TC nº 72-005.101.03-00

ANÁLISE. CONTRATO. SMT. Concessão de serviços de transporte coletivo urbano. ACOLHIDO excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Tcs citados 72-000.323.03-47, 72-003.632.06-20, 72-000.920.03-26, 72-001.258.03-12, 72-005.096.03-64, 72-005.097.03-27 , 72-005.100.03-30, 72-003.638.06-07

2.932ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 12/01/2018

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 707/2003.

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;

4 – se o endereço da sede da concessionária não corresponde ao de imóvel de propriedade da SPTrans.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em registrar que outras determinações cabíveis, os efeitos financeiros e as consequências do descumprimento de obrigações do concessionário, verificados neste feito, e as penalidades aplicáveis ao caso, serão tratados nos autos do processo em que se dá o acompanhamento da respectiva execução contratual – TC 72-003.638.06-07.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de ofício com cópia 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 solicitou informações nestes autos e instaurou procedimento investigatório (PJC-CAP nº 515/04-4º PJ);

2 – o Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo;

3 – a Câmara Municipal de São Paulo e a respectiva Comissão de Trânsito, Transporte, Atividades Econômicas, Turismo, Lazer e Gastronomia;

4 – a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes;
5 – a São Paulo Transporte S.A – SPTrans; e
6 - a Controladoria Geral do Município.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das 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 Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de julho de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do **Contrato de Concessão 707/03** (fls.05/37), tendo por objeto os serviços de transporte público coletivo de passageiros na **Área 07** do Subsistema Estrutural da Cidade de São Paulo, celebrado entre a SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES e o **CONSÓRCIO SETE**, originalmente constituído pelas empresas (1) Viação Campo Belo Ltda., (2) Transkuba Transportes Gerais Ltda., (3) Viação Gatusa Transportes Urbanos Ltda. e (4) VIP Viação Itaim Paulista (posteriormente substituída pela empresa VIP - Transportes Urbanos Ltda. – CNPJ 08.107.792/0001-00). (Termo de Constituição – fls. 133/137).

O ajuste em pauta, decorrente da Concorrência 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$ 1.500.000.000,00** (um bilhão e quinhentos milhões de reais, que corresponderiam a **R$ 3.325.214.433,97** (três bilhões, trezentos e vinte e cinco milhões, duzentos e quatorze mil quatrocentos e trinta e três reais e noventa e sete centavos, corrigindo-se pelo IPCA-15 ref. Abril/17).

As análises iniciais dos Órgãos Técnicos deste Tribunal apontaram a necessidade de a Origem apresentar documentação complementar para a instrução processual, após o que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 86/89 e 180/183 - 15/03/2004) submeteu questões de ordem jurídica para serem dirimidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 184/202 – 22/11/2004), que se manifestou sobre cada item, destacando-se os seguintes:

1) Caberia à Origem manifestar-se sobre a ausência de documentos referentes à prova de caução, ao registro do Consórcio na Junta Comercial de São Paulo, sua inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), da Receita Federal e a regularidade fiscal de cada empresa integrante do consórcio;

2) "*Data vênia, ao que tudo indica, a apólice apresentada está de acordo com a norma acima aludida* [Decreto 42.736/02 – art. 4º] *e com o edital, pois refere-se ao seguro de responsabilidade civil objetiva e não ao seguro da frota de veículos. (...) A indagação que pode ser feita é a seguinte: quando a apólice menciona* '*terceiros*' *estão incluídos os passageiros?(...) Pois, a norma acima destacada exige que estes, também estejam assegurados*";

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

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

Na sequência, em 16 de dezembro de 2004, a imprensa (*Folha de São Paulo* -16/12/2004 e *Diário de São Paulo* -17/12/2004 - fls. 206/312) publicou **notícia sobre a apresentação de garantia bancária inidônea 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 o Consórcio Sete (fls. 220 –** validade de 21/07/2004 a 21/07/2005) **e a sua integrante a Viação Campo Belo Ltda. (fls. 248 –** validade de 24/07/2003 a 24/07/2004) –, oferecido **cartas de fiança** falsas com timbre do Banco de La Nación Argentina **(**excetuando a Concessionária SPBUS Transportes Urbanos S.A, da Área 4, que não deu início ao contrato, por isso rescindido, os demais Concessionários apresentaram esse tipo de fiança inidônea**)**.

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 público, obteve resposta do Banco de La Nación Argentina (fl. 289 e 310), que declarou, expressamente, não ter emitido as indigitadas cartas de fianças e, sendo falsas, comunicou a prática de atos ilícios ao 78º Distrito Policial, resultando na instauração do Inquérito Policial 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 (em 20/12/2014 – fls. 261/262).

A Origem e o CONSÓRCIO SETE foram oficiados (OFs de 4 de março de 2005 – folhas 313 e 314, ref. Cartas de Fiança e OF-TCM de folha 319 ref. Planilha de custos do Consórcio) para manifestação acerca da autenticidade das Cartas de Fiança apresentadas a título de garantia à execução do Contrato 707/03, em análise, bem como para encaminhamento de planilhas de custos com detalhamento da forma de remuneração então vigente.

O Concessionário, no primeiro momento, não foi localizado no endereço contratual (garagem de propriedade da SPTrans – Av. Guido Caloi, 1200) e, posteriormente, foi intimado e apresentou resposta com as seguintes alegações (Resposta Concessionário ref. Planilha de Custos: 21 de março de 2005 – fl. 322 e Justificativa ref. Carta de Fiança - fls. 511/512 e 556/579 – 06/03/2006):

a) seu endereço estava desatualizado, por isso forneceu o atual, que seria objeto de alteração perante a JUCESP (Junta Comercial do Estado de São Paulo);

b) ter inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Secretaria da Receita Federal (CNPJ 04.901.413/0001-06);

c) não ser responsável pelas garantias falsas, inexistindo de sua parte negligência, imperícia ou imprudência, vez que contratou a **Orla Adm. Corretora de Seguros Ltda.,** como intermediadora para obtenção das cartas de fiança junto ao Banco de La Nación Argentina e pagou as mesmas taxas cobradas pelo mercado financeiro.

d) as cartas de fiança inquinadas de vício serviram para garantir o período de vigência de 21 de julho de 2003 até 21 de julho de 2004 e não foram utilizadas, por isso não causaram prejuízo financeiro ao Erário Público;

e) posteriormente, “foi apresentada nova garantia, desaparecendo, por completo, a necessidade de garantia daquele período anterior” (apurou-se que nova Carta de Fiança do Banco de La Nación Argentina foi apresentada, datada de 21/07/2004, fl. 220 e, em 02/06/2005, apresentou Carta de Fiança emitida pelo Banco BRJ sem sede em SP, fl. 526); e

f) no tocante à planilha de custos, a Secretaria Municipal de Transportes, em 3 de março de 2005, emitiu "NOTA DE ESCLARECIMENTO" (fls. 323/324) em que estabeleceu novos valores de remuneração para cada Área, devido ao *"final de vigência das 'Disposições Transitórias' dos contratos de concessão e permissão do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, respectivamente Cláusula Décima Nona – item 19.1.1 a 19.1.26 – e Cláusula Vigésima".*

A Secretaria Municipal de Transportes (fls. 327/329 - 11/04/2005 – itens 8.5.6 e 15.3 do edital), por sua vez, no tocante à apuração de irregularidades nas cartas de fiança, alegou não lhe competir, "*em tese e em sentido estrito, a verificação da autenticidade dos documentos em questão (...), que devem ser apresentados perante a Secretaria Municipal de Finanças*", responsável pela emissão de documento comprobatório de tal apresentação, "*o qual passa a integrar o processo administrativo*" correspondente à contratação, consoante exposto no edital.

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

A Origem e o Signatário do Ajuste (intimação de folhas 361/362) foram solicitados a apresentar explicações quanto aos apontamentos iniciais da Área Jurídica e sobre a denúncia envolvendo as garantias oferecidas.

A Pasta de Transportes encaminhou suas justificativas com enfoque em cada um dos itens, de modo a demonstrar a conformidade do contrato com a legislação de regência e o edital, e afirmou que os motivos que ensejaram o período de transição regido pela cláusula 19ª 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 São Paulo Transporte – SPTrans.

Quanto ao fato de o representante legal do Consórcio não ter sido encontrado no endereço fornecido pelo Concessionário, justificou tratar-se de imóvel destinado à garagem da SPTrans, locado à Viação Gatusa em 2004, empresa integrante do Consórcio Sete, que não se confunde com a sede do Consórcio, embora tenha juntado seu Termo de Constituição, datado de 27/02/2003, no qual já constava o endereço desse imóvel como sede e reproduzido no contrato em tela.

Outrossim, apresentou o relatório produzido pela Comissão Sindicante, que destacou a perplexidade em encontrar a documentação vinculada ao processo "*em total desorganização, falta de documentos originais, papeis avulsos ao processo*", do qual deveriam fazer parte, e ausência de ordem sequencial. E apontou uma sucessão de falhas administrativas, contradições entre

depoimentos, presença de intermediários vinculados à apresentação das garantias falsas em reuniões administrativas, divergências de assinaturas em cópias de documentos oficiais, morosidade inexplicável e o comportamento relapso dos concessionários, sem, no entanto, apresentar um resultado conclusivo que conduzisse à identificação e responsabilidades pelos ilícitos, alegando demandar mais tempo para diligências complementares.

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

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

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

c) a falta de registro do Consórcio na Junta Comercial é erro formal;

d) quanto à apresentação de certidões de regularidade junto ao INSS e ao FGTS, a empresa consorciada está "*discutindo judicialmente com o INSS a aplicação de alíquota. Assim, embora o INSS se negue a fornecer certidão de inexistência de débitos, o fato é que não há débito reconhecido e incontroverso*";

e) a inclusão da cláusula denominada "disposições transitórias" justificou-se para evitar contratos emergenciais durante a implantação do novo e complexo modelo do sistema de transporte, sem implicar afronta ao princípio da vinculação ao edital; e

f) a fase de transição "atualmente já se encontra superada, superados os óbices que a motiva" (sic).

Ao analisar todo o acrescido aos autos, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** concluiu pela irregularidade do Contrato de Concessão 707/03, com base nos seguintes fundamentos:

"*1) - introdução da cláusula 19ª - Disposições Transitórias no Contrato, violando: 1.1 - os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, preceituados no artigo 3º, da L.F. 8.666/93;*

1.2 - 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;

1.3 - descaracterização da natureza jurídica da concessão.

2) - utilização de cartas de fiança falsas (no período de 24.07.03 a 24.07.05 [fls. 220 e 248]), infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, L.F. 8.666/93. Situações passíveis de gerar rescisão contratual, conforme previsto no artigo 78, I, L.F. 8.666/93 e punição aos concessionários frente à ilicitude praticada.

3) - as apólices de seguro apresentadas pelas empresas ...[consorciadas] não trazem cobertura de acidentes pessoais aos condutores, cobradores, funcionários, guias turísticos e passageiros transportados, infringindo ao 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).

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 evidência de registro do Consórcio na JUCESP, em atendimento ao artigo 279, parágrafo único, Lei 6404/76...

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

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

1) As cartas de fiança "*emitidas em 24.07.03, pelo Banco de La Nación Argentina foram encaminhadas à Secretaria Municipal de Finanças, órgão competente, nos termos da Portaria SF 21/96 e alterações, pelo recebimento, análise e custódia das garantias apresentadas*";

2) Aquela Secretaria, após 12 meses, respondeu ser inaceitável carta de fiança com sede no exterior, nos termos da Portaria SF 18/00, sem nada comentar sobre a validade das mesmas;

3) Vencido o prazo da garantia anterior, o Consórcio apresentou carta de fiança "*emitida, em 21.07.04, pelo Banco de La Nación*

Argentina, antes, portanto, que esta Pasta tivesse ciência da não aceitação da garantia anteriormente apresentada, e antes que houvesse sido aventada a falsidade das mencionadas garantias";

4) Ao saber do resultado da consulta realizada pela Secretaria das Finanças ao Banco Central do Brasil, declarando inválida carta de fiança, pois não emitida pelo referido banco argentino, notificou os Concessionários para regularizarem a situação;

5) "*o Consórcio Sete apresentou Carta de Fiança Bancária emitida pelo Banco BRJ S.A., devidamente aceita pela Secretaria Municipal de Finanças ... cujo vencimento se deu em 20.07.05*".

6) As apólices de seguro de responsabilidade civil apresentadas pelo Consórcio Sete atendem a legislação e o edital, uma vez que prevêem coberturas para danos materiais, corporais e morais.

7) A questão que envolve a inclusão da cláusula 19 nos contratos encontrava-se superada com a prolação do Acórdão no TC 72-000.323.03-47, e os técnicos "*já concluíram que a remuneração das empresas concessionárias e permissionárias foi realizada, naquele período, de acordo com as disposições da mencionada cláusula contratual*".

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

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

10) E "*a emissão da Ordem de Serviço Definitiva* [item 19.1.5] *somente será possível com a efetiva implantação da rede revisada, o que está se dando de forma gradativa*" (a Nota de Esclarecimento de 05/03/05 - folhas 323/324, enviada pela Secretaria Municipal de Transportes aos Concessionários, consignou o final da vigência da cláusula transitória, fazendo expressa referência aos itens 19.1.1 a 19.1.26).

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

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

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

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

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

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

*f. Apesar de participante de várias etapas do processo, não foi caracterizada responsabilidade [*do diretor*]. nos eventos determinantes que envolveu a licitação, bem como os depoimentos não apontaram para o exercício de tráfico de influência pelo mesmo;*

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

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

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

"1) - introdução da cláusula 19ª - Disposições Transitórias no Contrato, violando: - os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, preceituados no artigo 3º, da L.F. 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) – (...) utilização de cartas de fiança falsas (no período de 24.07.03 a 24.07.04) infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, L.F. 8.666/93";

3) – inexistência de certidão de regularidade fiscal na data da assinatura do contrato, da Viação Gatusa perante o FGTS.

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

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reafirmou seu entendimento no sentido de estar superada a questão da cláusula 19, pois, "além de demonstrada a necessidade do período de transição e o prévio conhecimento desta pelos licitantes com a publicação dos respectivos esclarecimentos – que se tornaram parte integrante do edital – a matéria foi objeto de deliberação pelo Colegiado desta Egrégia Corte de Contas no TC 72-000.323.03-47, em Acórdão proferido na data de 24.02.2003", transferindo-se, todavia, as questões do encerramento da fase de transição e do término da vigência dessa cláusula transitória, para análise na execução contratual.

Quanto às cartas de fiança falsas apresentadas pelo Consórcio Sete e sua consorciada Viação Campo Belo, o parecer jurídico apontou:

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

b) "*na prática, o contrato permaneceu sem garantia legítima de 21.07.2003 (data de sua assinatura) até 01.05.2005, quando emitida a carta de fiança pelo Banco BRJ S.A. (fls. 526)*";

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

d) a irregularidade quanto à "*falta de responsabilização do concessionário pela utilização de garantia falsa e pelo descumprimento contratual havido em razão dela, poderá ser objeto de julgamento no TC 72-003.632.06-20, referente à análise da execução do contrato de concessão*".

E, com "*fulcro na afirmação textual do Secretário da Pasta de Transportes de que as apólices de seguro atendiam ao disposto no artigo 4º, § 3º, do Decreto Municipal 42.736/02, em pronunciamento anterior se concluiu superada esta questão, o que se justifica pela presunção de veracidade da declaração e do ato administrativo*", cabendo, entretanto, em sede de execução contratual a "*análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual*" correspondente, haja vista "*a suspeita de que as apólices colacionadas aos autos seriam insuficientes para garantir a regularidade do contrato*", trazida novamente à baila na manifestação da Auditoria.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, no entanto, opinou pela irregularidade do Contrato 707/03, com base nos seguintes fundamentos:

1 – "a empresa Viação Gatusa Transportes Urbanos Ltda. não apresentou certidão de regularidade junto ao FGTS válida no momento da assinatura do contrato de concessão" (art. 2º da Lei Federal 9.102/95);

2 – a "ausência de documento comprobatório de registro do concessionário no órgão competente [JUCESP]";

3 – "ser irregular a *falta de responsabilização do concessionário pela utilização de garantia falsa e pelo descumprimento contratual havido em razão dela*" (fl. 628).

Em complementação, a Assessora Subchefe de Controle Externo considerou "*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*."

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

A Secretaria Geral observou, inicialmente, que "*todos os órgãos técnicos desta Corte concluíram pela irregularidade da contratação em exame, desta conclusão também não se afastando a própria Procuradoria da Fazenda Municipal*."

Na sequência, tratou os "itens que ensejaram maior discussão", assim posicionando-se:

a) no "*tocante à cláusula 19ª* '*Das Disposições transitórias*' *do contrato de concessão, nenhuma objeção pode subsistir ante a constatação de que a fase de transição havia sido objeto de esclarecimento de dúvidas, inclusive quanto à respectiva remuneração, nos itens 22 e 23 do Esclarecimento 04,*

expressamente incorporado ao Edital, nos termos do subitem 23.3.4 do documento convocatório";

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

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

d) no que tange às apólices de seguro apresentadas, "*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 (...) e os valores mínimos fixados no subitem 15.5 do Edital foram observados pelo concessionário*";

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

f) "*com razão os órgãos técnicos ao apontarem a irregularidade do contrato celebrado com consórcio formado por empresa [Viação Gatusa] que não apresentou certificado de regularidade junto ao FGTS*."

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

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

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

j) "*a carta de fiança apresentada em substituição à declarada falsa, e 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 ...(fls. 519)*."

Por fim, opinou pela irregularidade do Contrato 707/03, "*em exame, em concordância, de resto, com a unanimidade das conclusões precedentes nos autos, em razão dos vícios graves que conduziriam à sua anulação ou à declaração de caducidade da concessão, ou ao menos, à aplicação de sanções contratuais e legais (...) ao concessionário.*

E nada disso foi feito". E, "*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. 641/657, 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*" do Conselheiro Relator.

É o relatório.

VOTO

A Secretaria Municipal de Transportes (atualmente denominada Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes), por intermédio da CONCORRÊNCIA 12/02, outorgou a concessão dos serviços de transporte coletivo das oito áreas em que foi dividido o Subsistema Estrutural da Cidade de São Paulo, cujo certame deu origem a oito contratos de concessão, celebrados em 21 de julho de 2003.

Em julgamento o **Contrato 707/03**, formalizado com o CONSÓRCIO SETE constituído, originalmente, pelas empresas (1)Viação Campo Belo Ltda., (2)Transkuba Transportes Gerais Ltda., (3)Viação Gatusa Transportes Urbanos Ltda. e (4)VIP Viação Itaim Paulista (posteriormente substituída pela empresa VIP - Transportes Urbanos Ltda.) **correspondente à ÁREA 7,** no valor de **R$ 1.500.000.000,00** (um bilhão e quinhentos milhões de reais), que equivaleriam a R$ 3.325.214.433,97 (três bilhões, trezentos e vinte e cinco milhões, duzentos e quatorze mil, quatrocentos e trinta e três reais e noventa e sete centavos), corrigindo-se pelo IPCA-15 ref. Abril/17).

O Edital e o procedimento licitatório da referida Concorrência 12/2002 foram apreciados E JULGADOS REGULARES por este Tribunal de Contas nos processos TCs 72-000.323.03-47 e 72-000.920.03-26, respectivamente.

Por sua vez, no TC 72-001.258.03-12 e no TC 72-005.096.03-64 **(**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 em vigor, que serão adotadas no presente feito, para fins de uniformização de julgados, precedentes esses já aplicados no julgamento dos TCs 72-005.097.03-27 (Área 3) e 72-005.100.03-30 (Área 6), ambos apreciados em 29 de março de 2017.

O Consórcio foi intimado e apresentou defesas.

A primeira questão é relativa ao modelo adotado no Edital da Concorrência 12/02, se estaria em conformidade com o regime de concessão, tal qual definido na Lei Federal 8.987/1995 e na Lei Municipal 13.241/2001,

apreciada na análise do TC 72-001.258.03-12, quando 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 excepcional, decisão que desde então vem norteando o julgamento dos demais processos em que se dá a análise dos Contratos de Concessão decorrentes da mencionada Concorrência, cujos fundamentos jurídicos consignados no voto condutor, integram o presente voto.

A segunda questão a ser apreciada previamente ao exame do Contrato ora em pauta (**707/03)**, refere-se à validade da "CLÁUSULA DÉCIMA NONA – DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS", incluída no ajuste, sem estar expressa na minuta de contrato que acompanhou o Edital da citada Concorrência, matéria abordada no julgamento do TC 72-005.096.03-64, oportunidade em que o Pleno CONHECEU, EXCEPCIONALMENTE, da inclusão da referida cláusula de natureza transitória, nos Contratos de Concessão, "*de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando as manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte*" e, tratando-se de precedente de modo a uniformizar os julgados, os fundamentos jurídicos consignados naquele processo e aqui reportados como se transcritos fossem, restando, assim, também resolvido esse ponto relevante.

No tocante à vigência da "Cláusula décima nona", teve validade por 17 meses – de julho/2003 a dezembro/2004, conforme disposto na "NOTA DE ESCLARECIMENTO" emitida pela Secretaria Municipal de Transportes, em 3 de março de 2005, (fls. 323/324), informando o *"final de vigência das 'Disposições Transitórias' dos contratos de concessão e permissão do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, respectivamente Cláusula Décima Nona – itens 19.1.1 a 19.1.26 – e Cláusula Vigésima"*, restabelecendo-se, por conseguinte, automaticamente, as cláusulas contratuais que estavam com sua aplicação suspensa.

Superados esses pontos, remanescem para apreciação as seguintes irregularidades apuradas pela Auditoria, na análise do Contrato 707/03:

1 - a "*utilização de carta de fiança falsa (no período de 24 de julho de 2003 a 24 de julho de 2004, infringindo aos itens 15.03 e 8.5.6 do Edital c/c artigo 56, Lei Federal 8.666/93, sem imposição de penalidade;* e

2 - a inexistência de certidão de regularidade fiscal na data da assinatura do contrato, da Viação Gatusa perante o FGTS.

Quanto à contratação de seguro, a Especializada ressaltou "*não ser possível uma manifestação conclusiva acerca do (...) seguro de responsabilidade civil (...), uma vez não haver cópia do contrato celebrado entre as empresas componentes e sociedade seguradora*" e no decorrer da instrução processual, a Origem apresentou a apólice de seguro de responsabilidade civil, contratado pelas empresas consorciadas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, além dos apontamentos da Auditoria, incluiu no rol de irregularidades a ausência de registro do Consórcio na Junta Comercial do Estado de São Paulo. No tocante aos valores de seguros contratados, a despeito da declaração da Secretaria Municipal de Transportes afirmando que as apólices de seguro de responsabilidade civil apresentadas pelo Concessionário atendiam às condições legais e editalícias, propôs se procedesse à "*análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual*" correspondente, em sede de execução contratual, haja vista "*a suspeita de que as apólices colacionadas aos autos seriam insuficientes para garantir a regularidade do contrato*".

Dessa forma, a matéria relativa às apólices de seguro, incluindo a responsabilização pelo não atendimento ao disposto no item 15.5 do Edital e no parágrafo 3º do art. 4 do Decreto Municipal 42.736, de 2001, será apreciada no TC 72-003.638.06-07, que tem por objeto o acompanhamento da execução do Contrato 707/03.

A questão da apresentação de cartas de fiança fictas, com timbre do *Banco de La Nación Argentina,* foi objeto de Sindicância, instaurada pela Origem e referida pela Assessoria Jurídica de Controle Externo ao concluir "*que o particular agiu de maneira relapsa e que sua displicência seria passível de punição".*

E a imposição de penalidade ao Consórcio cabe em razão da utilização de garantia inidônea *no período de 24 de julho de 2003 a 24 de julho de 2004,* mesmo diante da alegação de que tal garantia não foi acionada para responder por eventual inadimplência do Concessionário.

Este Tribunal, no julgamento exarado no TC 72-005.096.03-64, neste voto invocado como paradigma, também apreciou a matéria da carta de fiança falsa apresentado pelo Concessionário da Área 2 e acordou *"à unanimidade, em assinalar que outras determinações cabíveis, os efeitos decorrentes do descumprimento de obrigação da Concessionária, verificados neste feito, e as penalidades aplicáveis ao caso, serão tratados nos autos do processo (...), em que se dá o acompanhamento da respectiva execução contratual",* AO FINAL ACOLHENDO O AJUSTE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL.

Desse modo, em harmonia com o decidido pelo Pleno desta Corte naquele feito (TC 72-005.096.03-64), a falta da aplicação de punição ao concessionário em decorrência da utilização das cartas de fiança inidôneas, a exemplo da verificação se o seguro de responsabilidade civil estaria de acordo com o pactuado, será realizada em sede de execução contratual, mediante a "*análise mais detalhada do cumprimento do dispositivo contratual*" correspondente a cada questão.

A outra inconformidade apontada pela Auditoria refere-se à falta de comprovação da regularidade da consorciada Viação Gatusa junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, na data da celebração do ajuste, ocorrida em 21.07.2003, posto que a certidão apresentada (fl. 73) teve validade para o período de 13.08.2003 a 11.09.2003, significando haver prova de estar a empresa

em situação regular no mês posterior à formalização do contrato, o que não exime a Concessionária de atender exigência editalícia e legal no ato da contratação, impondo-se, dessa forma, a aplicação de multa contratual a ser estabelecida em sede da execução contratual.

Do mesmo modo, nos autos do TC 72-003.638.06-07, tendo por objeto a análise da execução do contrato em tela, caberá a imposição de penalidade ao Consórcio pelo fato de não haver realizado o competente registro de sua constituição na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) ao tempo da contratação, somente adotando tal providência três anos depois, conforme consta dos dados fornecidos pela JUCESP (cf. Convênio com o TCM).

Diante do exposto, adoto o entendimento do Tribunal Pleno proferido nos TCs 72-005.096.03-64, 72-005.097.03-27 e 72-005.100.03-30, que conheceu, excepcionalmente, da inclusão da "cláusula décima nona", de natureza transitória, aos Contratos de Concessão e ACOLHO, EXCEPCIONALMENTE, o CONTRATO 707/03, celebrado entre a SECRETARIA MUNICIPAL DOS TRANSPORTES e o CONSÓRCIO SETE.

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

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

2 - a autenticidade da garantia contratual oferecida; e

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

4 – verificar se o endereço da sede da Concessionária não corresponde ao de imóvel de propriedade da SPTrans.

Outras determinações cabíveis, os efeitos financeiros e as consequências do descumprimento de obrigações do Concessionário, verificados neste feito, e as penalidades aplicáveis ao caso, serão tratados nos autos do processo em que se dá o acompanhamento da respectiva execução contratual, o TC 72-003.638.06-07.

Expeçam-se ofícios encaminhando cópia 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 solicitou informações nestes autos e instaurou procedimento investigatório (PJC-CAP 515/04-4º PJ);

2 – o Senhor Prefeito do Município de São Paulo;

3 – a Câmara Municipal de São Paulo e a respectiva Comissão de Trânsito, Transporte, Atividades Econômicas, Turismo, Lazer e Gastronomia;

4 – a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes;

5 – a São Paulo Transporte S.A – SPTrans; e

6 - a Controladoria Geral do Município.

Cumpridas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE OS AUTOS.