TC nº 72-005.100.03-30

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Concessão de Serviços de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo. Área 6. REGULAR em caráter excepcional. DETERMINAÇÕES. Votação unânime.

2.916ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 23/08/2017

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 julgar regular, em caráter excepcional, o Contrato de Concessão 706/2003.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Transportes 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 as mesmas irregularidades 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;

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

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofícios, acompanhados de cópia de 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, após 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

Trata-se da análise do Contrato nº 706/03, referente à Concessão do Serviço de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, na área 06, celebrado pela *Secretaria Municipal de Transportes* com o Consórcio Unisul, pelo período de 10 (dez) anos, pelo valor estimado de R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).

As análises iniciais dos órgãos técnicos deste Tribunal apontaram a necessidade de complementação da instrução processual, de forma que a Origem foi oficiada para prestar esclarecimentos. Da mesma forma, as notícias veiculadas acerca da irregularidade das cartas de garantia à execução contratual apresentadas fizeram com que a concessionária signatária do ajuste em análise também fosse intimada para apresentar defesa.

O Consórcio Unisul apresentou sua defesa às fls. 358/398, alegando, em síntese, que o Consórcio, bem como a Administração Pública, foram levados a erro acidental; que a garantia é assessória e, portanto, a sua nulidade não atinge o contrato principal; a boa-fé do Consórcio; a ausência de prejuízo ao erário.

Após a apresentação das manifestações e defesas da Origem e do Ordenador da Despesa, devidamente oficiada e intimado sobre as

irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela irregularidade do ajuste, pelas seguintes razões:

"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) - as apólices de seguro apresentadas pelas empresas que compõem o Consórcio Unisul não trazem 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) - a inexistência de certidão de regularidade junto ao FGTS na data da assinatura do contrato, relativas às empresas Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda. e Viação Paratodos Ltda., infringindo o artigo 2º, L.F. nº 9.012/95 e o inciso VI, artigo 36, D.M. nº 41.772/02.

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;

- não há evidências de registro do Consórcio na JUCESP, em atendimento ao artigo 279, parágrafo único, Lei nº 6404/76, bem como não foi apresentado o número do CNPJ."

Com base nos esclarecimentos prestados pela Origem, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou as seguintes considerações, em seu parecer de folhas 773/777:

"Inicialmente, 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."

Considerando o acrescido, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle reti/ratificou, às folhas 789/792, a conclusão pela irregularidade do ajuste, tendo em vista os seguintes apontamentos:

"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.

A pura e simples afirmação de não ter havido alteração do valor contratual não se sustenta (fl. 98). Não houve comprovação do quanto argüido, principalmente se considerado que houve alteração na forma de remuneração.

2 - Pareceu-nos incontroversa a utilização de cartas de fiança falsas (de 24.07.03 a 24.07.04) – fl. 341, infringindo os itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c.c. artigo 56, L.F. nº. 8.666/93. Lembremos serem tais situações passíveis de justificar a rescisão contratual, conforme previsto no artigo 78, I, L.F. nº. 8.666/93 e punições aos concessionários frente à ilicitude perpetrada. Não há informações acerca de medidas tomadas pela Administração neste ou naquele sentido.

3) - Ausência de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ – do Consórcio, desatendendo o art. 11, III da Instrução Normativa RFB n.º 568, de 8 de setembro de 2005 (substituta da Instrução Normativa SRF n.º 200, de 13 de setembro de 2002, art. 12, §3º, II) – fl. 477.

4) - Inexistência de certidão de regularidade fiscal na data da assinatura do contrato (fl. 649vº).

Ressaltamos não ser possível uma manifestação conclusiva acerca do adimplemento, pelo particular da obrigação de contratar seguro de responsabilidade civil com a amplitude de cobertura exigida, uma vez não haver cópia do contrato celebrado entre as empresas componentes e sociedade seguradora.

Quanto ao apontamento feito à fl. 650, a respeito do registro do Consórcio na JUCESP, melhor observando o documento de fl. 101 (parte superior), verifica-se o protocolo naquele órgão estatal sob o número 394711/03-8.

Por fim, cumpre-nos informar que a sugestão da d. Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de proceder à análise da execução contratual (fl. 775) já foi atendida nos autos do TC n.º 72-003.637.06-44."

Em nova manifestação, às folhas 806/811, a Assessoria Jurídica de Controle Externo *opinou "pela irregularidade na formalização do Contrato nº 706/03 em virtude da ausência de prova da regularidade junto ao FGTS de duas das empresas formadoras do consórcio concessionário, apurando-se nos termos da lei a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos"*, fazendo as seguintes considerações.

"Não se extraem das últimas manifestações novos elementos capazes de alterar o entendimento já exarado por esta Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que se encontra superada a questão sobre a introdução da Cláusula 19 – Disposições Transitórias no contrato de concessão.

Acompanho, por conseguinte, neste particular, o parecer anterior de fls. 685/689, tendo em vista que, 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 nº 323.03-47, em Acórdão proferido na data de 24.02.2003.

Com relação às falsas cartas de fiança utilizadas, 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 o concessionário.

Por oportuno, é preciso destacar também que, na prática, o contrato permaneceu sem garantia legítima de 21.07.2003 (data de sua assinatura) até 01.06.2005, quando emitida a carta de fiança pelo Banco BRJ S.A. (fls. 713) – cuja aceitação está sendo discutida em juízo porquanto rejeitada pela Secretaria de Finanças com fulcro na Portaria SF 18/00, que exige do emitente da carta domicílio no Município de São Paulo.

Desta sorte, entendo como irregular a omissão da Secretaria Municipal de Transportes, que deveria aplicar as penalidades cabíveis pelo incontroverso descumprimento de obrigações contratuais.

No que tange às apólices de seguro, urge frisar que a questão já havia sido suscitada anteriormente, sendo certo que esta Assessoria Jurídica, em concordância com a Especializada, entendeu ser necessária a manifestação do órgão licitador para dirimir a dúvida em relação à abrangência da cobertura do contrato.

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.

Nada obstante, a Equipe Técnica desta Corte trouxe novamente à baila a suspeita de que as apólices colacionadas aos autos seriam insuficientes para garantir a regularidade do contrato. Apesar de se referirem claramente à responsabilidade objetiva do prestador do serviço público – o que não se discute –, asseverou-se no relatório de auditoria que dos documentos fornecidos não foi possível inferir que os danos material, corporal e moral dos passageiros estivessem contemplados nos respectivos contratos de seguro.

Tratando-se, pois, de obrigação que deve ser mantida pelo contratado durante toda a vigência do ajuste, parece-me que a divergência poderá ser melhor dirimida quando da análise da execução contratual, já iniciada de acordo com o que foi mencionado anteriormente no relatório desta peça.

Quanto à inscrição do concessionário junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), nenhuma ressalva ao contrato em análise. Podemos extrair dos próprios autos o cumprimento da legislação neste quesito, uma vez que às fls. 713, em documento relativo à caução em fiança bancária, consta a qualificação do Consórcio Unisul e seu número de inscrição no CNPJ, qual seja: 05.943.230/0001-08.

No mais, imperioso destacar que as empresas Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda. e Viação Paratodos Ltda. não apresentaram certidão de regularidade junto ao FGTS válida no momento da assinatura do contrato de concessão, o que se observa dos apontamentos da Equipe Técnica desta Corte às fls. 649vº.

Inexistindo nos autos documento que faça prova do contrário, ratifico o relatório de auditoria e acompanho a conclusão de que inadequada é a contratação sem a prova de regularidade de todas as empresas formadoras do consórcio concessionário junto ao FGTS, haja vista o óbice imposto no artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95.

Diante de todo o exposto, opino pela irregularidade na formalização do Contrato nº 706/03 em virtude da ausência de prova da regularidade junto ao FGTS de duas das empresas formadoras do consórcio concessionário, apurando-se nos termos da lei a responsabilidade dos agentes públicos envolvidos.

Nada obstante, nos autos se observa também 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 nº 72-003.637.06-44, referente à análise da execução do respectivo contrato de concessão.

E, por fim, permito-me sugerir que no TC em epígrafe 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."

A Assessora Subchefe de Controle Externo entendeu, em relação aos vícios apontados, *"que a especificidade da contratação e a essencialidade dos serviços concedidos permitem reconhecer os efeitos financeiros produzidos pela contratação, sem prejuízo, contudo, de apuração de responsabilidade dos servidores que atuaram à época"*, o que foi endossado pelo Assessor Jurídico Chefe, em sua manifestação de folha 814.

A Procuradoria da Fazenda Municipal admitiu a existência de impropriedades, a merecerem a devida responsabilização, ponderando, contudo, que o Tribunal haveria de sopesar o fato de se tratar de serviço essencial, que não poderia sofrer solução de continuidade (fls. 816/825).

A Secretaria Geral também opinou pela irregularidade do ajuste, nos seguintes termos, conforme parecer ás folhas 835/841:

"Resta-me expor, 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.

(...)

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.

No mais, com razão os órgãos técnicos ao apontarem a irregularidade do contrato celebrado com consórcio formado por empresas que não apresentaram certificado de regularidade junto ao FGTS, sendo evidente a infringência ao art. 2º, da Lei Federal nº 9.012/95.

De maior gravidade, contudo, é a apresentação de garantias falsas, assim reconhecidas em declaração do próprio banco apontado como expedidor das cartas de fiança de fls. 220 e 248. A alegação do Consórcio Unisul, 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. E a alegada boa-fé do consórcio no caso, ao meu ver, tem sua presunção abalada pelo indício fortíssimo consistente no fato de ser o maior interessado na expedição desse documento, respondendo à célebre questão latina: "Quid prodest"? A quem aproveita?

Segundo o material do processo, ainda, a carta de fiança apresentada em substituição à declarada falsa foi aprovada, mas a renovação da garantia, com Carta emitida pelo Banco BRJ S.A., foi rejeitada,

por não ter o emitente domicílio no Município de São Paulo, como exigido na Portaria SF 18/00 – embora fosse o mesmo da carta anterior. O assunto foi submetido ao Judiciário que, em outra oportunidade, denegara a segurança impetrada por outro Consórcio em idêntica situação (fls. 706).

Assim, até por atuação contraditória da Secretaria de Finanças, a questão da garantia do contrato continua pendente, mesmo após encerrado o prazo das primeiras garantias oferecidas.

Por todo o exposto, sou pela irregularidade do contrato em exame, em concordância, de resto, com a unanimidade das conclusões precedentes nos autos, em razão 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, previstas no art. 35 da Lei Municipal nº 13.241, de 12 de dezembro de 2001, ao concessionário. E nada disso foi feito.

No tocante ao proposto pela Assessora Subchefe da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a responsabilidade dos servidores que atuavam na época já foi investigada por Comissão de Sindicância, cujo Relatório, encartado às fls. 714/738, não conclui pela responsabilização de qualquer servidor; e no que tange ao acolhimento dos efeitos financeiros do contrato, entendo ser decisão submetida à alta deliberação de Vossa Excelência."

É o Relatório.

VOTO

Inicialmente, cabe destacar que há solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre o andamento e julgamento do presente contrato de concessão.

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 (oito) áreas, resultando, dessa forma, na celebração de oito contratos de concessão, em 21 de julho de 2003.

Em julgamento o Contrato nº 706/03, formalizado com o Consórcio Unisul (constituído pelas empresas Viação Cidade Dutra Ltda., Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda., Viação Paratodos Ltda. e Viação Itaim Paulista Ltda.), correspondente à ÁREA 6, no valor inicial de R$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) pelo período de 10 (dez) anos.

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 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 13.241/2001."

Ressalte-se, também, que o Contrato de Concessão nº 702/03, correspondente à Área nº 02 do Subsistema Estrutural da Cidade de São Paulo (de idêntico objeto e apontamentos similares aos deste processo), foi julgado regular, em caráter excepcional, por votação unânime, proferida nos autos do TC 72-005.096.03-64, nos seguintes termos:

"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."

É importante ainda assinalar que, no referido 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 706/2003, ora em julgamento, os seguintes apontamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle:

1) as apólices de seguro apresentadas pelas empresas que compõem o Consórcio Unisul não trazem cobertura de acidentes pessoais aos condutores, cobradores, funcionários, guias turísticos e passageiros transportados, infringindo o edital e o artigo 4º, § 3º, do Decreto Municipal nº 42.736/02;

2) utilização de cartas de fiança falsas no período de 24/07/03 a 24/07/04 infringindo os itens 15.03 e 8.5.6 do Edital e o artigo 56, da Lei

Federal nº. 8.666/93 e a ausência de punição pela Administração ao concessionário por esse fato;

3) Ausência de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ – do Consórcio, desatendendo o artigo 11, inciso III da Instrução Normativa RFB n.º 568/05;

4) inexistência de certidão de regularidade junto ao FGTS (fundo de garantia por tempo de serviço) na data da assinatura do contrato, relativas às empresas Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda. e Viação Paratodos Ltda., infringindo o artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95 e o inciso VI, do artigo 36 do Decreto Municipal nº 41.772/02."

1- Sobre as apólices de seguro, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ressaltou que:

"Consta das apólices de seguro apresentadas, cobertura para danos materiais, corporais e morais em atenção ao exigido pelo artigo 4º, §3º do Decreto 42.736/02. As apólices apresentadas estão de acordo com a norma aludida e com o edital, pois se referem ao seguro de responsabilidade civil objetiva. Restou superada a questão, o que se justifica pela presunção de veracidade da declaração do então Secretário da Pasta de Transportes e do ato administrativo."

A Secretaria Geral também considerou superado o apontamento nos seguintes termos:

"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."

2- Sobre a garantia, a sindicância instaurada na Origem concluiu que as cartas de fiança (nº 5594/03 e nº 20320-04), com vigência de 24 de

julho de 2003 a 24 de julho de 2004 e 21 de julho de 2004 a 21 de julho de 2005, emitidas pelo Banco de La Nación Argentina, em nome da Viação Cidade Dutra Ltda. e do Consórcio Unisul, respectivamente, no valor de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) cada, correspondendo a 1% (um por cento) do valor contratual, eram falsas, conforme carta apresentada pelo próprio Banco.

Posteriormente, a Origem informou que as referidas cartas de fiança foram substituídas por outras emitidas pelo Banco BRJ, cuja aceitação foi negada pela Secretaria de Finanças em razão de o referido Banco não possuir sede no Município de São Paulo conforme determinava a Portaria SF nº 18/2000.

A matéria foi então objeto de questionamento judicial. Em 28 de dezembro de 2005, o Tribunal de Justiça denegou a segurança pretendida, considerando legal a exigência da Secretaria de Finanças (decisão transitada em julgado e processo arquivado em 15 de maio de 2013). Contudo, segundo informação da Origem, até a data da publicação da sentença, a aceitação das cartas fiança fornecidas pelo Banco BRJ S.A encontravam-se asseguradas por meio de liminar concedida nos autos do mencionado mandado de segurança (de outubro/2005 a janeiro/2006).

Além disso, há notícia nos autos de que a Secretaria de Finanças teria flexibilizado o procedimento definido na Portaria 18/2000, havendo, também, informação da Secretaria Municipal de Transportes de que o Banco BRJ S.A. teria constituído domicílio no Município de São Paulo, solucionando a questão e atendendo a determinação da aludida Portaria 18/2000.

Sobre a questão, 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, referentes à concessão da área 2, que cuidou de caso idêntico, também tratou da "*utilização de cartas de fiança falsas",* tendo sido acordado, à unanimidade, que, *"os efeitos decorrentes do descumprimento da 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.

Assim, em coerência com os processos já julgados (de idêntico teor), a aplicação das penalidades às concessionárias decorrentes da ausência de apresentação de carta fiança válida, na data da assinatura do ajuste, serão tratadas no âmbito do processo que cuida da execução contratual.

3 - No que diz respeito à alegada "ausência de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ – do Consórcio", conforme exposto na manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, *"é possível extrair dos próprios autos o cumprimento da legislação neste quesito, uma vez que à fls. 713 (...) consta a qualificação do Consórcio Unisul e seu número de inscrição no CNPJ, qual seja: 05.943.230/0001-08".*

4 - Finalmente, quanto à falta de certidão de regularidade fiscal das empresas consorciadas *Tupi Transportes Urbanos Piratininga Ltda.* e *Viação Paratodos Ltda.* junto ao FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), na data da assinatura do ajuste, ressalte-se o entendimento deste Tribunal no sentido de que a impropriedade, por sua natureza formal, não tem o condão, por si só, de macular todo o ajuste.

Some-se, de outra parte, a manifestação da Assessora Subchefe de Controle Externo, endossada pelo Assessor Chefe, ponderando que *"a especificidade da contratação e a essencialidade dos serviços concedidos permitem reconhecer os efeitos financeiros produzidos pela contratação".*

No mesmo sentido, as ponderações da Procuradoria da Fazenda Municipal de que *"o Tribunal haveria de sopesar o fato de se tratar de serviço essencial, que não poderia sofrer solução de continuidade".*

Diante de todo o exposto, com amparo nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal e, em coerência com o voto proferido nos autos dos TCs 72-005.096.03-64 e 72-005.097.03-27 (de idêntico objeto), JULGO, em CARÁTER EXCEPCIONAL, REGULAR O CONTRATO DE CONCESSÃO 706/2003.

Expeça-se determinação 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 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.