



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 03/04/13 – ITENS: 24 E 25

RECURSO ORDINÁRIO

24 TC-017562/026/07

Recorrente(s): VIPE – Viação Padre Eustáquio Ltda.

Assunto: Possíveis irregularidades ocorridas na Licitação nº 17/06, realizada pelo Executivo Municipal, objetivando a outorga de concessão para a prestação e exploração dos serviços do Sistema Municipal de Transporte Público Coletivo Urbano do Município de São Caetano do Sul.

Responsável(is): José Auricchio Júnior (Prefeito à época) e Marcelo Ferreira de Souza (Diretor de Transportes e Vias Públicas).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão E. Segunda Câmara, que julgou irregulares a licitação e o contrato de concessão, bem como procedente a representação, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 16-06-11.

Advogado(s): Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, Osvaldo Ribeiro Rodrigues e outros.

Acompanha(m): TC-002944/026/07.

Fiscalização atual: GDF-7 - DSF-II.

Sustentação oral proferida em sessão de 20-03-13.

25 TC-045038/026/07

Recorrente(s): José Auricchio Júnior – Ex-Prefeito Municipal de São Caetano do Sul e VIPE – Viação Padre Eustáquio Ltda.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul e a empresa VIPE – Viação Padre Eustáquio Ltda., objetivando a outorga de concessão para a prestação e exploração dos serviços do Sistema Municipal de Transporte Público Coletivo Urbano do Município de São Caetano do Sul.

Responsável(is): José Auricchio Júnior (Prefeito à época) e Marcelo Ferreira de Souza (Diretor de Transportes e Vias Públicas).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão E. Segunda Câmara, que julgou irregulares a licitação e o contrato de concessão, bem como procedente a representação, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93. Acórdão publicado no D.O.E. de 16-06-11.

Advogado(s): Luiz Gustavo Ramos Mello, Ana Maria Giorni Caffaro, Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, Osvaldo Tasso da Silva Júnior, Hérica Bambera Silveira, Maria Cecília da Costa e outros.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Acompanha(m): TC-002944/026/07.

Fiscalização atual: GDF-7 - DSF-II.

Sustentação oral proferida em sessão de 20-03-13.

1. RELATÓRIO

1.1 Em sessão de 31 de maio de 2011, a Egrégia Segunda Câmara¹ julgou irregulares a concorrência e o contrato firmado em 21-11-07 entre **PREFEITURA MUNICIPAL SÃO CAETANO DO SUL e VIPE – VIAÇÃO PADRE EUSTÁQUIO LTDA.**, objetivando *outorga de concessão para prestação e exploração dos serviços do Sistema Municipal de Transporte Público Coletivo Urbano do Município*, pelo prazo de 10 anos com valor estimado de R\$121.916.298,80 (TC-045038/026/07).

Em decorrência julgou-se procedente a Representação oferecida por COOPERALFA – Cooperativa de Trabalho dos Condutores Autônomos (TC-017562/026/07).

Consoante o voto do E. Relator,

“Irregular a fixação das garantias de participação, contratual; e do patrimônio líquido admitido para qualificação econômica dos licitantes, calculados com base no valor do contrato (faturamento previsto para todo o período de concessão – dez anos).

Invoco, por completamente adequada ao caso concreto, manifestação do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa nos autos dos processos TC-016132/026/09 e TC-016229/026/09 em sessão Plenária de 17/06/09:

“E aqui, Senhores Conselheiros, reforçam a opinião da SDG² os critérios estabelecidos no inciso XV, do artigo 18 da Lei de Concessões e

¹ Conselheiros Edgard Camargo Rodrigues, Relator, Renato Martins Costa, Presidente, e Robson Marinho.

² “Diante dessas ponderações, confesso, Excelência, assim como fiz constar dos autos do TC-16132/026/09, que estou inclinado em optar, para fins de estipulação do valor estimado da contratação que servirá de base para as exigências de qualificação econômico-financeira, que **o montante refira-se ao total a ser investido**, a não ser que a própria Administração, ao considerar o faturamento como base daquela soma, estipule também o valor do investimento para fins de comprovação das exigências de qualificação econômico-financeira.

Penso assim, pois obrigações desse gênero tem como finalidade precípua constatar a idoneidade do licitante, ou seja, estabelecer **se terá condições financeiras de arcar com os**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



*Permissões de Serviços Públicos: “nos casos de concessão de serviços públicos **precedida da execução de obra pública**, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, **bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra**” (grifei);*

*Obviamente, o presente certame não envolve obra pública, mas o conceito enraizado pelo dispositivo bem delimita o alcance das exigências de garantia quando o objeto da **concessão de serviço público implicar necessidade de investimentos** por parte do futuro contratado.*

A lógica desse dispositivo faz crer que as exigências destinadas à garantia do adimplemento do contrato de concessão de serviços públicos devem ser proporcionais ao volume do investimento a ser efetuado pelo concessionário, por essa razão não fazendo sentido atrelá-las ao valor da arrecadação projetada.

Assim sendo, nem a projeção do valor do contrato por cinco anos, nem aquela vinculada ao período de 12 (doze) meses, podem subsistir no caso presente, devendo a Administração projetar o valor dos investimentos necessários para, com essa base, estipular a proporção efetiva da qualificação econômico-financeira dos licitantes.” (sublinhei negritos no original).

Em complemento, cabe ilustrar a restrição à competitividade trazida pelo equivocado parâmetro adotado, comparando-se o valor total estimado da contratação (item 8.3.1), da ordem de R\$ 117.809.280,00, com os investimentos, previstos (item 8.3.2) no montante de R\$ 12.568.000,00.

*Tal restrição vem reforçada pelo critério de qualificação operacional que exige experiência anterior **contínua e ininterrupta** (item 7.1.2 “c” – fls. 2077) por prazo bastante alongado (mínimo de cinco anos) de forma que, ainda que não vede expressamente a somatória de atestados, caracteriza prestação de serviços correspondente a um único contrato, gerando, pois, o mesmo efeito que adviria dessa vedação.*

Inadequada e sem fundamento legal, também, a exigência de absorção, pela nova contratada, dos funcionários da anterior concessionária.

Nesse contexto, incabível o relevamento de falhas formais, como a ausência de publicação do ato justificativo da conveniência de outorga do serviço público e de assinatura e rubricas no original do edital distribuído em mídia eletrônica (CD); assim como do atraso de 03 (três) dias na remessa da documentação para análise.”

1.2 Irresignados, o Prefeito, José Auricchio Júnior, e a Contratada, VIPE – VIAÇÃO PADRE EUSTÁQUIO LTDA., interpuseram **recursos**

eventuais investimentos necessários, não fazendo sentido atrelá-las ao valor da arrecadação projetada”. (Destaquei).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



ordinários (fls. 2.499/2.508 e 2523/2.777 do TC-045038/026/07; e fls. 107/128 do TC-017562/026/07) postulando a regularidade da matéria.

Defendeu-se a legalidade do valor fixado para a garantia contratual ao argumento que estava *“dentro do limite estabelecido pelo artigo 56, § 2º, da Lei n. 8666/93”*, e nessa perspectiva também a exigência de patrimônio líquido.

Alegou-se que o investimento previsto no edital refere-se somente ao investimento inicial, mas que o efetivamente aportado seria valor maior que o inicialmente estipulado e, conseqüentemente, o percentual de garantia exigido seria menor.

Sustentou-se que a exigência de cinco anos de experiência anterior para fins de capacitação operacional seria compatível com o período de dez anos da concessão e que *“serviços de transporte costumam ser prestados sob a égide de contratos mais longos, dada a perenidade da necessidade que encerra (...) Portanto, não pode proceder o entendimento de que a exigência editalícia examinada teria imposto aos licitantes ônus incompatível com a natureza e característica deste serviços: eis a razoabilidade e proporcionalidade da exigência de execução contratual por 05 anos”*.

Advogou-se como “necessária” a exigência de absorção dos funcionários da antiga contratada, para que *“não sofressem maiores prejuízos em decorrência do término do contrato”*. Bem como em harmonia com as disposições da Lei n. 8987/95 (Lei de Concessões) a utilização de mão de obra experiente para satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, e atualidade, norteadoras da prestação dos serviços públicos e de sua adequada execução, consoante dispõe o art. 6º, § 1º da mencionada norma.

1.3 Assessoria Técnica (fls. 2790/2794), secundada pela ilustre **Chefia da ATJ** (fls. 2795/2798), opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

A Chefia do órgão anotou que a reestrutividade constatada no instrumento convocatório e que frustrou o caráter competitivo do certame para que se alcançasse a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração não foi desconstituída ou esclarecida com fatos e documentos novos capazes de demonstrar eventual erro no juízo exarado por esta Corte de Contas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



1.4 **SDG** (fls. 2799/2802), da mesma forma, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento dos recursos.

Observou que não merecia prosperar a alegação da Viação Padre Eustáquio Ltda., no sentido de que o investimento exigido pelo edital não seria somente o aporte inicial de recursos, de maneira a diminuir o percentual de garantia exigida, eis que a cláusula 8.3.2 do Edital³ estimou o valor a ser investido e que serviu de parâmetro aos licitantes, não o *valor apurado em sede de execução contratual*, como defendeu a Recorrente.

Anotou que a Lei de Licitações não alberga a imposição de a empresa contratada absorver os funcionários da antiga concessionária.

Assinalou, quanto à previsão de experiência anterior de cinco anos ininterruptos, que, embora tal exigência não impedisse a somatória de atestados, caracterizaria a prestação de serviços em um só contrato, resultando no mesmo efeito combatido pela decisão recorrida; situação *“não foi enfrentada nas razões aduzidas pelos Recorrentes”*. Sobre a questão sublinhou que *“o tempo de 5 anos extrapola a razoabilidade da comprovação de experiência, o que enseja potencial restritividade ao pleito, que contou com a efetiva participação de 2 proponentes”*

1.5 Em Sessão realizada em 20 de março último o patrono da contratada apresentou defesa oral, defendendo a legalidade dos atos questionados.

É o relatório.

³ “8.3.2. Estima-se que o investimento a ser efetuado pelo licitante vencedor é da ordem de R\$12.568.000,00. Este consiste na aquisição de 46 ônibus, com valor médio aproximado de R\$200.000,00 cada um (46 x R\$200.000,00 = R\$9.200.000,00); investimento para bilhetagem eletrônica arbitrado em R\$8.000,00 por ônibus (46 x R\$8.000,00 = R\$368.000,00) já inclusos os dois terminais e, por fim, custo de instalações, imóveis, máquinas e equipamentos necessários, previsto em R\$3.000.000,00.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 03/04/13
PROCESSOS: TC-045038/026/07 E TC-017562/026/07

2. VOTO PRELIMINAR

O v. acórdão foi publicado em 15-06-11 e republicado no dia 16-06-11. Recursos protocolados tempestivamente em 20-06-2011 e 01-07-2011.

Satisfeitos os demais pressupostos de recorribilidade, voto pelo conhecimento dos recursos ordinários.

3. VOTO DE MÉRITO

O venerando acórdão combatido apontou restritividade em cláusulas do ato convocatório que exigiu *(i)* garantia e capital mínimo com base no valor estimado das receitas da concessão e não dos investimentos a serem realizados pela contratada; *(ii)* experiência ininterrupta de 5 anos; e *(iii)* absorção do pessoal da concessionária que anteriormente prestava o serviço.

Nas razões de decidir do r. voto indicou-se que o critério contrariaria reiteradas decisões deste E. Tribunal, de que são exemplos as proferidas no TC-016132/026/09 e no TC-016229/026/09, em sessão Plenária de 17/06/09. Com efeito, não se sustenta a alegação da Recorrente, Viação Padre Eustáquio Ltda., no sentido de que o investimento exigido pelo edital seria somente o aporte inicial de recursos, de maneira a diminuir o percentual de garantia exigida, posto que a cláusula 8.3.2 do Edital⁴ (fl. 2080) claramente estimou o valor a ser investido, não o *valor apurado em sede de execução contratual*, como defendeu a Recorrente.

Desarrazoados os montantes erigidos, principalmente se comparados: R\$117.809.280,00, valor estimado da contratação (subitem 8.3.1), com R\$12.568.000,00, valor dos investimentos previstos (subitem 8.3.2).

⁴ “8.3.2. Estima-se que o investimento a ser efetuado pelo licitante vencedor é da ordem de R\$12.568.000,00. Este consiste na aquisição de 46 ônibus, com valor médio aproximado de R\$200.000,00 cada um (46 x R\$200.000,00 = R\$9.200.000,00); investimento para bilhetagem eletrônica arbitrado em R\$8.000,00 por ônibus (46 x R\$8.000,00 = R\$368.000,00) já inclusos os dois terminais e, por fim, custo de instalações, imóveis, máquinas e equipamentos necessários, previsto em R\$3.000.000,00.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Quanto ao critério de qualificação operacional a exigir **experiência anterior contínua e ininterrupta por, no mínimo, cinco anos** (subitem 7.1.2."c" – fl. 2077), irretocável a razão de decidir do r. voto guerreado e não demovida pelos Recorrentes: *a exigência, ainda que não vede expressamente a somatória de atestados, caracteriza prestação de serviços correspondente a um único contrato, gerando, pois, o mesmo efeito que adviria dessa vedação.* E, como observado por SDG, *"o tempo de 5 anos extrapola a razoabilidade da comprovação de experiência, o que enseja potencial restritividade ao pleito, que contou com a efetiva participação de 2 proponentes"* apenas.

Desprovida de amparo legal a imposição de *aproveitamento de pessoal da concessionária anterior*. Nesse sentido o decidido nos TCs 662/026/10, 6830/026/10, 7087/026/10 e 7093/026/10, apreciados em conjunto, em sede de exame prévio de edital, sessão de 23-06-2010, Tribunal Pleno, Substituta de Conselheira Maria Regina Pasquale. De fato, a exigência compromete o caráter competitivo da disputa licitacional.

Diante do exposto e do que consta dos autos, acolhendo manifestações da Assessoria Técnica, Chefia da ATJ e SDG, voto pelo **desprovemento** dos recursos ordinários, mantendo na íntegra o v. Acórdão combatido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO