

Processo TC /007737/2020

Senhora Assessora Jurídica Chefe de Controle Externo

Trata-se de *inspeção* instaurada para acompanhar os impactos da pandemia do coronavírus na operacionalização dos novos contratos da concessão do transporte coletivo público de passageiros do Município de São Paulo¹.

A Origem apresentou esclarecimentos iniciais² a Memorando elaborado pelo então Conselheiro Relator, que questionou as medidas adotadas pelo Poder Concedente – no caso, a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transporte (SMT) – na equalização dos contratos concessórios em vigor, em razão dos efeitos decorrentes da pandemia do coronavírus, inclusive quanto à apreciação de eventual necessidade de reequilibrar a equação econômico-financeira dos ajustes³.

¹ Cf. Peças nº 23, FAUT – 9/2020; e nº 24, OS – 17/2020.

² Cf. Peça nº 9, Resposta de comunicação processual.

³ Cf. Peça nº 1, Memorando.

O processo foi amplamente instruído, tendo a Origem voltado a se manifestar nos autos⁴.

A Auditoria desta E. Corte de Contas também se manifestou nos autos, mediante o Relatório de Inspeção constante da Peça nº 26⁵, bem como a análise acostada na Peça nº 44⁶.

Por duas sessões⁷, o E. Tribunal Pleno debruçou-se sobre a temática ora em apreço. Ao final da segunda sessão, deliberou-se pela emissão de alerta à Origem, quanto à necessidade de revisão da fórmula de remuneração dos contratos de concessão de ônibus, para que fosse reequilibrada a equação econômico-financeira dos ajustes durante a pandemia. Além disso, estabeleceu-se prazo de 60 dias, para que a Origem apresentasse respostas, as quais seriam analisadas pelos Órgãos Técnicos desta E. Corte de Contas, com a possibilidade de reavaliação da matéria, sem prejuízo de rediscussão da problemática em apreço⁸.

Na última manifestação apresentada, a Auditoria deste E. Tribunal de Contas concluiu o que segue⁹:

⁴ Cf. Peças nº 19, Resposta de comunicação processual; nº 20, Anexos; nº 38, Resposta de comunicação processual; nº 39, Resposta de comunicação processual; e nº 40, Anexos.

⁵ Cf. Peça nº 26, REL – 36/2020.

⁶ Cf. Peça nº 44, REL – 2/2021.

⁷ Cf. Peças nºs 28 e 29, Certidão.

⁸ Cf. págs. 51/52 da Peça nº 29, Certidão.

⁹ Cf. Peça nº 44, REL – 2/2021.

3. CONCLUSÃO

Do exposto, concluímos que os novos esclarecimentos apresentados pela Origem não foram suficientes para justificar que o fator de transição não foi impactado no período da pandemia de COVID-19, uma vez que durante a pandemia os valores gastos por passageiro transportado subiram em média 50% a 150%, demonstrando que a atual sistemática de remuneração não se dá por passageiro transportado.

Por fim, é preciso destacar que, embora a PMSP tenha tido a intenção de garantir emprego e o distanciamento social, não há evidência da efetividade das medidas, pois não há comprovação de que os níveis de serviço estejam sendo cumpridos. E também é questionável que o risco assumido na contratação seja válido para a situação de pandemia. Então, os contratos estariam equilibrados se demonstrado que as empresas estão cumprindo quilometragem programada.

Por fim, os reiterados descumprimentos de viagens apurados nos termos dos acompanhamentos de execuções contratuais somados à ausência de fiscalização e de níveis mínimos de serviço, que impediram esta Auditoria de analisar o cumprimento de viagens durante a pandemia, podem ensejar desequilíbrios econômico-financeiros uma vez que uma suposta quilometragem não realizada levará à economia de custos variáveis pelas concessionárias.

Em seguida, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator remeteu os autos a esta Assessoria Jurídica de Controle Externo (AJCE), para manifestação.

É a síntese do necessário.

Permito-me iniciar trazendo os esclarecimentos apresentados pela Origem¹⁰ após a elaboração do Relatório de Inspeção¹¹ e da emissão do Alerta pelo E. Tribunal Pleno¹², com destaque para o indicativo de *reavaliação de toda a matéria* após a manifestação da SMT e da São Paulo Transportes S/A.

A Origem afirmou que o Alerta emitido não teria sido objetivo quanto à alteração defendida por esta E. Corte de Contas, para fins de verificação de viabilidade da revisão da remuneração. Além disso, considerou que o Ato somente enfocou o viés das finanças públicas, em razão do aumento dos subsídios ao transporte coletivo durante a pandemia, não se tendo considerado o contexto ampliado de impactos decorrentes do coronavírus (questões orçamentárias, sociais e econômicas).

Quanto ao Relatório de Inspeção, a Origem buscou especificar os “três fatores” que influenciaram a ampliação dos aportes feitos pelo Tesouro Municipal na manutenção do sistema de transporte público coletivo de ônibus durante a pandemia, a saber, em síntese: (i) o fator de transição estabelecido nos contratos de concessão; (ii) a redução da remuneração dos operadores quando houver queda de demanda superior a 1%, nos termos do item 2.2.2.4 do Anexo IV-4.5.1 dos contratos; e (iii) a realização de revisão da fórmula de remuneração, nos

¹⁰ Cf. Peças nºs 38, 39, Resposta de comunicação processual; e 40, Anexos. Doravante, minhas referências serão todas à Peça nº 38, uma vez que as demais reproduzem seu conteúdo.

¹¹ Cf. Peça nº 26, REL – 36/2020.

¹² Cf. págs. 51/52 da Peça nº 29, Certidão.

termos da Portaria nº 087/20-SMT.GAB. Por fim, a Origem sustentou que:

Superando-se a questão de revisão das regras contratuais de remuneração, verifica-se que, a bem da verdade, o subsídio no período de excepcionalidade está mais afeito a outros fatores, como queda de arrecadação, frota desatrelada à queda de demanda, e remuneração da frota parada. No entanto, em seu conjunto, as medidas tomadas pelo Poder Público estão sendo importantes para o controle epidêmico e a garantia da oferta de transporte público à população, numa situação melhor que muitas cidades no país.

No último Relatório¹³, a Auditoria manteve suas conclusões anteriores, tendo verificado, na comparação de junho/2019 com junho/2020, que a redução na demanda de passageiros não foi acompanhada pela diminuição da frota em circulação. Além disso, informou que a incidência do item 2.2.2.4 do Anexo IV-4.5.1¹⁴ dos contratos é ínfimo em situações de variações na demanda superiores a 50%, tal como identificadas entre março e junho/2020. Por fim, salientou que as constatações feitas no Relatório de Inspeção somente alertaram para a potencialização do fator de transição estabelecido nos contratos concessórios, sem constatar desequilíbrio econômico-financeiro nos ajustes¹⁵. Daí porque o Órgão Técnico concluiu que:

¹³ Cf. Peça nº 44, REL – 2/2021.

¹⁴ 2.2.2.4. *Quando a variação realizada for superior ou inferior a 1% será considerada a demanda da semana padrão com expurgo da referida variação, de forma a refletir no cálculo apenas o efeito na demanda padrão que ultrapassa a variação de 1%.*

¹⁵ Cf. pág. 6 da Peça nº 44, REL – 2/2021, *in verbis*:

Ainda, cumpre esclarecer que as constatações trazidas no Relatório de Inspeção (peça 26), alertam que, diante da pandemia de COVID-19, o fator de transição foi potencializado, sem, contudo, dizer que os valores apresentados desequilibraram os contratos do ponto de vista econômico-financeiro. Por sua vez, como o intuito das análises mensais era trazer um panorama do Sistema de Transporte diante da situação excepcional, esta Auditoria entendeu ser relevante trazer os impactos trazidos pelo mecanismo transitório, bem como os impactos nas compensações tarifárias e nos valores de remuneração por passageiro transportado, conforme já transcrito à fl. 34 da peça 26: (...) (grifei).

Ante o exposto, conclui-se que os novos esclarecimentos apresentados pela Origem no sentido de que o fator de transição não teve influência relevante na remuneração das concessionárias não prosperam, uma vez que seu valor diário médio oscilou entre 1,5 e 2,5 (50% a 150%) a partir de abril/20 (fl. 17 da peça 26), causando impactos diretos nos valores gastos com compensações tarifárias.

A Auditoria também fez referência a constatações fáticas relacionadas aos TCs de *acompanhamento da execução* dos contratos de concessão, em que se verificou que, antes da pandemia, as concessionárias não estavam cumprindo a totalidade de viagens e de quilometragem programadas, o que teria causado prejuízo ao erário e pagamento indevido por serviços não prestados estimados em R\$ 44 milhões.

Além disso, no contexto da pandemia, a Origem informou que restou impossibilitada a aplicação de penalidades às concessionárias, uma vez que se suspenderam as análises de performance operacional das linhas, bem como a aplicação do Regulamento de Sanções e Multas (Resam), com fundamento na Portaria SMT nº 81/2020, de modo que:

Em síntese, os reiterados descumprimentos de viagens apurados nos termos dos acompanhamentos de execuções contratuais somados à ausência de fiscalização e de níveis mínimos de serviço, que impediram esta Auditoria de analisar o cumprimento de viagens durante a pandemia, podem ensejar desequilíbrios econômico-financeiros uma vez que uma suposta quilometragem não realizada levará à economia de custos variáveis pelas concessionárias.

Em relação ao fator de transição, permito-me apresentar as considerações que seguem.

O item 1.3 do Anexo 4.5.1¹⁶ estabelece que a fase de transição de remuneração vigorará até a implantação do Sistema de Monitoramento e Gestão Operacional (SMGO), pelo prazo máximo limitado a 48 meses contados da assinatura do contrato de concessão.

Em seguida, o item 2.2 de referido Anexo dispõe que:

2.2. O Fator de transição (ΔT) na remuneração será calculado mensalmente, e definido pela seguinte fórmula:

$$\Delta T = T_i / T_n$$

Sendo:

T_i = Demanda da semana padrão no mês inicial / Frota operacional equivalente no mês inicial

T_n = Demanda da semana padrão no mês n / Frota operacional equivalente no mês n

Referido fator de transição, para fins de composição da remuneração básica das concessionárias, deve ser multiplicado por – e adicionado a – diferentes elementos, o que inclui a demanda realizada (DR), integrantes da seguinte equação, constante do item 2.1 de mencionado Anexo:

¹⁶ 1.3. A fase de transição de remuneração vigorará até a implantação do SMGO, que terá prazo máximo limitado a 48 meses após a assinatura do contrato de Concessão – Anexo VIII-8A.

2.1. Durante a fase de transição da remuneração, a Remuneração Básica pelos serviços (RB) será obtida pela seguinte equação:

$$RB = Tt \times (TO/TR) \times DR \times \Delta T + AR + FOS + Arla32 + Noturno^{17}$$

Embora se tenha executado o cálculo da remuneração básica de acordo com a equação acima apresentada, os elementos relacionados ao fator de transição estavam potencialmente sobrevalorizados – ainda que tenha sido multiplicado pela efetiva demanda realizada.

Ocorre que, como descrito acima, parece-me que a discussão relacionada aos efeitos do fator de transição nos atuais contratos concessórios apresente natureza predominantemente fático-técnica, verificadas por meio do adimplemento contratual pela administração municipal – e não jurídica *stricto sensu*.

Isso porque, a rigor, trata-se de problemáticas constatadas na implementação de cláusula contratual existente desde a minuta integrante do instrumento convocatório – e não inovação contratual advinda de aditamento. Nessa perspectiva, permito-me destacar

¹⁷ Sendo:

Tt = Tarifa de remuneração, com base na frota da rede atual sem ar condicionado, conforme Tabela 1 desse anexo

TO = Tarifa Ofertada pela Contratada, apresentada no processo licitatório (proposta comercial)

TR = Tarifa de Referência estabelecida no Edital

DR = Demanda Realizada

ΔT = Fator de transição na remuneração

AR = Adicional de custo para veículos com ar condicionado

FOS = Variação de custo com a implantação de combustíveis não fósseis

IQ = Indicador de Qualidade

Arla32 = Remuneração do Arla32

Noturno = Remuneração do Serviço Noturno

as considerações apresentadas pela Auditoria a respeito dos impactos decorrentes da implementação de referida cláusula, quando do adimplemento contratual durante o contexto pandêmico.

Quanto à Portaria SMT nº 087/2020, instituída para disciplinar “[...] a forma de remuneração dos veículos integrantes da frota parada em razão de reprogramação de operação do Sistema de Transporte Coletivo Público de Passageiros do Município de São Paulo, durante a vigência da situação de emergência em decorrência da pandemia de Covid-19”, verifica-se que há dispositivos que regulam a remuneração da frota tanto em operação quanto parada.

Além disso, referido ato infralegal dispõe sobre o fator de transição a ser considerado no período, cf. estabelece os arts. 4º e 5º:

Art. 4º No cálculo do Fator de Transição (T , ou “delta T ”) previsto nos contratos dos operadores, a frota operacional equivalente no mês “n” será a frota programada na OSO para o respectivo dia útil remunerado, multiplicada pelo fator de cumprimento de frota do dia e pelo índice de equivalência do dia.

§ 1º Para finais de semana e feriados, será adotada a frota programada na OSO do último dia útil respectivo.

(...)

Art. 5º No cálculo do Fator de Transição (T , ou “delta T ”) previsto nos contratos dos operadores, a semana padrão no mês “n” considerará como média dos dias úteis o próprio dia útil, e como média dos sábados e domingos, o sábado e domingo próximo. (...)

Ocorre que a Auditoria considerou que, a despeito das informações apresentadas pela Origem, os efeitos do fator de transição na remuneração das concessionárias foram significativos¹⁸:

Ante o exposto, conclui-se que os novos esclarecimentos apresentados pela Origem no sentido de que o fator de transição não teve influência relevante na remuneração das concessionárias não prosperam, uma vez que seu valor diário médio oscilou entre 1,5 e 2,5 (50% a 150%) a partir de abril/20 (fl. 17 da peça 26), causando impactos diretos nos valores gastos com compensações tarifárias.

Como mencionado acima, parece-me que se trate de análise preponderantemente técnica a respeito dos elementos integrantes da remuneração das concessionárias, razão pela qual destaco o entendimento da Auditoria desta E. Corte de Contas.

Feitas essas breves considerações sobre o fator de transição, permito-me destacar as constatações apresentadas pela Auditoria em sua última manifestação¹⁹, especialmente quanto à ausência de comprovação de atendimento aos níveis de serviço, do que destaco o seguinte trecho da conclusão:

(...) Por fim, é preciso destacar que, embora a PMSP tenha tido a intenção de garantir emprego e o distanciamento social, não há evidência da efetividade das medidas, pois não há comprovação de que os níveis de serviço estejam sendo cumpridos. E também é questionável que o risco assumido na contratação seja válido para a situação de pandemia. Então, os contratos estariam equilibrados se demonstrado que as empresas estão cumprindo quilometragem programada.

¹⁸ Cf. pág. 6 da Peça nº 44, REL – 2/2021.

¹⁹ Cf. Peça nº 44, REL – 2/2021.

Por fim, os reiterados descumprimentos de viagens apurados nos termos dos acompanhamentos de execuções contratuais somados à ausência de fiscalização e de níveis mínimos de serviço, que impediram esta Auditoria de analisar o cumprimento de viagens durante a pandemia, podem ensejar desequilíbrios econômico-financeiros uma vez que uma suposta quilometragem não realizada levará à economia de custos variáveis pelas concessionárias.

Evidentemente, trata-se de constatações fáticas, que, se demonstradas, podem ter implicações para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, especialmente se comprovado o descumprimento pelas concessionárias da quilometragem programada.

Aliás, chama a atenção a informação de que, por meio da Portaria SMT nº 81/2020, foram suspensas diversas atividades relacionadas à fiscalização dos contratos de concessão, como a análise de performance operacional das linhas e a aplicação de penalidades do Regulamento de Sanções e Multas (Resam)²⁰. Essa medida, inclusive, teve impactos na fiscalização por esta E. Corte de Contas, cf. o relatado pela Auditoria²¹:

Assim, em virtude das suspensões trazidas pela portaria, esta Auditoria não pôde acompanhar o cumprimento do nível de serviços em termos quantitativos de viagens, uma vez que a SMT passou a exigir apenas a disponibilização da frota durante o período da pandemia, sem determinar quantidades mínimas de viagens a serem ofertadas.

(...)

²⁰ Cf. pág. 7 da Peça nº 44, REL – 2/2021.

²¹ *Idem.*

Assim, com a inexigência de um cumprimento mínimo do nível de serviço e com a suspensão da aplicação de penalidades do Resam por descumprimento de viagens, perde-se a possibilidade de punir aquelas empresas que deixaram de cumprir as viagens conforme previsto anteriormente.

Importa ressaltar que, diferentemente do *serviço público* objeto da delegação, o exercício da *atividade fiscalizatória* é inerente ao Poder Concedente, que deverá fazê-lo de forma *permanente*, nos termos constitucionais e legais²², com destaque para o art. 29 da Lei Federal nº 8.987/95:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; (...) (grifei)

Além disso, os arts. 8º e 29 da Lei Municipal nº 13.241/01 dispõem que:

Art. 8º - Constituem atribuições do Poder Público:

(...)

III - regulamentar o Serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros, observando-se as seguintes diretrizes:

a) cumprir e fazer cumprir as disposições que regem o Serviço, bem como as cláusulas do contrato;

b) fiscalizar e controlar permanentemente a prestação do serviço;

c) aplicar as penalidades legais, regulamentares e contratuais; (...)

²² Cf. art. 175 da Constituição Federal; arts. 3º, 23, 25, 29 e 30 da Lei Federal nº 8.987/95; arts. 3º, 8º, 9º, 14, 29 e 33 da Lei Municipal nº 13.241/01.

(...)

Art. 29 - Sem prejuízo das demais atribuições expressas previstas no seu estatuto social, compete à São Paulo Transporte S.A., no tocante ao Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros:

I - elaborar estudos para a realização do planejamento do Sistema;

II - executar a fiscalização da prestação dos serviços;

III - gerenciar o Sistema de acordo com as diretrizes e políticas estabelecidas pela Prefeitura do Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Transportes.

Parágrafo único - Para executar as atribuições dispostas neste artigo, a São Paulo Transporte S.A. será contratada pelo Poder Público (grifei).

As disposições legais acima referidas reforçam o dever de o Poder Concedente *fiscalizar a execução do contrato* de concessão, inclusive mediante a aplicação – e a cobrança – de penalidades ocasionadas por inadimplemento contratual, o que não foi possível ser verificado pela Auditoria desta E. Corte de Contas, em razão da Portaria SMT nº 81/2020.

Quanto às temáticas relacionadas ao *acompanhamento da execução dos contratos*²³, parece-me que devam ser analisadas nos autos próprios, assegurando-se aos interessados o exercício do contraditório e da ampla defesa. Isso não obstante, parece-me que as informações apresentadas a esse respeito pela Auditoria tenham a finalidade de ilustrar as possíveis irregularidades contratuais ocorridas

²³ Ref. TCs nºs 011050/2020, 011051/2020 e 011052/2020.

durante a pandemia, em que a Origem flexibilizou indevidamente mecanismos de controle e de fiscalização das concessionárias.

Conclusão

Ante o exposto, parece-me que a temática relacionada ao fator de transição esteja revestida por discussão predominantemente fático-técnica, e não propriamente quanto ao adimplemento contratual ou quanto à juridicidade de cláusula que constava da minuta integrante do instrumento convocatório; em razão disso, permito-me destacar as conclusões da Auditoria, por seus próprios fundamentos.

Quanto ao possível *déficit* fiscalizatório, em decorrência da Portaria SMT nº 81/2020, parece-me que se deva ressaltar que a atividade de *fiscalização* dos contratos de concessão é inerente ao Poder Concedente, que, nos termos legais, deve fazê-lo de forma *permanente*.

É como opinamos na espécie, submetendo ao crivo analítico de Vossa Senhoria.

São Paulo, ____ / ____ / ____



Newton A. P. Bordin

NAPB/

Assessor de Controle Externo
OAB/SP nº 307.149