



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



PRIMEIRA CÂMARA

SESSÃO DE 08.04.14

ITEM Nº 043

TC-000815/013/09

Contratante: Prefeitura Municipal de Ibaté.

Contratada: Viação Paraty Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): José Luiz Parella (Prefeito).

Objeto: Concessão de operação de linhas urbanas que compõe o transporte público coletivo de passageiros por ônibus, no âmbito do município de Ibaté - São Paulo.

Em Julgamento: Licitação - Concorrência. Contrato celebrado em 31-08-09. Valor - R\$3.193.750,00. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga, publicada(s) no D.O.E. de 05-05-10.

Advogado(s): Alessandro Magno de Melo Rosa, Tatiane Aparecida Gregório do Nascimento e outros.

Acompanha(m): Expediente(s): TC-027189/026/10 e TC-041610/026/12.

Fiscalizada por: UR-13 - DSF-II.

Fiscalização atual: UR-13 - DSF-I.

Em exame a licitação, na modalidade de Concorrência, e contrato decorrente envolvendo a Prefeitura Municipal de Ibaté e a Viação Paraty Ltda., tendo por objeto a concessão de operação de linhas urbanas que compõem o transporte público coletivo de passageiros por ônibus, no âmbito do Município, pelo valor estimado de R\$ 3.193.750,00, pelo período de 10 anos¹.

Os avisos contendo o resumo do edital foram divulgados no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação no Estado e na região.

Constatou-se que 04 (quatro) empresas retiraram o edital, 02 (duas) apresentaram propostas e foram habilitadas (Ata às fls.266/268).

¹ Cláusula Quarta – Da Vigência

04.01. A concessão, objeto deste termo contratual terá um prazo de 10 (dez) anos, contados da data de assinatura deste, nos termos da legislação pertinente, podendo ser prorrogado por igual período mediante prévia justificativa do Poder Concedente, nos termos e condições autorizados em lei e de acordo com o edital da Concorrência Pública nº 003/2009.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



No julgamento da proposta comercial, a licitante Viação Paraty Ltda. sagrou-se vencedora (Ata às fls.271/273). Observo que o critério de julgamento adotado foi o “menor preço global (menor tarifa)”.

Na sequência, ocorreu a homologação do certame e a assinatura do contrato em 31/08/2009, bem como a divulgação dos referidos atos.

Constatou-se o cumprimento da garantia, mediante o recolhimento da importância de R\$15.968,75, equivalente a 5% do valor do ajuste (fls.294), junto aos cofres da Prefeitura.

Ao proceder à instrução inicial do feito a fiscalização posicionou-se pela **irregularidade da matéria**.

As principais falhas apontadas pelo órgão de instrução e pela ATJ foram as seguintes (fls.340/345 e 348/352):

- a) Exigência de certidão negativa de débito quando a prova de regularidade pode ser feita por meio de certidão negativa com efeito de negativa;
- b) Previsão de prestação de garantia para participação e capital mínimo, calculados com base no valor estimado do contrato, referente ao período de dez anos, contrariando entendimento jurisprudencial desta Corte;
- c) Ausência de previsão de investimentos;
- d) A proposta vencedora apresentou valor superior ao estimado pela administração;
- e) Os itens 3.1 e 4.1.6 do edital não se coadunam com a modalidade de licitação eleita “concorrência”;
- f) Não foi apresentado o ato justificando a conveniência da outorga da concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo, nos termos do artigo 5º da Lei 8987/95;
- g) Falta de prévia audiência pública.

Diante das mencionadas falhas, houve a assinatura de prazo aos interessados (fl.353), vindo aos autos as justificativas e os documentos de fls.358/370, 372/382, 389/413 e 439/462.

Em linhas gerais, concedente e concessionária defenderam a regularidade dos atos praticados.

Quanto à apresentação de certificado de registro cadastral, a Viação Paraty Ltda. disse que o interessado poderia optar por não adotá-lo, valendo-se das prerrogativas outorgadas pelo item 3.2, ou seja, simplesmente apresentaria os documentos elencados nos itens 4.1.1 a 4.1.5, portanto, a apresentação do CRC seria facultativa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Esclareceu que o valor da tarifa constante do edital (R\$0,90) foi estimado pelo Município, com base no valor da passagem à época, que se encontrava defasado, pois estava vigente desde agosto de 2005 (fixado pelo Decreto nº 1656/2005), sem sofrer qualquer reajuste. Informou que se o valor da tarifa fosse reajustado atingiria R\$1,09 em julho/2009.

Ressaltou que o valor da tarifa pactuado foi menor que os praticados na região (Araraquara/R\$2,25; Matão/2,10; Américo Brasiliense/R\$1,85; São Carlos/R\$2,20; Descalvado/R\$1,50; Ribeirão Preto/R\$2,10).

Destacou, ainda, que a licitação em exame exigiu renovação da frota com ônibus seminovos, tornando obrigatória a existência de plataforma de elevação, notadamente para atender as normas de acessibilidade, de sorte que não mais poderiam ser usados aqueles de 2005.

Informou que a concessão de serviços de transportes coletivos encontra previsão na Lei Orgânica Municipal (artigos 103 a 105) e na Lei nº 1191/90 (acostada às fls.315) e que a publicação do ato justificando a conveniência da outorga da concessão e a realização de audiência pública fora comprovada nos autos do TC-1157/010/04, que trata da licitação anterior.

A Prefeitura Municipal acrescentou que as exigências editalícias de patrimônio líquido mínimo e prestação de garantia de participação foram baseadas na estimativa de ingresso da receita, pelo período da concessão (dez anos), cujos percentuais atenderam aqueles estipulados na Lei de Licitações.

Analisando o acrescido, a Assessoria Técnica, com relação aos aspectos econômico-financeiros e jurídicos, e a **Chefia de ATJ** manifestaram-se pela **irregularidade da licitação e contrato** (fls.465/471).

GCCCM/02.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



PRIMEIRA CÂMARA

- **GCCCM**

SESSÃO DE 08/04/2014

ITEM 043

- Processo:** TC-000815/013/09.
- Contratante:** Prefeitura Municipal de Ibaté.
- Contratada:** Viação Paraty Ltda.
- Objeto:** Concessão de operação de linhas urbanas que compõem o transporte público coletivo de passageiros por ônibus, no âmbito do Município de Ibaté.
- Em exame:** Concorrência nº 03/2009;
Contrato nº 188, celebrado em 31/08/09, no valor estimado de R\$ 3.193.750,00.
- Autoridade que homologou a licitação e firmou o instrumento pela contratante:**
José Luiz Parella (Prefeito Municipal à época).
- Responsável que firmou o instrumento pela contratada:**
Mauro Artur Herszkowics.
- Acompanham:** TC-41610/026/12 e TC-27189/026/10 – Expedientes pelos quais a Promotoria Geral de Justiça solicita cópias dos relatórios e decisões proferidas no TC-815/013/09.
- Advogados:** José Constante Robin (OAB/SP nº 101.847), Tatiane Aparecida Gregório do Nascimento (OAB/SP nº 280/840), Alessandro Magno de Melo Rosa (OAB/SP nº 108.449) e outros.

Não vejo óbice na exigência de apresentação de certidão negativa de débitos fornecida pelo INSS (item 4.2.6), pois esta Corte tem entendido que a comprovação da regularidade fiscal das licitantes, *“além do que preceitua o artigo 29 da Lei de Licitações, também não está divorciada da hipótese do artigo 206 do CTN, bastando apenas alertar a Comissão de Licitação para que não se abstenha de igualmente deferir a participação de licitantes munidas de certidões de tributos positivas com efeito de negativas”*, conforme restou consignado na decisão proferida nos autos do TC-39374/026/09, onde o E. Tribunal Pleno², em Sessão realizada em 02/12/09, afastou a impugnação formulada, em sede de exame prévio de edital, acerca de exigência semelhante.

² O E. Plenário, na sessão realizada em 02.12.09, estava composto pelos eminentes Conselheiros Renato Martins Costa, Relator, Antonio Roque Citadini, Eduardo Bittencourt Carvalho, Cláudio Ferraz de Alvarenga e Robson Marinho, bem como pelo Substituto de Conselheiro Carlos Alberto de Campos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Nesse sentido também caminharam as decisões do Tribunal Pleno, em Sessões de 26/10/11 e 15/06/11, nos processos TC-1447/007/06 e TC-32881/026/02, sob a Relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Fulvio Julião Biazzi e no TC-844/010/08 (Primeira Câmara, em Sessão de 24/09/13, sob minha relatoria).

Ressalto que, no caso concreto, não houve objeção à aceitação da “certidão positiva com efeitos de negativa” apresentada pela contratada (fl. 147), demonstrando o acerto da Comissão de Licitação sobre esse aspecto.

Superada essa questão, remanescem diversas impropriedades capazes de condenar todo o procedimento licitatório.

De plano, vejo que não restou demonstrada a razoabilidade do valor da tarifa ofertado pela empresa vencedora (R\$ 1,25), em razão da falta de parâmetros comparativos. Muito embora tenha sido informado que os valores praticados nas cidades vizinhas eram superiores, tal assertiva veio desacompanhada de documentos comprobatórios. Além disso, no item 5 do edital de licitação (5. Do Valor Estimado Para a Contratação) a Administração Municipal utilizou como base para apurar o valor estimado do contrato, a tarifa de R\$ 0,90, que se encontrava defasada, pois estava sendo praticada desde 2005 (instituída pelo Decreto nº 1656, de 12/08/2005).

Com relação ao instrumento convocatório, observo que as exigências contidas nos itens 3.3 e 4.4.2, que reclamaram a título de garantia para participação (1%) e de patrimônio líquido (10%), os valores de R\$ 22.680,00 e R\$ 226.800,00, contrariaram a jurisprudência desta Corte, na medida em que deveriam ser calculados com base no total dos investimentos e não sobre a receita estimada para os 10 (dez) anos de vigência da concessão, correspondente ao valor R\$2.268.000,00 (item 5.2 do edital)³.

Agrava a situação o fato de que sequer foram demonstrados os investimentos necessários à implantação e manutenção dos serviços licitados.

As exigências de capital social mínimo e de garantia de participação tem por finalidade atestar a idoneidade dos licitantes e, no caso de concessões de serviços públicos, devem estar atrelados aos investimentos necessários à execução do contrato, porque visam resguardá-los.

Com relação ao tema, assim é o entendimento doutrinário do mestre Marçal Justen Filho:

³ 5.2 – O valor contratual estimado é de R\$ 2.268.000,00 (dois milhões, duzentos e sessenta e oito mil reais), correspondendo a uma previsão de receita ao longo do contrato.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



“Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquido mínimos (...). O artigo 31, § 3º, da Lei nº 8.666 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor estimado da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante total das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado de desembolsos. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões)”⁴.

Nessa linha também caminhou a decisão proferida nos processos TC-14610/026/10 e TC-18886/016/10 (E. Plenário, Sessão de 16/06/2010, sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho):

“Primeiramente, tratemos daquelas trazidas pela representante “Agroterra”, em que a mesma suscita inadequação da garantia de participação e do patrimônio líquido mínimo, vez que fixados no edital pelos valores de R\$ 907.200,00 e de R\$ 9.072.000,00 nos itens “5.4.3” e “5.4.5”. Sustenta aquela autora que tais valores básicos deveriam adotar como base de cálculo o montante equivalente a 12 (doze) meses de execução contratual, nos termos das decisões destacadas na inicial.

Ocorre que a jurisprudência invocada na peça inicial representa julgados a respeito de objetos que contemplavam a prestação de serviços de caráter continuado, nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, o que não se aplica ao caso dos autos, onde temos serviços públicos a serem prestados por meio de parceria público-privada, nos termos da Lei Federal nº 11.079/04.

⁴ in “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”; 2ª Reimpressão da 1ª Edição - 2007; Editora Dialética; pgs. 227/228.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Como tenho sustentado em casos da espécie, há de se ter clara a diferenciação entre os institutos, visto que existe uma lógica própria na fixação de condições econômica financeiras em licitações que tratam da prestação de serviços de caráter continuado, pois tal natureza de objeto envolve somente a alocação uniforme de recursos humanos, materiais e equipamentos em intervalos regulares de tempo.

Conseqüentemente, há uma jurisprudência pacífica nesta Corte para tais hipóteses, de acordo com a qual os valores mínimos de patrimônio líquido ou capital social, bem como da garantia para licitar, devem estar baseados no tempo de duração de um crédito orçamentário, sendo que este, de acordo com a legislação de regência, corresponde a 12 (doze) meses.

*Entretanto, não há como transportar a mesma lógica da prestação de serviços de caráter continuado **para contextos de concessão de serviços públicos** e de parcerias público-privadas, visto que em tais hipóteses haverá a realização dos investimentos iniciais, que são a própria razão destes contratos, com a posterior amortização e justa remuneração da contratada, os quais, por sua vez, são elementos diretamente relacionados com o cronograma de desembolso de uma concessão administrativa e seu prazo de duração.*

Uma evidência que daqui se extrai é que, neste caso, as condições de avaliação econômica financeira estão direcionadas a resguardar os investimentos e custos operacionais necessários para a regularidade da prestação dos serviços públicos, nos termos previstos.

Em outras palavras, teremos todo o investimento inicial que será amortizado e remunerado ao longo da vigência do contrato, de maneira que, em casos como o presente, há a necessidade de se alocar recursos, financeiros ou não, para haver suporte a estes investimentos, e é em relação a este aspecto que recai a análise da capacidade econômica financeira.

E mais recentemente esse também foi o posicionamento desta Corte nos autos do TC-21889/026/10 (Primeira Câmara, em Sessão de 07/05/13) e TC-52/008/08 (Tribunal Pleno, em Sessão de 10/04/13), ambos de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Ainda que tenha sido facultativa, é inadequada a previsão contida nos itens 3.1 e 4.1.6 do edital da Concorrência em exame, no tocante à apresentação do Certificado de Registro Cadastral pelas licitantes, uma vez que o cadastramento prévio está estritamente ligado à modalidade licitatória da Tomada de Preços, nos termos do artigo 22, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

A própria definição legal estabelece que “concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto” (art. 22, § 1º, da Lei 8666/93).

Nesse sentido, destaco a decisão proferida no TC-333/009/11 (Tribunal Pleno, em Sessão de 06/04/11, sob a relatoria do eminente Conselheiro Robson Marinho):

“Com efeito, a redação da cláusula 5.1.1 - solicita o cadastramento das empresas interessadas até o 3º dia útil anterior à abertura do procedimento – ainda que fosse facultativa, revela estreita relação com a tomada de preços, antagonizando-se com a modalidade escolhida pelo ente licitante (concorrência), à luz do que preconiza os §§ 1º e 2º, art. 22 da Lei de Licitações, necessitando ser retirada do texto impugnado, assim como as demais cláusulas correlatas”.

Da leitura do caput do artigo 37, XXI da Constituição Federal depreende-se que somente devem ser permitidas exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E como se vê, o instrumento convocatório estabeleceu disposições que afrontam a legislação de regência e jurisprudência desta Corte, fato que condena a matéria em exame, na medida em que exigências da espécie podem restringir a participação de um maior número de interessados, em franco prejuízo à disputa e, conseqüentemente, à busca da proposta mais vantajosa para a Administração, contrariando o inciso I, do § 1º, do artigo 3º da Lei de Licitações.

A falta de realização de audiência pública e de publicação, previamente ao edital da presente licitação, do ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo (inobservância ao art. 5º da Lei 8987/95), também comprometem a matéria, a exemplo do decidido no TC-866/989/12, em fase de exame prévio de dital (Tribunal Pleno, em Sessão de 19/09/12, sob a relatoria do eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Feitas essas considerações, **voto pela irregularidade da** licitação e do contrato decorrente envolvendo a Prefeitura Municipal de Ibaté e a Viação Paraty Ltda., acionando-se, em consequência, o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93.

Voto, também, pela aplicação de multa ao Senhor José Luiz Parella (Prefeito Municipal à época). autoridade responsável pela assinatura do instrumento contratual, em valor correspondente a 300 (trezentas) UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, por desrespeito ao disposto no inciso I, do § 1º, do artigo 3º da Lei nº 8.666/93; no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, no art. 5º da Lei 8987/95 e à jurisprudência desta Corte, fixando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para o recolhimento, contados do transito em julgado da decisão.

E pela fixação do prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da expiração do prazo recursal, para que os interessados apresentem a esta Corte notícias sobre as providências adotadas em virtude da presente decisão.

Transcorrido o prazo recursal, bem como aquele fixado para a adoção das medidas cabíveis, remetam-se cópias das peças dos autos ao Ministério Público, especificamente aos subscritores dos Expedientes TC-41610/026/12 e TC-27189/026/10, para as providências de sua alçada.

Expeçam-se os ofícios necessários.