TC 5.098/2003

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Concessão da prestação dos Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros. Carta de fiança inidônea falsa. Inexistência de certidão de regularidade. REGULAR excepcionalmente. DETERMINAÇÕES para que observe as disposições legais, averigue a apresentação dos documentos exigidos no edital, a autenticidade da garantia contratual, e a adequação das apólices de seguro. Votação unânime.

3.048ª 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, em acolher, excepcionalmente, o Contrato 704/2003.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES – Relator, que alterou seu voto como lhe faculta o parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, e DOMINGOS DISSEI, em não aplicar multa ao Signatário do ajuste, por entender que a sanção maior foi a rescisão contratual.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, acompanhou o voto original do Relator, incluindo a multa.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Mobilidade e 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, 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.

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

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de ofício acompanhado de cópia integral do relatório e voto do Relator 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 515/04 – 4ª PJ).

2 – O Prefeito do Município de São Paulo.

3 – A Câmara Municipal de São Paulo.

4 – A Controladoria Geral do Município.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, cumpridos os trâmites legais, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de julho de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Nestes autos há solicitação de informação formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o termo de concessão em pauta (PJC-CAP 515/04-4º PJ – folha 439).

Cuida-se da análise do Contrato 704/03, tendo por objeto a concessão dos serviços de transporte coletivo público de passageiros na Área 4 do Subsistema Estrutural, celebrado pela então denominada Secretaria Municipal de Transportes (atual Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes - SMT) com a empresa SPBUS TRANSPORTES URBANOS S/A.

O ajuste é decorrente da Licitação 12/2002 e 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).

Ao analisar o instrumento contratual, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle elaborou o respectivo Relatório de análise da contratação,

cuja finalização restou incompleta em razão da ausência de documentos necessários à instrução do presente feito, os quais foram solicitados à Origem (fls. 68/73).

A SMT encaminhou parte dos documentos requestados, e a Auditoria entendeu ser necessária a prévia manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre a implementação da cláusula 19ª, denominada "Disposições Transitórias", bem como sobre outros itens relativos à documentação do Concessionário prevista em contrato (fls. 122/124).

A Área Jurídica (fls. 126/139), após tecer diversas considerações sobre os itens indicados pela Auditoria e concluir *que, numa análise estritamente formal, a cláusula 19ª não poderia ter sido incluída,* e que*, 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*", sugeriu a intimação da Origem para que prestasse "*os esclarecimentos necessários, no tocante aos pontos ressaltados e para a apresentação dos documentos faltantes*."

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 SPBUS TRANSPORTES URBANOS S/A (fl. 183) –, 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 ilícitos ao 78º Distrito Policial, resultando na instauração do Inquérito Policial 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 Secretaria Municipal de Transportes, o Ordenador da Despesa e a SPBUS TRANSPORTES URBANOS S/A foram oficiados para manifestação acerca da autenticidade da Carta de Fiança apresentada a título de garantia à execução do Contrato 704/03 em análise e sobre as questões expostas na manifestação jurídica (fls. 249/251 e 259).

A Concessionária, todavia, não foi localizada no endereço informado e, conforme certificado à folha 251vº, em 09/03/2005, no local se encontra sediada a empresa Himalaia Transportes (...).

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 004/05, de 1º de março de 2005, da SPTrans (fls. 318/375).

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 implantado durante a Gestão Administrativa de 2001 a 2004 e sustentou a inexistência de vícios ou irregularidades apontados pela Área Jurídica desta Corte (fls. 377/389).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fl. 400/404), com base na documentação acrescida aos autos, verificou que o *"contrato de concessão com a SPBUS foi cancelado, 'através do DOM de 30 de janeiro de 2004' e que o período de vigência do Contrato 704/03 foi de 21.07.03 a 30.01.04*."

Após, finalizou a análise do referido ajuste ao concluir pela sua irregularidade, em razão dos seguintes apontamentos:

1 – a 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. 8.666/93;

- o artigo 54, § 1º, L.F. 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 – a utilização de carta de fiança falsa (no período de 21.07.03 a 30.01.04 – p.183), infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c o artigo 56, L.F. 8.666/93; Situação passível de gerar punição ao concessionário frente à ilicitude praticada.

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

4 – a inexistência de certidão de regularidade junto ao FGTS na data da assinatura do contrato, infringindo o artigo 2º da L.F. 9.012/95 e inciso VI, do artigo 36 do D.M. 41.772/02.

Por fim, ressaltou "*que o presente contrato foi rescindido, sendo firmado em 31.12.04, o contrato emergencial 240/04-SMT.GAB*."

Ao manifestar-se, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 407/411) observou que, mesmo rescindido o ajuste, cabe a esta Corte de Contas analisar a regularidade do contrato no período em que esteve em vigor. E sugeriu nova oitiva da Origem, desta feita para os esclarecimentos sobre a referida rescisão contratual, bem como a intimação da Concessionária no endereço constante de seu estatuto social.

A SMT ofereceu suas justificativas (fls. 418/430), revelando que o motivo da rescisão do Contrato 704/03 deu-se em decorrência de "deficiências apresentadas pela empresa, especialmente, no tocante à frota em operação."

A intimação da Concessionária deu-se por edital, em virtude de os representantes legais da SPBUS não serem localizados nos endereços disponíveis, onde a atendente informou a falência da empresa (fls. 431/434). Não houve oferecimento de defesa.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, na manifestação de folhas 464/467, retirratificou a conclusão pela irregularidade do ajuste, retirando do rol de irregularidades a insuficiência de cobertura da apólice de seguro, justificando não ser possível uma manifestação conclusiva acerca do adimplemento dessa obrigação, uma vez não haver cópia do contrato celebrado entre as empresas proponentes e sociedade seguradora.

E, quanto à apresentação de carta de fiança inidônea, afirmou configurar ato passível de punição ao concessionário frente à ilicitude perpetrada, independentemente de ter-se rescindido o contrato por motivo outro.

A Área Jurídica (fls. 470/477), à vista dos elementos apresentados pela Origem e pelo Ordenador da Despesa, aduziu que:

1 – a introdução da Cláusula 19 – Disposições Transitórias no contrato de concessão, é questão se encontra superada, tendo em vista os pareceres demonstrando 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;

2 – com relação à falsa carta de fiança utilizada, muito embora a sindicância interna da SMT 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;

3 – na prática, o contrato permaneceu sem garantia legítima de 21.07.2003 (data de sua assinatura) até 31.01.2004, quando foi rescindido em decisão publicada no Diário Oficial da Cidade;

4 – a indicação de que as apólices de seguro colacionadas aos autos seriam insuficientes para garantir a regularidade do contrato, enquanto que o Secretário da Pasta afirmou estar atendida a norma municipal pertinente, é dúvida a ser dirimida quando da análise da execução contratual, no TC 3635/2006, processo informado pela Auditoria;

5 – quanto à falta de certidão negativa de débitos junto ao FGTS (Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço), a regularidade no período anterior (17.06.2003 a 16.07.2003) e posterior (22.07.2003 a 20.08.2003) ao da assinatura do ajuste (21.07.2003), demonstrada no documento de folha 62, levaria a inferir que nesse lapso temporal não existiriam irregularidades.

Em conclusão, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que não restaram óbices capazes de impedir o acolhimento do Contrato 704/03 e, sem prejuízo, sugeriu que no TC 3635/2006 houvesse a análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual relativo às apólices de seguro.

Por fim, ressaltou ser irregular a falta de responsabilização do concessionário pela utilização de garantia falsa e pelo descumprimento contratual havido em razão dela.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 479/487) manifestou-se, 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.

Ao pronunciar-se sobre o contrato, a Secretaria-Geral reputou sua análise prejudicada, posto que rescindido unilateralmente pela Administração, com caráter punitivo, por isso não cabendo aplicação de sanção menor.

É o relatório.

VOTO

De início, cabe destacar que nestes autos há solicitação de informação formulada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o termo de concessão em pauta (PJC-CAP 515/04-4º PJ – folha 439).

O Contrato 704/03, objeto deste processo, foi celebrado pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes com a empresa SPBUS TRANSPORTES URBANOS S/A, no valor de R$ 1.700.000.000,00 (um bilhão e setecentos milhões de reais), para operar a Área 4 do Subsistema Estrutural do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo.

O referido instrumento, embora com prazo contratual de 10 (dez) anos, vigorou apenas de 21 de julho de 2003 a 30 de janeiro de 2004, quando foi publicado o ato de sua rescisão pelo Poder Concedente, no Diário Oficial da Cidade, o que não afasta a análise formal do ajuste por este Tribunal de Contas, tendo em vista ter produzido efeitos jurídicos e financeiros nesse curto período de vigência (6 meses).

O Edital e o procedimento licitatório da Concorrência 12/2002, da qual derivou o citado contrato, foram apreciados e julgados regulares por este Tribunal de Contas nos processos TCs 323/03-47 e 920/03-26, respectivamente.

Por sua vez, no TC 1.258/2003 e no TC 5096/2003 (Área 2), o Pleno desta Corte, na Sessão Ordinária (2.760ª), realizada no dia 20 de agosto de 2014, proferiu decisões unânimes sobre dois questionamentos jurídicos envolvendo os contratos de concessão de prestação de serviços de transporte de passageiros, firmados em 2003, que serão adotadas no presente feito, para fins de uniformização de julgados, precedentes esses já aplicados no julgamento dos TCs 5.097/2003 (Área 3), 5.100/2003 (Área 6) e 5.101/2003 (Área 7).

No TC 1.258/2003, o Pleno acordou em CONHECER do entendimento segundo o qual o objeto do Edital da Concorrência 12/2002 tem a natureza jurídica de concessão, relevando suas disposições de caráter excepcionais.

E no TC 5.096/2003, o Pleno CONHECEU, excepcionalmente, da inclusão da "CLÁUSULA DÉCIMA NONA – DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS", nos Contratos de Concessão, "*de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando as manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte*", restando, assim, também resolvida essa questão relevante.

Superados esses pontos, remanescem para apreciação as seguintes irregularidades apuradas pela Auditoria, na análise do mencionado Contrato 704/03:

1 – a utilização de carta de fiança falsa (no período de 21.07.03 a 30.01.04); e

2 – a inexistência de certidão de regularidade junto ao FGTS na data da assinatura do contrato.

E Auditoria, ainda, ressaltou:

1 - não ser possível uma manifestação conclusiva acerca da insuficiência de cobertura da apólice de seguro, uma vez não haver cópia do contrato celebrado entre as empresas proponentes e sociedade seguradora.

2 - a apresentação de carta de fiança inidônea configura ato passível de punição ao concessionário frente à ilicitude perpetrada, independentemente de se ter rescindido o contrato por motivo outro.

A Assessoria Jurídica de Fiscalização e Controle entendeu relevável a falta de apresentação da certidão relativa ao FGTS, em razão do fato de haver registro de regularidade da empresa nos períodos anterior e posterior da contratação e, quanto às apólices de seguro, sugeriu que houvesse a análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual, em sede de execução contratual no TC 3635/2003, afora a falta de responsabilização do concessionário pela utilização de garantia falsa e pelo descumprimento contratual havido em razão dela, concluindo, por isso, não haver impedimento ao acolhimento do ajuste.

Todavia, a execução contratual objeto do TC 3635/2003, mencionado nas manifestações dos órgãos técnicos, não se refere ao instrumento aqui apreciado, mas à do Contrato 21/06 (período fiscalizado de 11/09/2006 a 19/12/2006), celebrado, em caráter emergencial, entre a Secretaria Municipal de Transportes e a Himalaia Transportes Ltda. para prestação de serviços de transporte na Área 4, em substituição à empresa SPBUS, cujo contrato de concessão foi rescindido por ato publicado em 30 de janeiro e 2004.

Assim, todos os apontamentos relativos ao Contrato 704/03 devem ser analisados no presente feito em conjunto com as condições supervenientes que culminaram com a rescisão contratual.

No entender da Secretaria Geral, a rescisão do referido ajuste configura *"ato unilateral do Poder Público, imposto como sanção ao concessionário. E tendo sido aplicada a maior sanção prevista, não há mais lugar para a aplicação de sanções menores.*"

Ademais, a informação de que a SPBUS havia falido, encontra respaldo no resultado da consulta efetuada ao portal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual indica a distribuição do Processo 0065054-65.2004.8.26.0100 (583.00.2004.065054), em trâmite na 3ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais – Foro Central Cível, com sentença exarada em 2005, decretando a falência da referida empresa.

Além disso, em consulta à página eletrônica da Secretaria da Receita Federal, consta a informação de que, em 31 de dezembro de 2008, ocorreu a baixa da inscrição da empresa Concessionária no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ.

Diante do exposto, de conformidade com o entendimento do Tribunal Pleno, proferido no TC 5.096/2003, que conheceu, excepcionalmente, da inclusão da "cláusula décima nona", de natureza transitória, aos Contratos de Concessão e, com base nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, no que for condizente com este voto, ACOLHO, EXCEPCIONALMENTE, o CONTRATO 704/03, celebrado entre a SECRETARIA MUNICIPAL DE MOBILIDADE E TRANSPORTES e a SPBUS TRANSPORTES URBANOS S/A.

Considerando, todavia, que no precedente invocado a aplicação da penalidade pelas irregularidades verificadas nos ajustes será tratada em sede da respectiva execução contratual e, no presente caso, não há instauração desse procedimento fiscalizatório, cabe neste processo enfrentar esse ponto.

Assim, pelas irregularidades apuradas, consistentes na apresentação da carta de fiança inidônea sem imposição de penalidade, e na inexistência de certidão de regularidade junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS na data da assinatura do contrato, com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80, APLICO ao Signatário do ajuste, identificado à folha 37, a multa de R$ 768,41 (setecentos e sessenta e oito reais e quarenta e um centavos) que, infelizmente, representa o valor máximo atualmente aplicado por este Tribunal, nos termos da Lei Municipal 13.105/2000, até que seja aprovado o projeto de lei encaminhado por esta Corte à Câmara Municipal de São Paulo visando "atualizar" os referidos valores, de forma que a multa se torne eficaz e proporcional à gravidade das irregularidades verificadas e aos valores praticados nos Contratos julgados, tal como já ocorre na grande maioria dos demais Tribunais de Contas do País.

Faço determinação à Secretaria Municipal de Mobilidade e 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.

Expeçam-se ofícios encaminhando cópia da íntegra do relatório, voto e das conclusões alcançadas 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 515/04 -4º PJ);

2 – o Prefeito do Município de São Paulo;

3 – a Câmara Municipal de São Paulo; e

4 – a Controladoria Geral do Município.

Cumpridos os trâmites legais, ARQUIVEM-SE OS AUTOS.