TC 5.681/2004

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMT. Delegação da prestação dos Serviços de Transporte Coletivo Público de Passageiros na Cidade de São Paulo. Remuneração de acordo com o estipulado no contrato. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação unânime.

3.044ª 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 conhecer, para fins de registro dos resultados dos exames efetuados, bem como em acolher excepcionalmente a execução dos Contratos de Permissão 692 a 699/2003 e de Concessão 701 a 708/2003, a partir de suas respectivas vigências, agosto de 2003 e outubro de 2003, até julho de 2004, estritamente no tocante à remuneração realizada de acordo com as cláusulas contratuais.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades 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, 19 de junho de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise da execução dos Contratos de Concessão e Permissão do Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, do Sistema Municipal de Transporte Coletivo, para verificar se a remuneração estava sendo realizada de acordo com as cláusulas contratuais (Contratos 692 a 699/2003 e 701 a 708/2003, firmados pela Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes), então vigentes.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, com base em análise da legislação de regência, em consultas a processos administrativos, em entrevistas com servidores responsáveis pelo gerenciamento dos contratos, na análise da remuneração prevista no edital e nos contratos, na arrecadação do sistema e, por amostragem, na verificação dos pagamentos e demais documentação de suporte, elaborou o "Relatório de Acompanhamento de Execução Contratual" que, abrangendo o período de julho/2003 a julho/2004, alcançou as seguintes conclusões:

"a) Disposições Transitórias

No momento da assinatura dos contratos/termos foram introduzidas cláusulas relativas às 'Disposições Transitórias' (cláusula décima nona do contrato de concessão e vigésima do termo de permissão), que alteraram significativamente as regras previstas no Edital da licitação e criaram a 'fase de transição' do antigo modelo de transporte público para o novo modelo concebido, sem prazo previsto para o término.

Tais alterações se refletiram nos critérios de remuneração dos operadores do Sistema, no tipo de serviços prestados e no modo de operação do sistema licitado.

Carece de amparo legal licitar determinado objeto e, no momento da contratação, alterar as condições previstas em edital e na Lei Municipal 13.241/01. Além disso, a suspensão, ainda que temporária, das cláusulas contratuais descaracteriza a concessão, aproximando-a de um contrato de prestação de serviços, nos moldes da 3º contratação emergencial.

b) Termos Aditivos

Os Termos Aditivos 1 e 2 aos Termos de Permissão foram assinados, respectivamente, em 12.04.04 e 02.08.04, já os Termos Aditivos 1 aos Contratos de Concessão foram assinados em 05.04.04. Ressaltamos que, até setembro/04, não haviam sido juntados aos autos dos respectivos processos na SMT – Secretaria Municipal de Transportes, com a correspondente documentação.

c) Nova Licitação para Operar a Área 4 - Concessão

O contrato de concessão 704/03 – SMT – GAB para operar a área 4 foi rescindido em 19.02.04. Nova licitação foi aberta em 07.05.04,

Concorrência 001/2004, do tipo melhor técnica, para outorga da concessão do serviço de transporte coletivo público de passageiros. Na análise do acompanhamento do Edital (TC 323.03-47) concluímos por sua irregularidade.

d) Remuneração – Concessão

A forma de remuneração do 3º contrato emergencial é semelhante àquela prevista na fase de transição do contrato de concessão: inicialmente estava limitada à própria arrecadação do sistema, sendo posteriormente acrescidas do Programa Social de Gratuidades. Conforme comentado no Relatório de Inspeção (TC 2.872.03-56) 'não há como atestar se o valor repassado a título de gratuidade corresponde exatamente à necessidade de cobertura dos benefícios concedidos, vez que o valor é apurado tendo por base a diferença entre a arrecadação projetada e os custos operacionais, podendo (o repasse) ser caracterizado como subsídio ao "Sistema" e não somente para suportar as gratuidades concedidas pelo Poder Público conforme estabelece o Decreto'.

A fórmula de cálculo da remuneração dos concessionários é complexa e pouco transparente, porém foi constatado que o cálculo da remuneração está de acordo com o estipulado na cláusula 19 do contrato.

A Origem não constituiu Grupo de Trabalho para definir o critério de desconto da parcela da remuneração de cada Concessionária destinado ao pagamento do INSS, ferindo a cláusula 19.1.25 do contrato.

O recolhimento do INSS é extremamente relevante e constitui ponto de risco, visto que a empresa sofreu três autuações, no período de fevereiro/99 a março/04, no total de R$ 501.737.120,71, devido à não retenção de 11% do valor contido nas notas fiscais, faturas e recibos emitidos por empresas de ônibus contratadas. Até setembro/04, a Origem não possuía estudos próprios ou mesmo pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, por parte dos operadores do sistema.

Comparando a arrecadação média mensal no período de vigência do 3º contrato emergencial (R$ 122.610.378,01) e a arrecadação a partir da vigência do contrato de concessão (R$ 125.256.360,51), observamos um ligeiro aumento no segundo período de 2,16%. Comparando a remuneração média mensal no período de vigência do 3º contrato emergencial (R$ 127.788.253,88) e a remuneração a partir da vigência do contrato de concessão (R$ 141.817.123,20), observamos significativo aumento no segundo período de 10,98% que pode ser explicado pela inclusão, na remuneração, da parcela referente ao programa social das gratuidades.

e) Remuneração – Permissão

Da mesma forma que na concessão, em virtude da introdução das 'Disposições Transitórias' – cláusula 20 do Termo de Permissão, a remuneração dos permissionários foi alterada. No Processo Administrativo da SMT –

Secretaria Municipal de Transportes, até setembro/04, não haviam sido juntados os documentos que justificam as alterações promovidas pelos Termos Aditivos, principalmente em relação aos valores envolvidos.

O cálculo da remuneração diária dos operadores está de acordo com o estipulado na cláusula 20 do termo de permissão. No entanto, os pagamentos aos créditos eletrônicos, no período de fevereiro a julho/04, foram feitos por estimativa devido a problemas de instalação dos equipamentos nos veículos. O encontro de contas foi previsto no Termo Aditivo 2" (22/11/04 – folhas 225/246).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, adiantando entender regular a Cláusula Décima Nona do Contrato, intitulada "Das Disposições Transitórias", em razão da necessidade do período de transição do sistema de transporte, antes de proferir parecer conclusivo, sugeriu a oitiva da Origem para manifestar-se sobre a ausência de documentação e de providências apontada no relatório da Auditoria. (1º/11/05 – folhas 252/254)

Após a manifestação da Origem e a apresentação de documentação complementar, os autos retornaram à Subsecretaria de Controle Externo, em cuja manifestação assinalou que a Secretaria Municipal de Transportes deteve-se na defesa da regularidade do modelo de remuneração adotado, mas nada mencionou sobre as questões levantadas pela Área Jurídica, motivo pelo qual conclui permanecerem válidos os termos da análise realizada pela Auditoria. (23/11/05 – folhas 260/507) (27/04/07 – folhas 530/531)

À mingua de novos elementos e considerando a ausência de documentos que justifiquem as alterações promovidas pelos Termos de Aditamento e tendo em vista a omissão da Origem, no que se refere à constituição de Grupo de Trabalho, para definir o critério de desconto da parcela de remuneração destinado ao pagamento do INSS, nos termos contratualmente previstos, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu não ser possível afirmar que a remuneração das empresas concessionárias e permissionárias do serviço de transporte coletivo público de passageiros está em conformidade com as cláusulas dos contratos relativos à Concessão e à Permissão. (24/07/07 – folhas 534/540 e 13/08/09 – folhas 591/596)

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fiando-se nos esclarecimentos oferecidos pela Origem, propugnou pelo conhecimento e acolhimento da execução contratual em exame, sugerindo, entretanto, nova oitiva da Origem a fim de pronunciar-se sobre os pareceres técnicos supervenientes, oportunidade em que a Secretaria Municipal de Transportes alegou ser de responsabilidade da gestão anterior as providências reclamadas pelos dispositivos contratuais e juntou cópia de documentos já examinados nos autos. O Órgão Fazendário, ciente do acrescido, reiterou os termos de sua promoção anterior. (01/10/07 – folhas 542/546 e 19/08/09 – folha 598) (22/11/07 – folhas 554/566)

A Secretaria Geral, por primeiro, enfrentou a questão da cláusula contratual denominada "Disposições Transitórias", entendendo-a superada

nos termos do decidido no Acórdão proferido no TC 323/03-47 (folhas 567/568). Ao depois, ressaltando a observação dos Auditores, segundo a qual a remuneração das empresas, relativas aos contratos de concessões, é complexa e pouco transparente, entendeu não haver nos autos demonstração de irregularidade nos pagamentos, tampouco algum prejuízo para a Administração.

Assim, sopesando a natureza dos serviços de transporte coletivo público, a implantação do respectivo sistema à época, os benefícios proporcionados aos usuários, concluiu que eventuais deficiências detectadas poderiam ser relevadas, em atendimento ao interesse público primário, razões pelas quais opinou pelo acolhimento da execução contratual, sem embargos das providências e recomendações cabíveis. (21/10/10 – folhas 600/609)

É o relatório.

VOTO

O Acompanhamento de Execução Contratual, do qual cuida o presente processo, teve por escopo verificar se a remuneração às empresas concessionárias e permissionárias do serviço de transporte coletivo público de passageiros estava sendo realizada de acordo com as cláusulas dos Contratos de Permissão 692 a 699/2003, decorrentes da Concorrência 013/2002 e dos Contratos de Concessão 701 a 708/2003, derivados da Concorrência 012/2002, então vigentes.

O procedimento fiscalizatório abrangeu o período de julho de 2003 a julho de 2004. Contudo, os contratos sob ambos os regimes, embora celebrados em julho/2003, tiveram sua vigência iniciada a partir da data da emissão das respectivas Ordens de Serviço Provisório (OSOP), conforme assim explicitado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle:

"Os contratos de concessão, assinados em 21.07.03 (fl. 38), tiveram seu termo inicial de vigência em 02.10.03 (fl. 57).

Os Termos de Permissão foram assinados em 18.07.03, mas sua vigência iniciou em 15.08.03 (fl. 186)".

Os referidos ajustes foram firmados pela Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio da Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes, para a operação do Sistema Municipal de Transporte Coletivo e, tanto nos termos de Permissão quanto nos de Concessão, a remuneração estava tratada em dois tópicos distintos dos instrumentos, cada qual adotando um método diferente de cálculo, a saber:

1 - na cláusula intitulada "DA REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS"; e

2 - na denominada cláusula "DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS".

A fase de transitoriedade, durante a qual incidiu o critério de remuneração previsto nas "disposições transitórias", vigorou de julho/2003 até 01/03/2005, conforme o Relatório Técnico DO 04/05 da São Paulo Transportes - SPTrans (fls. 408/409 do TC 5.096/2003), tendo o Diretor Operacional, subscritor do referido documento, concluído

"(...) que a condições essenciais que impediam a adoção plena das condições previstas no edital, especialmente no que se refere à remuneração do operador, foram superadas. Assim, o denominado 'período de transição' pode ser efetivamente encerrado (...)".

A validade da citada "CLÁUSULA DÉCIMA NONA – DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS", incluída nos Termos de Concessão, foi analisada pelo Pleno em sede do TC 5.096/2003 (20/08/2014 – S.O. 2.760), de minha relatoria, no qual assim me posicionei:

"Portanto, conheço, excepcionalmente, da inclusão da 'cláusula décima nona', de natureza transitória, aos Contratos de Concessão, pois, de acordo com os pareceres retromencionados [Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral]:

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

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

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

No julgamento do termo de concessão objeto do citado TC 5.096/2003, o Pleno, à unanimidade, ACOLHEU, "em caráter excepcional, o Contrato 702/03", com a referida cláusula de natureza transitória, "de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando as manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte".

Tendo em vista que a presente análise da execução contratual abrange o primeiro ano de vigência dos ajustes, a questão da remuneração foi examinada à luz apenas das aludidas "Disposições Transitórias", que contemplavam critérios complexos e diversos, motivos pelos quais a Especializada restringiu-se aos critérios de remuneração fixados nas subcláusulas 19.1.6 a 19.1.11, nos contratos de concessão, e na cláusula 20.1.7, nos contratos de permissão.

Ainda que essa análise parcial não permita afirmar, com exatidão, se todos os parâmetros previstos nas disposições transitórias foram efetivamente aplicados, sob o enfoque do exame restrito com base nas citadas cláusulas, e com os percalços enfrentados, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu: "A fórmula de cálculo da remuneração dos concessionários é complexa e pouco transparente. Constatamos que o cálculo da remuneração está de acordo com o estipulado na cláusula 19 do contrato. (...)

O cálculo da remuneração diária dos operadores está de acordo com o estipulado na cláusula 20 do termo de permissão."

A despeito de o critério de cálculo adotado ser o previsto nas cláusulas indicadas, a Auditoria manteve as seguintes observações e comparações com a remuneração média dos contratos emergenciais que precederam os instrumentos acima mencionados:

1 - Nos contratos de concessão, a remuneração estava sendo processada por equação de complexidade injustificada e também pouco transparente, pois os conceitos adotados requeriam dados específicos, como cumprimento de viagens, renovação da frota, investimentos realizados, dentre outros, fornecidos por áreas distintas da SPTrans.

2 - As remunerações referentes aos contratos de concessão foram maculadas, na sua essência, pela ausência de tomada de providências para o encaminhamento de solução visando definir o critério de desconto da parcela da remuneração de cada Concessionário, destinada ao pagamento do INSS, descumprindo-se o disposto na cláusula 19.1.25.

3 - Comparando a remuneração média mensal no período de vigência do 3º contrato emergencial (R$ 127.788.253,88 – cento e vinte e sete milhões, setecentos e oitenta e oito mil duzentos e cinquenta e três reais e oitenta e oito centavos) e a remuneração a partir da vigência do contrato de concessão (R$ 141.817.123,20 – cento e quarenta e um milhões, oitocentos e dezessete mil cento e vinte e três reais e vinte centavos), "observamos significativo aumento no segundo período de 10,98% [dez vírgula noventa e oito por cento] que pode ser explicado pela inclusão, na remuneração, da parcela referente ao programa social das gratuidades".

Em face do exposto e com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle (que consignou: "Constatamos que o cálculo da remuneração está de acordo com o estipulado na cláusula 19 do contrato. (...)

O cálculo da remuneração diária dos operadores está de acordo com o estipulado na cláusula 20 do termo de permissão") e da Secretaria Geral (que afirmou: "sopesando a natureza do serviço de transporte coletivo público a ser implantado através do novo Sistema de Transporte Coletivo, suas peculiaridades e sua complexidade e, principalmente, os benefícios proporcionados

aos usuários do transporte público, eventuais deficiências detectadas, podem ser relevadas, em atendimento ao interesse público primário.

Assim, esta SG propugna pelo conhecimento e acolhimento da execução contratual), cujos fundamentos adoto como razões de decidir, CONHEÇO, para fins de registro, os resultados dos exames efetuados e ACOLHO a execução dos Contratos de Permissão 692 a 699/2003 e de Concessão 701 a 708/2003, a partir de suas respectivas vigências, agosto de 2003 e outubro de 2003, até julho de 2004, estritamente no tocante à remuneração realizada de acordo com as cláusulas contratuais retromencionadas.

Cumpridas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE OS AUTOS.