

Estando válida, no momento da assinatura do ajuste, a certidão ofertada, tenho como adequada a contratação no que atine à prova de regularidade de todas as empresas formadoras do consórcio concessionário junto à Seguridade Social, considerado o óbice imposto no artigo 195, §3º, da Constituição Federal."

De idêntica opinião foi o pronunciamento da Secretaria Geral sobre esse ponto:

"Também com razão a AJCE ao apontar que em razão de greve dos servidores públicos houve a prorrogação do prazo de validade do documento de fls. 62, regularizando a questão da falta de certidão negativa de débitos previdenciários."

No que tange às apólices de seguro, a conclusão da Assessoria Jurídica foi no sentido de que a questão ficou superada:

"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 como superada esta questão, o que se justifica pela presunção de veracidade da declaração e do ato administrativo."

A Secretaria Geral acrescentou:

"No que tange às apólices de seguro apresentadas em observância ao art. 4º, § 3º do Decreto Municipal nº 42.736/02, há de se atentar que constituem seguros de responsabilidade civil objetiva, vale dizer, cobrem qualquer espécie de dano, material corporal e moral, ao usuário ou a terceiro, causado pelo prestador do serviço e em razão dele, ainda que sem dolo ou culpa. Basta o nexo causal entre a prestação do serviço e o dano. A responsabilidade do concessionário é objetiva, tal qual seria a responsabilidade do poder público se prestasse

diretamente o serviço, porque o caráter objetivo da responsabilidade decorre da natureza pública do serviço. A responsabilidade do poder concedente é apenas subsidiária, no caso de falência ou extinção do concessionário.

Portanto, ainda que o seguro 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. Observe-se, finalmente, que os valores mínimos fixados no subitem 15.5 do Edital foram observados pelo concessionário.

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

Finalmente, com relação à irregularidade decorrente da apresentação de carta de fiança falsa, ponderou a Assessoria Jurídica de Controle Externo que,

"a carta de fiança inicialmente apresentada foi substituída pela carta emitida pelo BRJ S.A., (...) sendo ao final regularizada. Remanesceu, contudo, o apontamento quanto à falta da aplicação de punições ao concessionário em decorrência da utilização de carta de fiança inidônea, cabendo, entretanto, em sede de execução contratual, a análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual correspondente a essa questão."

De outro lado, faz-se mister salientar que este Colegiado, no já mencionado julgamento do TC 72-005.096.03-64 - referente à concessão da área 2, que cuida de caso idêntico, também tratou da "utilização de cartas de fiança falsas", tendo sido acordado "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 (...), em que se dá o acompanhamento da respectiva execução contratual".

Por certo, não há de se imaginar tratamento diverso à questão, sob pena de, em um curto espaço de tempo entre os julgamentos de contratos oriundos do mesmo certame, se obterem decisões contraditórias pelo mesmo Colegiado.

Diante de todo o exposto, com amparo nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo (que concluiu:

"não restaram óbices capazes de impedir o acolhimento do Contrato nº 703/03") 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") e, em coerência com o voto

proferido nos autos do TC 72-005.096.03-64 (de idêntico objeto) JULGO, em CARÁTER EXCEPCIONAL, REGULAR O CONTRATO DE CONCESSÃO 703/2003.

Expeça-se determinação à Secretaria Municipal de Transportes a fim de que, em futuros ajustes da espécie e NOTADAMENTE NA PROXIMA CONCESSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DE PASSAGEIROS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, cumpra rigorosamente a lei, para que não incidam as mesmas irregularidades aqui verificadas e relevadas em caráter excepcionalíssimo, a saber:

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

2 - a autenticidade da garantia contratual oferecida;

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

4- a exigência da comprovação da regularidade fiscal das Contratadas perante o INSS e FGTS; e

5- a não alteração das cláusulas contratuais originais, para que não se desvirtue a forma de remuneração e os investimentos previstos.

Determino, ainda, a expedição de ofícios, encaminhando cópia de inteiro teor do relatório e voto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta às solicitações constantes dos autos, ao Prefeito do Município de São Paulo, à Câmara Municipal de São Paulo e à Controladoria Geral do Município.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.