



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelos Procuradores que esta subscrevem, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da LC n. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/2012, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de **FÁBIO NEY DAMASCENO**, Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas (SETOP), **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍNDULA**, Presidente da Comissão Administrativa Especial de Licitação, em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento administrativo licitatório n. 62161733/2013, conduzido pela Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, referente ao Edital de Concorrência n. 02/2014, referente à outorga de **CONCESSÃO** para Prestação e Exploração dos Serviços de Transporte Público Coletivo Urbano de Passageiros Municipal de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal da Região Metropolitana da Grande Vitória, que resultou nas contratações de n. 008/2014 e 009/2014, conforme adiante aduzido.

I – DOS FATOS

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, por intermédio da Comissão Administrativa Especial de Licitação, criada através da Portaria n. 002-S, de 09 de janeiro de 2014, deflagrou procedimento licitatório instrumentalizado no Edital de Concorrência n. 02/2014, cuja cópia segue anexa a esta representação, através de gravação em mídia (**Doc. 1**).



Em uma análise perfunctória do respectivo procedimento administrativo de licitação, notadamente do instrumento convocatório, vislumbra ofensa às mais variadas normas atinentes à Lei de Concessões de Serviço Público e à Lei de Licitações, em especial, àquelas que resguardam a lisura do certame, do qual resultou em contratação contrária ao interesse público, conforme demonstrado nos tópicos seguintes.

II – DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADES

II.1 – Incoerências do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica apontadas pela SECONT e não sanadas pelo órgão licitante

Constam às fls. 1524/1551¹ do procedimento administrativo n. 62161733 análise elaborada para a licitação dos serviços de Transporte Público Coletivo Urbano de Passageiros Municipal de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal da Região Metropolitana da Grande Vitória (Relatório Final – Modelo Financeiro Licitação Transcol).

Destaca-se que tal análise, segundo explanado na sua introdução, consistiu em avaliar os níveis de subsídio a serem praticados pelo Poder Público ao se ampliar a oferta em algumas linhas com níveis elevados de saturação e transferir ao operador privado algumas atividades que são exercidas pela Certurb-GV ou ainda não incorporadas ao Sistema Transcol.

O Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica é fundamental concessão de qualquer serviço público, pois traz diagnóstico de toda a situação envolvida, embasando a futura contratação.

Assim, cabe a Administração Pública se munir de todos os levantamentos necessários objetivando exaurir a problemática que envolve a questão.

Neste sentido, pertinente transcrever fragmentos do Voto do Ministro Relator Raimundo Carreiro constante do Acórdão n. 1126/2011 (Plenário - TCU) que confirmam de forma categórica a imprescindibilidade dos estudos de viabilidade técnica e econômica.

Insurge-se a recorrente contra o Acórdão 683/2010-Plenário, adotado por este Tribunal ao apreciar o 1º estágio do procedimento licitatório para a outorga da concessão do trecho de 936,80 km da BR-040, compreendido entre Brasília e Juiz de Fora/MG.

[...] Quanto às determinações contidas no item 9.1 do Acórdão 683/2010-Plenário, **deve ser sublinhada a importância dos estudos de viabilidade técnica e econômica para o processo de outorga de concessão, uma vez que seus elementos servirão de base, entre outros, para a definição da tarifa máxima de pedágio a ser exigida no certame licitatório.**

¹ Constante no Volume 4 da mídia.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Nesse sentido, as determinações expedidas por este Tribunal visam a possibilitar a estimativa consistente dos investimentos que deverão ser realizados na rodovia, necessária à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas pelos licitantes, conforme previsto nos incisos IV e XV do art. 18 da Lei 8.987/95. É oportuno transcrever a respeito da matéria excerto do voto condutor da deliberação recorrida:

"A correta determinação dos investimentos é essencial para a realização da outorga da concessão por diversos motivos.

O montante de investimentos (2,77 bilhões de reais na BR-040) é dado essencial para a precificação da tarifa-teto de leilão. Erro nessa estimativa poderá provocar o estabelecimento de preço-teto excessivamente elevado, não protegendo a modicidade tarifária, ou excessivamente baixo, tornando o empreendimento inviável e gerando procedimento licitatório vazio.

Além disso, os estudos que caracterizam o estado atual da rodovia e que fundamentam os investimentos são essenciais para que os licitantes possam realizar seus cálculos e precificar o quanto estão dispostos a receber pelo pedágio. A ausência ou insuficiência desses estudos aumenta o risco para esses interessados. Quanto maior o risco, maior o retorno necessário e, conseqüentemente, o valor exigido pelo pedágio.

Em um caso extremo de erros grosseiros na estimativa de investimentos e no PER, poderia ocorrer até a impossibilidade da continuidade da concessão após algum tempo, sendo necessária a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com conseqüências negativas para o usuário e para o concessionário.

Por essas razões, não há possibilidade de realizar procedimento licitatório sem que a estimativa de investimento esteja adequadamente justificada em estudos que evidenciem o estado da rodovia, os melhoramentos necessários e a correta estimativa dos quantitativos e preços dos investimentos, tudo devidamente fundamentado. Esses valores devem ser auditáveis e replicáveis de forma que se possa comprovar a correção da estimativa, o que não se observa no presente caso.

Sobre essa questão, a Lei de Concessões (art. 18, incisos IV e XV, da Lei 8.987/1995) é explícita em exigir que o edital de licitações deva conter, especialmente, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e das propostas, além dos dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização."

No tocante à determinação contida no item 9.2. do Acórdão 683/2010-Plenário, ao contrário do alegado pela ANTT, este Tribunal considerou não ter sido observada a norma legal nas duas questões dispostas no item 9.1 do referido Acórdão e, conseqüentemente, **não ser possível a realização do procedimento licitatório sem a correta estimativa dos investimentos.**

Sendo assim, a determinação efetuada encontra amparo no poder de cautela, previsto no art. 45 da Lei 8.443/92, pois se destina a evitar possível lesão ao



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

interesse público, que se configuraria mediante a realização da outorga sem observância dos parâmetros adequados. (grifo nosso)

Todavia, observa-se que apesar da Manifestação Técnica n. 049/2014, da Secretaria de Estado de Controle e Transparência - SECONT, às fls. 1472/1490², esboçar de forma esclarecedora incoerências atinentes ao Estudo de Viabilidade, especificamente em relação ao quantitativo de fiscais e aos valores das peças e acessórios, a Administração Pública não adotou nenhuma providência para saná-las, mantendo-se os dados originais.

Deste modo, necessário destacar, conforme informações extraídas da SECONT, que as alterações sugeridas ocasionariam **significativo impacto financeiro no análise efetuada**, a saber: a mudança do fator 0,42 para 0,2 fiscais/ônibus acarretaria a retirada de **R\$ 9.082.857,22 por ano dos custos operacionais fixos**; e a redução do parâmetro de 8% relativo ao valor das peças e acessórios geraria, a cada diminuição de 1%, **uma economia de R\$ 4.035.397,09 ao Erário Público Estadual**.

Ao dar prosseguimento ao certame, sem a adoção das medidas corretivas apontadas pela SECONT, incorreram os responsáveis na prática de ato antieconômico e de malbaratamento de recurso público.

II.2 – Ausência de motivação da escolha de critério de julgamento no ato de justificação da concessão

Em obediência ao art. 5º da Lei n. 8.987/1995 e ao art. 6º da Lei Estadual n. 5.720/1998, denota-se à fl. 1112³ do procedimento administrativo licitatório n. 62161733/2013 publicação no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, em 07/01/2014, de ato justificando, sem maiores delongas, a conveniência da outorga da concessão aqui debatida, vejamos:

JUSTIFICATIVA

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, em atendimento ao disposto no Artigo 5º da Lei nº 8.987, de 13/02/1995, e Artigo 6º da Lei Estadual nº 5.720, de 20/08/1998, que dispõem sobre o regime de Concessão e Permissão da prestação de serviços públicos, conforme previsto no Artigo 175 da Constituição Federal, torna público que procederá a licitação do Novo Sistema Integrado de Transporte Coletivo Urbano Metropolitano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – TRANSCOL, considerando a obrigação legal de licitar e a necessidade da promoção de melhorias no modelo de gestão e na operação dos serviços de transporte atualmente prestados.

A delegação será processada mediante concessão, numa área de abrangência de toda a Região Metropolitana da Grande Vitória e naqueles municípios em que haja delegação dos serviços públicos de transporte coletivo urbano, com prazo de vigência não superior a 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por até igual período,

² Constante no Volume 4 da mídia.

³ Constante no Volume 3 da mídia.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

na forma do § 3º do art. 24 da Lei Estadual nº 5.720, de 20/08/1998, mediante procedimento licitatório.

Observa-se que não consta do ato a justificativa quanto à adoção dos **critérios de julgamento das propostas adotados no edital**, a saber, melhor técnica combinada com menor preço/KM.

Vaticina Marçal Justen Filho⁴:

O art. 5º da Lei nº 8.987 faz menção à obrigatoriedade de publicação de justificativa a propósito da delegação. Não é necessário que o modelo completo da delegação esteja elaborado. **A Lei alude a “objeto, área e prazo”, mas o dispositivo é interpretável no sentido de que as condições fundamentais da delegação terão de ser consideradas. Sem elas, seria impossível determinar, inclusive, “objeto, área e prazo”.**

[...] não se admitem que “objeto, área e prazo” sejam impostos por meio de escolhas arbitrárias. Devem resultar de estudo global, fundamentado e sujeito a exame e fiscalização sob ângulo objetivo. Por isso, todos os atos e estudos deverão ser tornados públicos, facultando-se amplo acesso aos particulares.

[...] Por um lado e segundo o art. 16 da Lei n. 8.987, deverá indicar se a outorga será feita sob regime de exclusividade ou não. Como regra, deverá adotar-se a competição, somente podendo cogitar-se de exclusividade em virtude de motivos técnicos ou econômicos.

Por outro, **é imperioso identificar o critério de julgamento do certame, inclusive para o fim especial de identificar os efeitos econômicos da escolha.**

O mesmo autor⁵ defende que *“a imposição da publicação evidencia sua finalidade de publicidade, para propiciar fiscalização, especialmente por parte da comunidade”*.

Deste modo, carece a justificativa de elementos aptos a torná-la condizente com a legislação, notadamente quanto ao controle, técnico e social quanto a esta opção da administração, notadamente por sua repercussão direta sobre o valor da tarifa.

II.3 – Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame

Verifica-se no Edital de Concorrência n. 02/2014 a existência de cláusulas extremamente nocivas ao interesse público, visto que permite conhecer de antemão as empresas que efetivamente participarão do certame, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para prévia combinação dos preços, senão vejamos:

1. DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

⁴ In Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 209/210.

⁵ Ibidem. p. 211.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

1.1. AQUISIÇÃO DO EDITAL: O presente Edital e seus Anexos poderão ser obtidos na Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, com sede na Avenida Nossa Senhora da Penha, 714, Ed. RS Trade Tower, 6º andar – Praia do Canto – CEP: 29055-130 – Vitória/ES, de segunda a sexta-feira, no horário de 09h00min às 18h00min horas, bem como pelo site www.setop.es.gov.br, a partir de 26 de fevereiro de 2014.

[...] **5. DA VISITA TÉCNICA**

5.1. As LICITANTES deverão realizar visita técnica e apresentar em sua DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO, **atestado de visita técnica fornecido pela SECRETARIA;**

5.1.1. As LICITANTES, **mediante programação prévia junto à SECRETARIA,** deverão realizar visita técnica do respectivo lote em que pretenda participar, objetivando pleno conhecimento da natureza dos serviços.

[...] **5.1.1.2. A programação da visita técnica deverá ser agendada diretamente junto à SECRETARIA,** na Avenida Nossa Senhora da Penha, 714, Ed. RS Trade Tower, 6º andar – Praia do Canto – CEP: 29055-130 – Vitória – ES, em horário de expediente, com no mínimo 10 (dez) dias de antecedência da data pretendida para sua realização, devendo a visita ser realizada INDIVIDUALMENTE por cada LICITANTE até 5 (cinco) dias úteis antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS. O agendamento deverá ser feito por escrito (carta ou e-mail) com o servidor João Victor de Freitas Espindula. E-mail: cel@setop.es.gov.br.

[...] **7. DO RECEBIMENTO DA DOCUMENTAÇÃO E DAS PROPOSTAS**

[...] **7.6.** Os documentos solicitados devem ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por membro da COMISSÃO, ou ainda mediante publicação em órgão da imprensa oficial.

[...] **12. DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO – ENVELOPE N° 03**

[...] **12.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

[...] **12.4.6. A LICITANTE deverá apresentar atestado comprovando a realização de visita técnica, fornecido pela SECRETARIA,** conforme estabelecido no item 5.1.1.4 do presente EDITAL.

Vale registrar que até mesmo para obtenção do edital através do site acima exposto é necessário o cadastramento prévio do interessado, momento no qual deverá ser informado e-mail, empresa, contato e telefone.

Ora, as transcrições acima exigem a identificação do licitante, sendo infringido o sigilo da licitação. Assim, o risco de fraude à licitação é elevado, visto que havendo identificação dos licitantes antes da fase de apresentação das propostas, os mesmos poderão se comunicar e “acertar” o preço, estabelecendo quem será o vencedor.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

O sigilo das propostas é princípio fundamental da licitação e corolário dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Sobre o princípio da impessoalidade já tratou a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha⁶:

De um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado.

Assim, as cláusulas aqui tratadas permitem o conhecimento antecipado dos licitantes, com violação à impessoalidade do processo, o que torna nulo todo o procedimento, em virtude da existência de vício insanável.

Destarte, é evidente que a maior prejudicada pela conduta desleal e desonesta de conchavo entre os participantes é a própria Administração, que irá contratar a altos custos, havendo violação aos princípios da competitividade e moralidade, lesando o interesse público.

Outra prejudicial é a dificuldade de acesso às informações pelos pretendos licitantes, que devem comparecer a setores da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas para adquirir o edital e seus anexos e para expedição do atestado de comparecimento à visita técnica.

Há, portanto, regra que **viola o sigilo das propostas** (art. 3º, § 3º, da Lei n. 8.666/93) e **aos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência** (arts. 5º, inciso I, e 37, “caput” da Constituição Federal), uma vez que as cláusulas que permitem o conhecimento prematuro dos possíveis participantes do procedimento licitatório são ilegais, favorecendo a formação de conluíus, especialmente quando é admitida a formação de consórcios.

II.4 – Adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade

Depreende-se da leitura do preâmbulo do Edital de Concorrência n. 02/2014 que:

O Estado do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, torna público, para conhecimento dos interessados, que realizará licitação na modalidade **CONCORRÊNCIA**, do tipo **MELHOR TÉCNICA e MENOR PREÇO/KM**, por meio de 02 (dois) lotes, tendo como finalidade a seleção de pessoas jurídicas ou consórcio(s) de pessoas jurídicas para a prestação de Serviço Público de Transporte Coletivo Urbano Municipal de Passageiros de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal Metropolitano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – TRANSCOL, em regime de concessão, nos termos da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, da Lei Estadual n° 5.720, de 20 de agosto de 1998, Lei Estadual 9.090,

⁶ In O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 85, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 69.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

de 24 de dezembro de 2008, Lei Estadual nº 750, de 30 de dezembro de 2013, do Convênio de Cooperação SETOP nº 001/2014, firmado entre o Estado do Espírito Santo e os Municípios de Cariacica, Serra e Viana na data de 06 de janeiro de 2014 e das demais leis e decretos correlatos, em conformidade com as disposições contidas neste Ato Convocatório e seus anexos.

De início, cumpre sublinhar, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho⁷, que “*a licitação com vistas à escolha do particular que vai executar serviço de concessão atende a peculiaridades específicas, e isso pela própria natureza dessa modalidade de delegação. Desse modo, o critério de julgamento terá que se ajustar à forma pela qual se ajusta a concessão do serviço*”.

Além disso, Marçal Justen Filho⁸ defende que:

[...] em face da Constituição, o critério de julgamento mais adequado será o da menor tarifa, como regra. Esse critério assegura a menor oneração possível para os usuários.

Isso não significa a impossibilidade da adoção de outro critério, mas impõe a autorização legislativa específica. **Sempre que o poder concedente resolver configurar a concessão de serviço público segundo outro princípio que não a menor oneração possível para o usuário, será indispensável a autorização legislativa específica. Dito em outras palavras, a autorização legislativa genérica para promover-se a outorga contempla, por presunção, a imposição de licitação fundada na menor tarifa.** Essa presunção deriva dos princípios norteadores da estrutura tarifária, que impõem a menor tarifa possível. Se o poder concedente pretender configurar a concessão de modo a não vigorar a menor tarifa possível, essa alternativa dependerá de autorização legislativa específica.

No caso vertente, percebe-se que a Administração Pública **optou, sem qualquer amparo em dispositivo da LC n. 750/2013, pela junção dos critérios de melhor técnica com o de menor preço/KM**, na forma do inciso V do art. 15 da Lei n. 8.987/1995, dispondo, ainda, de pesos diferenciados para cada um dos critérios – peso 7 para melhor técnica e peso 3 para menor preço (item 16.2 do edital).

Insta enfatizar, nas palavras de Marçal Justen Filho⁹, que “**as vantagens técnicas e econômicas têm de ser reconduzidas a um mesmo padrão de avaliação, para permitir a obtenção de média homogênea [...]. Uma pequena diferença poderá traduzir-se numa vantagem desproporcional, daí resultando a vitória de proposta que não contemplava vantagens mais consistentes e efetivas para o interesse público**”.

Registra-se que toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sendo adequado aquele serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade,

⁷ In Manual de Direito Administrativo. 20 ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 356.

⁸ Ibidem. p. 261.

⁹ Ibidem. p. 258.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal e art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/1995).

Destarte, a única escolha capaz de promover um serviço de transporte público adequado e capaz de favorecer o usuário é a licitação consubstanciada no tipo menor tarifa, adotando-se, assim, o princípio da modicidade que busca o estabelecimento de uma tarifa justa.

De tal modo, conforme inteligência de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, “os valores das tarifas devem ser acessíveis aos usuários, de modo a não onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade”.

Assim sendo, denota-se a impropriedade da escolha efetuada pela Administração Pública que em momento algum pretendeu buscar o interesse público, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, sinalizando, assim, **a preponderância da melhor técnica em relação ao menor preço.**

Aliás, conforme exposto no item anterior, sequer motivou no ato de justificação da concessão a escolha de tal critério.

Por fim, pertinente destacar que a excessiva valoração de certo quesito de julgamento deve vir acompanhada de estudo que possibilite comprovar sua necessidade, uma vez que este desequilíbrio pode resultar na restrição à competitividade e favorecimento de proposta que não seja a mais vantajosa para a Administração Pública, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 190

Colegiado: Plenário

Enunciado: 6. Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa.

Texto: Representação relativa a concorrência conjunta Sesi-Senai, do tipo técnica e preço, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, apontara, dentre outras irregularidades, **critério de pontuação desproporcional e injustificado, uma vez que atribuíra peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços.** Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator destacou deliberação de sua relatoria sobre o tema (Acórdão 526/2013-Plenário), dirigida a essas mesmas entidades, na qual restou consignado que **de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados, estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável?** Destacou ainda, desse precedente, que

¹⁰ In Curso de Direito Administrativo. 25 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 723.



?a simples adoção da licitação do tipo ?técnica e preço? já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa?. Por fim, o relator lembrou que, por meio desse julgado, "já havia determinado às referidas entidades (...) que se abstivessem de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída ao quesito ?técnica?, em detrimento do ?preço?, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem sua necessidade, uma vez que **a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa** ...". A despeito da revogação do certame pelas entidades, concluiu o relator pelo "não afastamento dos indícios de irregularidades apontados", motivo pelo qual propôs julgar a Representação parcialmente procedente, com expedição de determinação e ciência das irregularidades às entidades licitantes. O Tribunal acolheu o voto do relator. Acórdão 743/2014-Plenário, TC 019.659/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26.3.2014. (grifos nossos)

Neste sentido, **resta patente que a adoção de critério de julgamento distinto que não o da menor tarifa, não se ajusta à finalidade que se presta a concessão em questão**, que deve atender, notadamente, à modicidade da tarifa, a qual restará seriamente prejudicada pela exagerada valoração do quesito técnica.

II.5 – Inconstitucionalidade da previsão de Taxa de Gerenciamento

Colhe-se do inciso XXVII do item 2.1 do Edital de Concorrência n. 02/2014, repetido na alínea "t" do item 1.1 da Minuta Contratual, a definição de taxa de gerenciamento como sendo a taxa estabelecida pelo Poder Concedente dos serviços de transporte público, fixada por lei em 5% sobre o valor final calculado para a Tarifa Usuário, arrecadada pelas empresas concessionárias e repassada ao Órgão Gestor do Sistema.

Insta frisar que o art. 5º da Norma Complementar n. 003/2014, da CETURB-GV, dispõe que sobre o valor das parcelas de subsídio, calculado conforme disposto no art. 4º, incidirá o percentual da Taxa de Gerenciamento, destacando-se o valor das parcelas de gerenciamento que será solicitado diretamente ao Estado para repasse à CETURB-GV.

Trata-se, pois, de percentual fixado para remuneração e gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória efetuada pela CETURB-GV, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.248/2002:

Parágrafo único. Para atendimento à cobertura dos custos do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória, fica fixado o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor final calculado para a tarifa, a título de gerenciamento, que será arrecadada pelas operadoras e repassado à Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Acerca do assunto o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais já se manifestou pela inconstitucionalidade da cobrança da taxa de gerenciamento no Processo n. 761690, julgado em 03/06/2014, nos seguintes termos:

Acórdão – Primeira Câmara

EMENTA: DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – CONCORRÊNCIA PÚBLICA – CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES COLETIVO – PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO TCEMG PARA ATUAR COMO REGULADOR TARIFÁRIO E PARA SUSTAR PROCESSOS ADMINISTRATIVOS – REJEITADA – MÉRITO – OMISSÃO DO EDITAL COM RELAÇÃO À INCIDÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06 – NÃO PUBLICAÇÃO DO EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO COMO PREVISTO NO ART. 21, INCISO III, DA LEI N. 8666/93 – CRITÉRIO DE JULGAMENTO PREJUDICIAL AO PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA – UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA METODOLOGIA DA PLANILHA GEIPOT – ILEGALIDADE NA COBRANÇA DE TAXA DE OUTORGA – ISENÇÕES CUSTEADAS PELOS USUÁRIOS DO SISTEMA – **INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DE TAXA DE GERENCIAMENTO** – BILHETAGEM ELETRÔNICA – DISCREPÂNCIA NOS VALORES DA TARIFA URBANA ENTRE A PROJETADA E A CONTRATADA – NÃO APLICAÇÃO DE MULTA PELO TRIBUNAL A EMPRESA PRIVADA – APLICA-SE MULTA E FAZEM-SE RECOMENDAÇÕES AOS RESPONSÁVEIS – DETERMINAM-SE COMUNICAÇÕES, ENCAMINHAMENTOS, INTIMAÇÕES E POSTERIOR ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

1) Em razão da controvérsia levantada quanto aos fundamentos técnicos e jurídicos para a fixação da tarifa para o transporte coletivo e, estando o Município submetido à jurisdição deste Tribunal de Contas, é dever constitucional desta Casa verificar as irregularidades da licitação, do contrato e de sua própria execução, para determinar sua correção e não “apenas” fiscalizar, como afirmado pela empresa concessionária, sob pena de esvaziamento de suas funções precípuas. Preliminar rejeitada. 2) A ausência de cláusula no edital que faça referência à incidência da Lei Complementar n. 123/06 não impede a sua aplicação para a concessão dos benefícios por ela previstos. 3) O edital foi publicado na sede da administração, no site da Prefeitura, em jornal de circulação local/regional e no diário oficial. Não houve a publicação em jornal diário de grande circulação no Estado, havendo, portanto, afronta clara ao art. 21, III, da Lei n. 8.666/93 e, por consequência, ao princípio da publicidade, maculando a competitividade do certame. 4) Deve haver congruência entre a modalidade escolhida como critério de julgamento e o objeto da concessão, sob pena de desvio da finalidade. Contudo, a escolha do critério não pode se dar de forma aleatória, devendo ser apresentadas as razões que motivaram a adoção do tipo escolhido, levando em conta, sobretudo, o tipo de serviço a ser prestado. 5) O problema tarifário para o caso em comento não está na tabela do GEIPOT, mas sim em possíveis erros de cálculos e superdimensionamentos que gerariam a discrepância encontrada no valor projetado da tarifa, tanto pelo Município quanto pela empresa, com o valor praticado de fato. 6) Para que a taxa de outorga seja legal, deve haver prova efetiva de que o valor oriundo de sua cobrança foi empregado em melhorias para o sistema de transporte. Não houve a prova dessa reversão para a sociedade, revelando-se, portanto, inadequada a cobrança da taxa em comento e contrária ao princípio da modicidade tarifária e ao ordenamento jurídico. 7) O ideal é que o custo de isenções seja suportado pelo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Poder Público, desde que haja possibilidade para tanto e lei local preveja a hipótese, devendo o Município envidar esforços e promover estudos no sentido de viabilizar o custeio desta despesa com recursos do tesouro. **8) Conforme precedentes do Tribunal, não há amparo constitucional a legitimar a cobrança de taxa de gerenciamento.** 9) Em que pese a existência de descrição razoável do sistema de bilhetagem eletrônica, o edital foi falho ao não prever o custo estimado e o cronograma físico-financeiro para a implantação do sistema. 10) A empresa concessionária aceitou o preço pré-fixado de R\$2,05, mas, para não suportar suposto prejuízo inicial, reduziu seus custos e operava com estrutura menor do que a prevista no edital. O Município falhou em seu dever de fiscalização ao deixar a concessionária operar com estrutura diversa daquela contratada. 11) Deixa-se de imputar multa à empresa concessionária por falta de amparo legal. 12) Não há que se falar em declaração de inidoneidade. A natureza da sanção prevista na lei orgânica deste Tribunal não se confunde com a daquela prevista na Lei n. 8.666/1993 que é aplicada pela própria Administração Pública no caso de inadimplemento total ou parcial do contrato. Já a declaração de inidoneidade prevista na Lei Orgânica desta Corte é aplicável em caso de ocorrência de fraude comprovada à licitação.

Nesta seara, cabe destacar também decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0024.10.112944-3/002, julgado em 08/09/2014, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0024.10.148978-9/002, julgado em 13/08/2014, e na Apelação Cível n. 1.0145.13.025868-7/001, julgada em 10/07/2014:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL - IMPERIOSA SUBMISSÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 92 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - TAXA CGO - LEI TRIBUTÁRIA DESPIDA DE ELEMENTO ESSENCIAL DO TRIBUTO - BASE DE CÁLCULO - "**CUSTO TOTAL DO SISTEMA**" - **IMPRECISÃO QUANTO A SUA SIGNIFICAÇÃO - INCERTEZA INCONTORNÁVEL** - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, LEGALIDADE TRIBUTÁRIA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA - MALFERIMENTO - INSUFICIÊNCIA DO TIPO - INCONSTITUCIONALIDADE (Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0024.10.112944-3/002, Órgão Especial, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, Julgado em 08/09/2014).

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ART. 11, §2º DA LEI Nº 11.403/94 - TAXA DE GERENCIAMENTO DE PROJETOS, DE OBRAS E DE SUPERVISÃO DE OBRAS - RELEVÂNCIA DA ARGUIÇÃO - NORMA INCONSTITUCIONAL - **UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE IMPOSTOS - PRECEDENTES - INCIDENTE CONHECIDO E, NO MÉRITO, ACOLHIDO.** (Arguição de Inconstitucionalidade n. 1.0024.10.148978-9/002, Órgão Especial, Rel. Des. Márcia Milanez, Julgado em 13/08/2014).

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CDA - CERTEZA E LIQUIDEZ - PRESUNÇÃO - VÍCIO - ÔNUS DO EMBARGANTE - TAXA DE GERENCIAMENTO OPERACIONAL - LEI ESTADUAL Nº 11.403/94. - A Certidão da Dívida Ativa (CDA) goza de presunção de certeza e liquidez, pois, em relação a ela, deve-se observar o rigor formal, previsto na Lei 6.830/80, e, por se tratar de ato administrativo, verifica-se, ainda, a presunção de legalidade inerente à sua prática pela Administração Pública, cabendo ao executado



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

demonstrar eventuais vícios que a maculam, objetivando sua desconstituição.
- A base de cálculo da Taxa de Gerenciamento, Fiscalização e Expediente do Sistema Metropolitano coincide com base de imposto, o que se afigura expressamente, proibido pelo § 2º, do art. 145, da CF, segundo o qual "as taxas não poderão ter base de cálculo própria de imposto". (Apelação Cível n. 1.0145.13.025868-7/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Dárcio Lopardi mendes, Julgado em 16/07/2014).

Assim, estando a base de cálculo da taxa de gerenciamento representada por percentual incidente sobre o valor final calculado para a tarifa, ou seja, equivalente à receita auferida pela concessionária¹¹, forçosa é a conclusão da coincidência com base de cálculo de imposto.

Certo é que o custo da taxa de gerenciamento incide sobre o valor da tarifa, pois repassado diretamente ao usuário do sistema, violando, pois a modicidade.

Deste modo, diante da inequívoca afronta ao § 2º do art. 145 da Constituição Federal¹², e por simetria ao § 2º do art. 36 da Constituição Estadual¹³, deve ser instaurado incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no enunciado sumular n. 347 do STF, arts. 176 e 177 da LC n. 621/12 e arts. 332 e 333 da Resolução TC 261/2013, para negar exequibilidade ao parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.248/2002 e, por consequência, expurgar do valor da tarifa o cômputo desta taxa.

II.6 – Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação

Consta do item 3.3, e seus subitens, do Edital de Concorrência n. 02/2014 a possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros precedida, única e exclusivamente, de decisão do Governo do Estado do Espírito Santo.

3.3. As novas linhas que forem criadas pelo ESTADO DO ESPÍRITO SANTO em função do crescimento natural da população ou da dinâmica do uso e ocupação do solo da RMGV, bem como a divisão, prolongamento ou fusão de linhas, fazem parte do objeto das concessões ora licitadas, de modo que tais serviços serão de responsabilidade da(s) CONCESSIONÁRIA(S) do(s) respectivo(s) lote(s), resguardando-se a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do CONTRATO.

3.3.1. As novas linhas, criadas o longo da CONCESSÃO, que tiverem itinerário adstrito a um determinado lote serão de operação exclusiva da concessionária do respectivo lote – ressalvada a possibilidade de atribuição de linhas a concessionárias de outros lotes, a critério do PODER

¹¹ Conforme o item 22.1 do Edital de Concorrência em questão, a **remuneração de cada concessionária** advirá de um percentual incidente sobre o **total da arrecadação de Tarifa Usuário**, sendo também considerados os repasses de subsídio.

¹² Art. 145. [...] § 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

¹³ Art. 136. [...] § 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria, de impostos, e todo o produto da arrecadação das mesmas será alocado ao órgão responsável pelo respectivo poder de polícia ou pela prestação de serviços públicos que fundamentem a cobrança.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

CONCEDENTE, nos termos do item 3.3.4. Excepcionalmente, no caso de linhas operadas em corredores exclusivos de transporte do tipo BRT (Bus Rapid Transit), futuramente implantadas, que recebam passageiros de outros lotes, terão sua operação compartilhada entre os respectivos lotes, de forma proporcional à participação de cada um na frota envolvida no projeto, a ser levantada pela CETURB-GV, ainda que o itinerário da linha esteja inserido em apenas um lote.

3.3.2. As novas linhas cujo itinerário percorra mais de um lote, terão sua oferta distribuída entre as CONCESSIONÁRIAS dos respectivos lotes, de forma proporcional à participação de cada um na quilometragem rodada envolvida, a ser levantada pela CETURB-GV.

[...] **3.3.4.** Visando manter o equilíbrio dos lotes licitados, os percentuais de participação de cada **CONCESSIONÁRIA**, na quilometragem total e por tipo de veículo, na operação do Sistema de Transporte Público Coletivo Urbano de Passageiros Municipal de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal da Região Metropolitana da Grande Vitória serão mantidos ao longo da vigência dos contratos, promovendo o **PODER CONCEDENTE** os ajustes operacionais em linhas e em oferta necessários para tanto, preservada a equação econômico-financeira das concessões.

Tais regras são reproduzidas também nos itens 6.3, 6.4 e 6.6 da Minuta Contratual.

No entanto, toda concessão de serviço público será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório (art. 14 da Lei n. 8.987/1995).

Aliás, robustecendo a tese acerca da imprescindibilidade da realização de licitação prévia no caso de criação de novas linhas de transporte de passageiros, necessário transcrever julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que revelam entendimento já pacificado em relação ao tema.

INFORMATIVO Nº 490

TÍTULO

ADI e Conversão de Linhas Municipais de Transporte Coletivo em Permissão Intermunicipal

ARTIGO

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado de Rondônia para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 16 e 19, e seu parágrafo único, da Lei rondoniense 260/90. O art. 16 da mencionada lei estabelece que, no caso de criação de novos Municípios ou desmembramento de áreas dos atualmente existentes, as linhas municipais de transporte coletivo de passageiros “legalmente executadas” há 2 anos ou mais serão convertidas automaticamente pelo DER daquele Estado-membro em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

permissão intermunicipal, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei e o interessado requeira a conversão no prazo de 90 dias contados da data da emancipação do Município. O seu art. 19 estabelece pontuação que deverá ser considerada no julgamento da licitação destinada à escolha dos permissionários. **Entendeu-se que o art. 16 da lei impugnada afronta a igualdade, bem como o art. 175, da CF, que estabelece que as concessões e as permissões de serviços públicos serão sempre precedidas de licitação. Considerou-se, por sua vez, que os preceitos veiculados pelos incisos I a IV do mencionado art. 19 conferem inegável vantagem às empresas que já sejam permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia, discriminando-as, para beneficiá-las, indevidamente, em afronta ao princípio da isonomia. Asseverou-se que o art. 37, XXI, da CF, que conforma a licitação a que respeita o art. 175, exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, e concluiu-se que os critérios estabelecidos naqueles incisos não surgem da natureza das coisas, nem são concretamente compreensíveis.** STF – ADI 2716/RO, rel. Min. Eros Grau, 29.11.2007. (ADI-2716)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. DETERMINAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO.

1. A licitação é imprescindível na outorga de serviço público - exploração de transporte coletivo de passageiros – formalidade imposta pelo Poder Constituinte Originário de 1988, consoante reconhecido pelo STF, no julgamento do RE n.º 264.621/CE, da relatoria do e. Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJ de 08.04.2005, no qual restou definido a necessidade de realização de prévia licitação para fins de prolongamento de trecho explorado por empresa de transporte interestadual, ao consagrar, que "contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação."

2. O art. 175 da Lei Fundamental, na qual é utilizado o advérbio sempre, não enseja dúvidas sobre a eficácia plena, imediata e automática do preceito, que está a obrigar, tanto o legislador e o poder regulamentar, quanto a vincular o ato concreto de concessão (como o ora impugnado pela impetrante, ora Recorrente), à prévia licitação toda vez que não se trate de exploração direta do serviço pelo Poder Público". (RE 140989/RJ Relator Min. OCTAVIO GALLOTTI - Julgamento: 16/03/1993 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA DJ 27-08-1993).

3. Deveras, o Supremo Tribunal Federal reiterou a tese dantes exposta, a fim de exigir licitação na exploração de transporte coletivo de passageiros, nos seguintes termos: "AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO CAUTELAR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DEU EFEITO SUSPENSIVO NA ORIGEM. PEDIDO DE CONTRACAUTELA PARA QUE SE PERMITA A OPERAÇÃO DE PROLONGAMENTO DE LINHA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Decisão agravada que negou seguimento à ação cautelar, ao entendimento de que o Tribunal de origem não usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal, ante as



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Súmulas 634 e 635. De toda forma, ainda que se considere inaugurada a jurisdição cautelar desta egrégia Corte, a decisão recorrida extraordinariamente está em sintonia com a jurisprudência da Casa, no sentido de que a exploração de transporte coletivo de passageiros há de ser precedida de processo licitatório. Precedentes: Recursos Extraordinários nºs 140.989, 214.383, 264.621 e 412.978. Agravo regimental a que se nega provimento."(AC -AgR 1066 / RJ - Relator Ministro Carlos Britto - Julgamento 15/05/2007 – DJ 28-09-2007)

4. Os princípios constitucionais relativos à administração pública exigem que a concessão de serviços seja precedida de licitação pública.

5. Outrossim, **o entendimento supracitado, de que a implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação é tese firmada pelo E. STJ (RESP n.º 617.147/PR, deste relator, DJ de 25.04.2005; REsp 529102/PR deste Relator DJ 10.04.2006; REsp 703399/PA DJ 13.11.2006; REsp 762093/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, Dje 18/06/2008).**

6. O Ministro relator assentou com precisão que a decisão concessiva da tutela limitou-se a garantir que o departamento de transporte rodoviário se abstivesse de delegar linhas sem prévia licitação, suspendeu os efeitos de cláusula do contrato de adesão celebrado entre o Detro e as empresas de ônibus; determinou fosse iniciados o procedimento licitatório para escolha de novos delegatários em cento e oitenta dias, bem assim fosse apresentada a classificação final das propostas no prazo de trinta dias após concluída a licitação.

7. A hipótese retrata tutela antecipada em favor da administração pública e da moralidade de suas atividades concedidas; sendo certo que a análise da concessão com outras centenas de ações esbarra na Súmula 07/STJ.

8. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que "a superveniência da sentença de procedência do pedido não prejudica o recurso interposto contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela" (ERESP. 765105/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJ. 25.08.2010).

9. Recurso Especial parcialmente conhecidos, e nessa parte, desprovido, nos termos do voto do i. relator. (STJ, REsp 964946/RJ, 1º Turma, rel. Min. Luiz Fux, 14.12.2010)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO - LICITAÇÃO - OBRIGATORIEDADE.

1. Os princípios constitucionais relativos à administração pública exigem que a concessão de serviços seja precedida de licitação pública.

2. A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

3. Não fora violado pelo ato impugnado o princípio da continuidade, vez que a determinação de retirada dos coletivos limitou-se aos que não possuem concessão, decreto ou autorização emitida pelo Apelado, mantendo-se os demais.

4. O ato impugnado também não violou os princípios do contraditório e da ampla defesa, visto que eventual supressão imediata dos coletivos que trafegam em linhas que não possuem concessão, decreto ou autorização emitidas pelo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Apelado, encontra respaldo nos princípios da legalidade, da indisponibilidade e da supremacia do interesse público (poder de polícia administrativa), não havendo, por isso, necessidade de prévio procedimento administrativo. (TJ/ES, Apelação Cível n. 021.050.022.546, 1ª Câmara Cível, rel. substituto Janete Vargas Simões, 09.06.2009).

Deste modo, resta evidenciada que esta cláusula leva à inequívoca afronta ao dever de licitar insculpido nos arts. 37, *caput* e inciso XXI, e 175, *caput*, da Constituição Federal.

II.7 – Excentricidade de disposição editalícia que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, defina o valor do SUBSÍDIO, bem como o Sistema de Bilhetagem Eletrônica

Denota-se da alínea “c” do item 3.4 do Edital de Concorrência n. 02/2014 que foram incluídos no objeto da concessão “*a arrecadação pelas CONCESSIONÁRIAS da TARIFA USUÁRIO, seja em espécie, nos ônibus, terminais de integração e, quando houver, estações de transbordo, seja por meio de comercialização de todos e quaisquer créditos de transporte, seja pelo recebimento do SUBSÍDIO, **bem como a operação da CÂMARA DE COMPENSAÇÃO***”.

Tal regra foi repetida na alínea “c” do item 6.7 da Minuta Contratual.

A priori, necessário enfatizar que a Câmara de Compensação Tarifária - CCT foi definida no subitem III do item 2.1 do Edital e na alínea h do item 1.1 da Minuta Contratual como “*conta da consolidação de receitas e de pagamentos de remuneração das CONCESSIONÁRIAS, destinada à consolidação e compensação de todas as receitas provenientes da arrecadação da TARIFA USUÁRIO, de onde será distribuída a REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS e deduzida a TAXA DE GERENCIAMENTO devida a CETURB-GV*”. Em suma, **a CCT tem a função de promover a remuneração final das concessionárias.**

Assim, as receitas necessárias para a constituição do valor de remuneração das concessionárias, consolidado em CCT, advirão da **arrecadação da tarifa usuário**¹⁴, nela também considerados, enquanto existirem, os **repasses do subsídio**¹⁵ (item 22.2 do edital e item 15.10 da Minuta Contratual).

¹⁴ Conforme inciso XXVI do item 2.1 do edital, repetido na alínea “s” do item 1.1 da Minuta Contratual, **Tarifa Usuário** é o valor da tarifa decretado pelo Estado do Espírito Santo, para utilização do Serviço Público de Transporte Coletivo Urbano Municipal de Passageiros de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal Metropolitano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – TRANSCOL, por usuários comuns ou beneficiários de gratuidades e descontos tarifários custeados pelo Subsídio, enquanto este existir na forma da Lei, atualizado sempre que houver reajuste ou revisão da remuneração da(s) concessionária(s).

¹⁵ Conforme inciso XXV do item 2.1 do edital, repetido na alínea “r” do item 1.1 da Minuta Contratual, **Subsídios** são os valores repassados pelo Governo do Espírito Santo, nos termos da legislação vigente, destinados tanto ao custeio das passagens de usuários beneficiários de gratuidades e benefícios tarifários, quanto para a modicidade dos valores da Tarifa Usuário.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Destaca-se que as receitas decorrentes do pagamento de Tarifa Usuário em espécie auferidas diretamente pelas concessionárias nos ônibus do Sistema e, quando houver, nos terminais de integração e estações de transbordo do Sistema, permanecerão em seu domínio a título de pagamento antecipado, e serão considerados para as consolidações, compensações e repasses da CCT (item 22.2.1 do edital e item 15.11 da Minuta Contratual).

Já os valores oriundos do **repasso do subsídio** e do pagamento da Tarifa Usuário, por intermédio da comercialização de créditos eletrônicos, **serão consolidados na CCT e repassados a cada concessionária**, na forma e na periodicidade definidas no Manual de Procedimentos da CCT, em montante que, acrescido das receitas em espécie auferidas diretamente pela respectiva concessionária, totalize o seu percentual de participação na arrecadação total, num mesmo período (item 22.3 do edital e item 15.12 da Minuta Contratual).

Em relação ao cálculo do valor das parcelas de subsídio, dispõem os arts. 3º e 4º da Norma Complementar n. 003/2014, da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV, das seguintes regras:

Art. 3º. A Gerência de Estudos Econômicos -GECON, sempre no processamento da CCT, calculará o valor das parcelas de subsídio que serão necessárias para complementação da remuneração do custo total de cada Concessionária, na forma disposta na presente norma.

Art. 4º. O valor da parcela do subsídio de que trata o art. 3º da presente norma será o resultado da diferença entre o valor do CUSTO TOTAL de cada concessionária e o valor total de sua respectiva RECEITA EFETIVA, sem a incidência da Taxa de Gerenciamento, acrescida do percentual de evasão e das receitas acessórias.

Inferre-se, portanto, que o valor das parcelas de subsídio é o resultado operação de subtração do custo total de cada concessionária e a sua respectiva receita efetiva.

Assim sendo, cabendo às concessionárias a operação da CCT e, em consequência, apresentar o valor relativo às receitas decorrentes do pagamento da Tarifa Usuário em dinheiro, conclui-se que se delegou à própria concessionária DEFINIR O VALOR DO SUBSÍDIO A SER RECEBIDO POR ELA.

Tratando o subsídio de recurso público, a sua transferência ao agente privado, no caso a concessionária, somente poderá ocorrer mediante regular apuração do respectivo valor por agente público, tal como previsto na Complementar n. 003/2014, da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV.

A regra editalícia/contratual que transfere a operação da CCT a agente privado constitui **aberração normativa**, já que viola todo o instituto da concessão de serviço público, mais especificamente a supremacia do poder concedente, juntamente como os princípios da Administração Pública.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Ao mesmo tempo, importante, ainda, vislumbrar que também foi incluído no objeto da concessão **a administração e operação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica** (item 3.4, alínea “a” do Edital e item 6.7, alínea “a” da Minuta Contratual), perdendo a Administração Pública o completo domínio sobre a demanda e a oferta, não podendo, por conseguinte, aferir corretamente os valores tarifários.

Além disso, consta no Anexo III que “a partir da celebração do contrato, serão atribuições da concessionária a organização operacional e a programação dos serviços no âmbito da sua região de atuação ou lote”, permitindo, assim, ampla liberdade às concessionárias na forma de conduzir suas atividades, decidindo, de tal modo, a respeito dos itinerários e quadro de horários.

Contudo, cabe lembrar que tais atividades operacionais implicam na definição dos custos, tendo por isso reflexos diretos na definição do valor da tarifa e dos subsídios, não podendo o poder concedente dispor dos meios de controle do serviço delegado.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho¹⁶, acerca da supremacia do poder concedente que:

Sendo a concessão um contrato administrativo, constitui característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente. Aliás, se esta é característica dos demais contratos administrativos, em que a relação jurídica se cinge ao Estado e ao particular, com maior razão teria que sê-lo para as concessões, que, como visto, exigem também a participação dos membros da coletividade, não só como destinatários do serviço, mas também como responsáveis pelo pagamento das tarifas.

As regras em questão, a persistir, são graves e potencialmente lesivas ao erário, podendo ocasionar vultosos desvios de recursos públicos, decorrentes de vícios em procedimentos de compensação operado exclusivamente por agente privado, sem controle e atuação estatal.

II.8 – Cláusula restritiva vedatória à participação na licitação de empresas em recuperação judicial

Conforme disposto na alínea “c” do item 4.2 do Edital de Concorrência n. 02/2014, restou vedada a participação de pessoas jurídicas, isoladas ou consorciadas, que estejam em recuperação judicial.

Insta mencionar que o Plenário do E. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo no processo TC n. 6947/2012 já decidiu acerca do tema, de modo a favorecer a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios, conforme se depreende do acórdão infra transcrito:

¹⁶ Ibidem. p. 352.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

ACÓRDÃO TC-001/2013

PROCESSO - TC-6947/2012

INTERESSADO - TRACOMAL TERRAPLENAGEM LTDA

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA

EMENTA

REPRESENTAÇÃO - EXERCÍCIO DE 2012 - PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM LICITAÇÕES - POSSIBILIDADE - PROVIMENTO PARCIAL - DETERMINAÇÕES.

[...]

1. Considerar **parcialmente procedente** a Representação contra a Prefeitura Municipal de Serra, sob a responsabilidade dos Srs. Antônio Sérgio Alves Vidigal, Prefeito Municipal, e, Diocelles Bahiense Moreira, Secretário Municipal, no exercício de 2012;

2. **Determinar** ao atual gestor da Prefeitura Municipal de Serra que:

2.1 Retifique o Edital de Licitação – Concorrência Pública nº. 011/12 – Processo nº 129.014/2012, para suprimir no item 6.1 alínea “c”, a vedação expressa de participação da licitação de empresas sob processo de recuperação judicial;

2.2 Nos termos do art. 52, II c/c art. 69 da Lei 11.101/2005, não existe óbice legal da exigência, por parte da Administração, da certidão de recuperação judicial, sendo que deverá constar na mesma o estado em que se encontra a referida recuperação judicial para que possibilite análise da situação fática/jurídica da empresa;

2.3 As determinações supra repercutam nos Editais de nº 012/12 – Processo nº 131.676/2012; nº 013/2012 – Processo nº 131.677/2012 e nº 014/12 – Processo nº 145.421/2012.

No mesmo sentido, julgado do Tribunal de Contas da União:

ACÓRDÃO Nº 8271/2011 - TCU - 2ª Câmara

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/93; artigo 43, da Lei 8.443/92; c/c os artigos 1º, inciso XXIV; 17, inciso IV; 143, inciso III; 234, § 2º, 2ª parte; 235 e 237, todos do Regimento Interno, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, bem como determinar o seu arquivamento, após o envio de cópia da presente deliberação, acompanhada de reprodução da peça 3 dos autos (instrução de mérito) à representante e à unidade jurisdicionada, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-020.996/2011-0 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Interessado: Tracomal Terraplenagem e Construções Machado Ltda (27.143.007/0001-19)

1.2. Entidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – MT

1.3. Relator: Ministro Aroldo Cedraz

1.4. Advogado constituído nos autos: não há.

1.5. Determinações/Recomendações:

1.5.1. dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e



financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93.

Portanto, trata-se de cláusula restritiva à licitação trazendo sério prejuízo para a ampla concorrência ao certame.

II.9 – Cláusula restritiva vedatória à participação na licitação de microempresas e empresas de pequeno porte

Consta previsto no Edital de Concorrência n. 02/2014, na alínea “h” do item 4.2 a vedação de participação das pessoas jurídicas, isoladas ou consorciadas, que sejam enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte, nos termos do art. 3º da LC n. 123/2006.

Registra-se que o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, no art. 17, inciso VI dispõe que *“não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte [...] que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, exceto quando na modalidade fluvial ou quando possuir características de transporte urbano ou metropolitano ou realizar-se sob fretamento contínuo em área metropolitana para o transporte de estudantes ou trabalhadores”*.

Todavia, necessário enfatizar que a norma supracitada traz a redação dada pela LC n. 147/2014 e que passará a vigor no dia 01/01/2015, na forma do art. 15, inciso I¹⁷.

Na data da elaboração do edital vigorava a previsão de que *“não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte [...] que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros”*.

Não obstante, a proibição acima citada se remete à continuidade do recolhimento de impostos e contribuições na forma simplificada, não sendo uma vedação expressa de tais empresas para participação de licitações de concessões de transporte público de passageiros.

Desse modo, ainda na vigência do normativo revogado já se mostrava absolutamente ilegal o alijamento de tais empresas da licitação, devendo apenas constar exigência no instrumento convocatório no sentido de que a microempresa ou empresa de pequeno porte apresente comprovante de **comunicação à Receita Federal do Brasil**

¹⁷ Art. 15. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, **exceto no que se refere**: I - ao § 14 do art. 3º, **ao inciso VI do art. 17**, ao **caput** e aos §§ 2º, 5º-D, 5º-F, 5º-I, 7º, 13, 14, 16, 17, 18, 18-A e 24 do art. 18, ao inciso I do § 4º do art. 18-A, ao **caput** do art. 19, ao § 3º do art. 20, aos incisos I, II e V do § 4º do art. 21 e ao Anexo VI, todos da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, na redação dada pelo **art. 1º e Anexo Único desta Lei Complementar**, ao **art. 3º** e aos **incisos III a V do art. 16 desta Lei Complementar**, que **produzirão efeitos a partir de 1º de janeiro do primeiro ano subsequente ao da publicação desta Lei Complementar**;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

informando a exclusão do Simples Nacional, na forma do art. 30, inciso II e § 1º, da LC n. 123/2006.

Aliado a isto, convém mencionar que o Tribunal de Contas da União já se posicionou acerca do tema quanto à possibilidade de empresas optantes pelo Simples Nacional, e nas hipóteses elencadas no art. 17 da LC n. 123/2006, participarem de licitações, se comprovada a não utilização dos benefícios tributários na proposta e, no caso de contratação, comunicarem a exclusão do regime diferenciado.

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 56

Colegiado: Plenário

Enunciado: Participação de empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional: 2 ? É possível a participação de empresas optantes pelo Simples Nacional em licitações para contratação de serviços de cessão de mão de obra vedados pela Lei Complementar 123/2006, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que, caso venha a ser contratada, faça a comunicação ao órgão fazendário competente, para fins de exclusão do regime diferenciado, e para que passe a recolher os tributos pelo regime comum

Texto: Outra suposta irregularidade indicada na denúncia relacionada à participação da empresa AP Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Ltda. no Pregão Eletrônico nº 49/2009, promovido pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Santa Catarina - (IFSC), também diretamente ligada ao fato de a LC 123/2006 vedar a opção pelo Simples Nacional por parte de empresas que prestam serviços de cessão ou locação de mão de obra nas áreas de copeiragem e de recepção, seria a assinatura pela empresa AP Serviços com o IFSC de quatro contratos nessas áreas, em consequência de ter vencido itens correspondentes no Pregão Eletrônico nº 49/2009. Em seu voto, o relator concordou que os serviços prestados pela AP Serviços por intermédio dos contratos firmados como o IFSC, realmente não lhe permitiriam a opção pelo regime do Simples Nacional. Todavia, enfatizou que, **de acordo com a jurisprudência do Tribunal, "determinada empresa optante do Simples pode participar de licitações cujo objeto seja a prestação de serviços vedados pela LC nº 123, de 2006, desde que comprovada a não utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e que, caso venha a ser contratada, faça a comunicação ao órgão fazendário competente, para fins de exclusão do regime diferenciado, e passe a recolher os tributos pelo regime comum e não pelo diferenciado - o Simples Nacional -, mais vantajoso"**. Nesse quadro, o TCU orientara suas próprias unidades administrativas que, "na constatação de qualquer situação impeditiva de opção pelo Simples Nacional pelas microempresas ou empresas de pequeno porte contratadas pelas unidades gestoras executoras do TCU, as mesmas deverão ser consideradas excluídas do Simples Nacional, estando sujeitas às retenções de todos os tributos devidos. A situação de impedimento de opção pelo Simples Nacional deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à microempresa ou empresa de pequeno porte contratada, mediante ofício". No caso concreto, verificou o relator, entretanto, não haver indícios que demonstrassem que a condição de optante pelo Simples Nacional tenha acarretado a vitória da empresa AP Serviços em quatro itens do Pregão Eletrônico nº 49/2009, razão pela qual concluiu não confirmada a suspeita de fraude levantada pela denunciante. Por outro lado, entendeu o relator que nada



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

impediria a oportuna fiscalização dos órgãos fazendários competentes, com o fito de verificar se os recolhimentos por parte da empresa ocorreram no regime tributário correto. Por conseguinte, ao considerar a denúncia parcialmente procedente, e de maneira a evitar falha semelhante em futuras contratações do IFSC, votou por que se expedisse alerta à entidade administrativa, para que atente para situações que podem implicar ofensa às disposições da LC 123/2006 e que poderiam resultar em oferta de preços mais baixos em licitações por empresas que se beneficiem de custos menores, em decorrência de serem optantes, de modo indevido, do Simples Nacional. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão 2798/2010, do Plenário. Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 30.03.2011.

Logo, demonstrado está o caráter restritivo da vedação, que vai de encontro com o art. 14 da Lei n. 8.987/1995 e art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.

II.10 – Visita técnica obrigatória

O item 5 do Edital de Concorrência n. 02/2014 traz as seguintes previsões:

5. DA VISITA TÉCNICA

5.1. As LICITANTES deverão realizar visita técnica e apresentar em sua DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO, atestado de visita técnica, fornecido pela SECRETARIA.

5.1.1. As LICITANTES, mediante programação prévia junto à SECRETARIA, deverão realizar visita técnica do respectivo lote em que pretenda participar, objetivando pleno conhecimento da natureza dos serviços.

5.1.1.1. No caso de consórcio, todas as empresas deverão realizar visita técnica.

5.1.1.2. A programação da visita técnica deverá ser agendada diretamente junto à SECRETARIA, na Avenida Nossa Senhora da Penha, 714, Ed. RS Trade Tower, 6º andar – Praia do Canto – CEP: 29055-130 – Vitória – ES, em horário de expediente, com no mínimo 10 (dez) dias de antecedência da data pretendida para sua realização, devendo a visita ser realizada INDIVIDUALMENTE por cada LICITANTE até 5 (cinco) dias úteis antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS. O agendamento deverá ser feito por escrito (carta ou e-mail) com o servidor João Victor de Freitas Espindula. E-mail: cel@setop.es.gov.br.

5.1.1.3. Participará da visita técnica o representante formalmente nomeado de cada empresa.

5.1.1.4. Após a visita técnica, será expedido Atestado de Visita Técnica, pela SECRETARIA, conforme modelo constante do Anexo VI.10 do presente EDITAL, o qual deverá ser juntado pela LICITANTE na DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO, como requisito essencial de participação e habilitação no certame licitatório.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

5.1.1.5. Não serão fornecidos Atestados de Visita Técnica aos proponentes que não apresentarem documento hábil, comprovando ser o representante devidamente credenciado pela **LICITANTE**.

As cláusulas editalícias supracitadas exorbitam os requisitos legais exigidos pelo art. 18 da Lei n. 8.987/1995 e art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, segundo o qual a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a “comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das **condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação**”.

Como se pode observar, a obrigatoriedade de visita técnica não encontra amparo na legislação vigente, devendo ser aplicada como facultativa, sendo um direito do licitante e não uma obrigação. Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se depreende do trecho do voto do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, relator do Acórdão 409/2006:

[...] as empresas que exercerem o direito de vistoria disporão de condições muito superiores para quantificação do valor do serviço, mas **deve ficar à escolha da interessada decidir se prefere arcar com o ônus de tal operação ou assumir os riscos de uma avaliação menos acurada**. O direito à opção é mais relevante no caso de empresas não localizadas em Brasília, para as quais os custos envolvidos em uma vistoria *in loco* podem ser significativos em relação ao total do serviço. [...] Em todo caso, a empresa que decidir não realizar a vistoria e eventualmente, subestimar sua proposta estará incorrendo em risco típico do seu negócio, não podendo, futuramente, opô-lo contra a Administração para eximir-se de qualquer obrigação assumida ou para rever os termos do contrato que vier a firmar. (grifo nosso)

Não bastasse isso, diante da necessidade de agendamento para realização da Visita Técnica, nota-se que não foi dada transparência quanto à amplitude das oportunidades, podendo a Administração optar por uma única data para realização da visita por todos os interessados, o que comprometeria a participação de um maior número de interessados.

É cediço que o Poder Público tem o dever de prever todo o procedimento licitatório no Edital, não podendo se valer de critérios subjetivos para definição de regras a *posteriori*. Assim, para evitar a restrição à ampla participação de interessados, o edital deve trazer expressamente todas as datas fixadas para a realização da visita técnica ou permitir que sejam feitas a qualquer momento, dentro do prazo entre a publicação e a apresentação das propostas, o que melhor atender à conveniência administrativa.

Ademais, não explicita o edital qual deverá ser o procedimento que o interessado deverá adotar caso não consiga efetuar o agendamento por motivo, por exemplo, de falta de servidor.

Por essa razão, o Tribunal de Contas da União tem aceitado, para cumprimento do teor do art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/1993, “**a substituição do atestado de visita técnica por declaração formal assinada pelo responsável técnico**”, sob as



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

penalidades da lei, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade por esse fato e informando que não o utilizará para quaisquer questionamentos futuros que ensejem avenças técnicas ou financeiras com o DNIT” (TCU, Acórdão n. 1.174/08, Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguir, DOU, 24 jun. 2008), em face de não haver comprometimento da competitividade do certame, conforme art. 3º, § 1º, inciso I, do mesmo dispositivo legal. Ou, ainda, determinado ao Órgão que “abstenha-se de estabelecer, em licitações que venham a contar com recursos federais, cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, **sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para execução do objeto**” (TCU, Acórdão n. 1.599/08, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU, 14 jul. 2010).

Noutra banda, esta mesma Corte de Contas tem admitido a exigência de visita técnica obrigatória nas seguintes hipóteses:

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 220

Colegiado: Plenário

Enunciado: 3. A exigência de visita técnica antes da licitação é admitida, desde que atendidos os seguintes requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade da visita; (ii) não imposição de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra; e (iii) não seja estabelecido prazo exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados.

Texto: Pedidos de Reexame interpostos por prefeito municipal e membros de comissão de licitação requereram a reforma de deliberação do TCU pela qual os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa em razão de irregularidades em concorrência pública, dentre elas a exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável por sua execução em datas pré-definidas, sem demonstração da imprescindibilidade do procedimento, em desconformidade com os arts. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e 30, inciso III, da Lei 8.666/1993?. Os recorrentes arguíram, em síntese, que a exigência não ocasionara dano, sendo indispensável à boa execução da obra?. Alegaram, ainda, que havia previsão expressa no edital das datas em que ocorreriam tais visitas, o que propiciou às empresas tempo hábil para agendamento?. Ao analisar o ponto, o relator, alinhado à análise da unidade técnica, rejeitou os argumentos apresentados, destacando que os recorrentes nem sequer tentaram demonstrar a imprescindibilidade do procedimento?. Em seguida, reiterando o exame realizado pelo relator a quo, ressaltou que **a exigência de visita técnica é admitida, desde que atendidos três requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade da visita, cuja falta de comprovação fere outros valores legais que necessitam ser preservados, como a competitividade, a moralidade e a isonomia; (ii) não imposição de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra, por ser essa incompatível com a legislação, além de impor ônus desnecessário aos licitantes e restrição injustificada à competitividade do certame (acórdãos 2.543/2011, 2.583/2010 e 1.264/2010, todos do Plenário); e (iii) não seja estabelecido prazo exíguo para os licitantes vistoriarem os diversos locais onde os serviços serão executados, pois isso importa em restrição ao caráter competitivo do certame (acórdão 890/2008-Plenário)?**. Considerando que os recorrentes não comprovaram o atendimento de tais requisitos para a exigibilidade da visita, cujo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

prazo fixado foi de apenas dois dias, o Tribunal, seguindo o voto da relatoria, em razão dessa e de outras irregularidades, manteve a sanção imposta aos responsáveis. Acórdão[[endnoteRef:3](#)]2826/2014-Plenário, TC [008.674/2012-4](#), relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 22/10/2014. [3: Link não disponível até o fechamento deste número. Tão logo possível, o link será inserido em nova versão.

No caso, mostra-se **inadequada, desnecessária e desproporcional a exigência** de realização de visita técnica obrigatória no respectivo lote¹⁸ em que pretenda participar a licitante, uma vez que as 166 linhas relativas ao Lote 1 e as 173 referentes ao Lote 2 estão todas devidamente discriminadas no Anexo II.2, não sendo absolutamente indispensável para a realização das propostas que os interessados as percorram em toda a sua extensão.

Destaca-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União tem expedido determinações no sentido de que a Administração **“estabeleça prazo adequado para a sua realização, [...] para assegurar que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas”**¹⁹.

No caso, não fosse o bastante exigir visita técnica sem amparo legal, nota-se no edital exíguo prazo para a sua concretização, haja vista que o Aviso da Licitação foi publicado no Diário Oficial de 12 de março de 2014, constando a data de 29 de abril de 2014 para a entrega da documentação de habilitação e das propostas. Ao mesmo tempo, o item 5.1.1.2 do Edital de Concorrência dispõe que a **visita a 166 linhas do Lote 1 e a 173 linhas do Lote 2** deverá ser agendada com no mínimo dez dias de antecedência da data pretendida – a partir do dia 22 de março de 2014 (no mínimo), devendo ser realizada até cinco dias úteis antes da data estabelecida para entrega da documentação, ou seja, até 22 de abril de 2014, é dizer, em 30 (trinta) dias.

Portanto, as exigências constantes nos itens 5.1, 5.1.1, 5.1.1.2 e 5.1.1.4 do Edital restringem o caráter competitivo da licitação, nos termos do art. 14 da Lei n. 8.987/1995 e arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

II.11 – Ausência de critério objetivo para desclassificação das Propostas Financeiras

Extrai-se da leitura do item 11.2 do Edital de Concorrência n. 02/2014 a seguinte redação:

11.2. Serão desclassificadas as PROPOSTAS FINANCEIRAS que não atenderem às exigências do Anexo IV, que não observarem o valor máximo do respectivo Lote, ou cujo estudo de viabilidade econômico-financeira seja manifestamente inexecutável, financeiramente incompatível, ou que possua informações incompatíveis com os dados fornecidos no presente **EDITAL** e seus anexos.

¹⁸ Conforme expresso no inciso XVI do item 2.1 do Edital de Concorrência n. 02/2014, Lote é a “área geográfica correspondente ao objeto da concessão titularizada por cada **CONCESSIONÁRIA**, compreendendo todas as linhas atuais, definidas no Anexo II do presente **EDITAL** para início da operação dos serviços licitados, e as futuramente criadas, modificadas ou incorporadas na forma estabelecida no presente **EDITAL**.”

¹⁹ TCU, Acórdão 906/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 23.04.2012.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Todavia, não é possível vislumbrar no Edital, e em nenhum dos seus anexos, a definição objetiva do termo “inexequível”, o que vai de encontro com as normas que envolvem a licitação, mais especificamente ao princípio do julgamento objetivo.

Expõe José dos Santos Carvalho Filho²⁰ que o princípio do julgamento objetivo “*consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital devam ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim qualquer surpresa para os participantes da competição*”.

Desta forma, almejou o legislador a vinculação plena às disposições editalícias, não restando poder às decisões carregadas de subjetivismos.

Assim, é ilegal cláusula que permite a desclassificação de licitante com base em critério vago, por revelar total afronta ao art. 3º da Lei n. 8.666/193 e art. 14 da Lei n. 8.987/1995.

II.12 – Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações exigidas à qualificação técnica

Observa-se do item 12.4 do Edital de Concorrência n. 02/2014 a necessidade de apresentação de uma série de atestados, para fins de comprovação de qualificação técnica, senão vejamos:

12.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

12.4.1. Capacidade técnica operacional – A LICITANTE deverá apresentar atestado emitido em seu nome, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, em linhas urbanas, municipais ou intermunicipais de característica metropolitana, em quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.

12.4.1.1. Considera(m)-se pertinente(s) e compatível(eis) com o objeto da presente licitação o(s) serviço(s) anterior(es), cujos quantitativos totalizem frota atual (ou existente na data de assinatura do atestado), composta por veículos do tipo miniônibus e/ou ônibus, correspondente a, no **mínimo, 50%** (cinquenta por cento) do número de veículos da frota inicial prevista no presente EDITAL (Anexo 11) para operação do lote proposto pela LICITANTE.

12.4.1.2. Caso a prestação de serviço tenha sido realizada por subconcessão, o atestado fornecido pela subconcedente deverá ser homologado pelo respectivo Poder Concedente, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei Federal no 8.987/95.

²⁰ Ibidem. p. 235.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

12.4.1.3. O atestado deverá ser apresentado em nome da LICITANTE, por se tratar de comprovação de experiência técnico-operacional, sendo vedada a apresentação de atestados em nome de sócios ou responsáveis técnicos da proponente;

12.4.1.3.1. O atestado deverá informar o local, a natureza, o quantitativo e o tipo de veículos da frota utilizada na prestação do respectivo serviço, bem como assinalar o prazo pela qual a LICITANTE presta ou prestou o serviço.

12.4.1.4. De forma anexa a cada atestado, deverá ser apresentada declaração da LICITANTE, informando o nome, cargo, endereço e telefone de funcionário do órgão emitente do atestado que possa prestar, caso necessário, esclarecimentos sobre o documento, em caso de diligência da **COMISSÃO**.

12.4.1.5. Tratando-se de CONSÓRCIO, a comprovação referida no item 12.4.1 e seus subitens deverá ser feita pelo somatório dos quantitativos representados nos atestados de cada uma das suas consorciadas, na proporção do percentual de participação de cada uma no CONSÓRCIO.

12.4.1.6. Para atendimento dos quantitativos definidos no item 12.4.1 será admitida a soma ilimitada de atestados da LICITANTE ou de empresas consorciadas, desde que atendam as exigências de conteúdo definidas nos itens anteriores.

12.4.2. Capacidade técnica profissional - A LICITANTE deverá **comprovar possuir, em seu quadro técnico, na data da entrega da proposta, profissional de nível superior, responsável técnico pela operação dos serviços e manutenção dos ônibus perante a Concedente durante a execução do contrato.**

12.4.2.1. O responsável técnico indicado poderá ocupar a posição de diretor, sócio ou integrar o quadro permanente do licitante na condição de empregado ou de prestador de serviços, devendo ser comprovada sua vinculação com o licitante, até a data da apresentação dos documentos de habilitação, por meio de carteira de trabalho e previdência social (CTPS), contrato de prestação de serviços, ficha de registro de empregado, cópia da Ata da Assembleia referente à sua investidura no cargo ou contrato social, conforme o caso.

12.4.2.2. O contrato de prestação de serviços que se refira à obrigação futura do profissional em responder tecnicamente pelo licitante deverá especificar sua vinculação à execução integral do serviço objeto desta licitação.

12.4.2.3. Em caso de consórcio, a comprovação de que trata o item 12.4.2 poderá ser feita por qualquer das empresas que o integrem.

12.4.2.4. Na hipótese de desligamento do responsável técnico no curso do contrato, deverá ele ser imediatamente substituído por outro, mediante prévia anuência do CONTRATANTE, atendidas as mesmas condições previstas nos itens anteriores.

12.4.2.5. No caso de dois ou mais licitantes indicarem um mesmo profissional como responsável técnico todos serão inabilitados.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

12.4.3. Para fins de qualificação técnica, a licitante deverá apresentar compromisso de disponibilidade de imóvel(eis) destinado(s) à instalação de garagem(ns) para execução do serviço licitado, pelo período de vigência do contrato de concessão, conforme Modelo do Anexo VI.4 do presente EDITAL.

12.4.3.1. As LICITANTES vencedoras deverão disponibilizar e adequar o(s) imóvel(eis) destinados à(s) garagem(ns) às condições técnicas mínimas exigidas no Anexo 11.4 do presente EDITAL, até a data de início da operação dos serviços, sob pena de rescisão do contrato, por caducidade.

12.4.4. Para fins de qualificação técnica, a licitante deverá apresentar declaração de disponibilidade da frota necessária ao início da operação, nos termos exigidos no presente EDITAL, conforme modelo do Anexo VI.3.

12.4.4.1. A frota a ser utilizada ao longo da concessão não poderá ser composta por veículos com idade individual superior a: (i) nas categorias miniônibus, midiônibus e ônibus básico, 10 (dez) anos e (i i) nas categorias padron, articulado e biarticulado, 12 (doze) anos.

12.4.4.1.1. Para aferição da idade de cada veículo, ao longo da vigência do CONTRATO DE CONCESSÃO, será adotada a seguinte fórmula:

$$IV = AC - AM$$

Sendo,

IV= Idade do Veículo, em número de anos.

AC= Ano em curso (exemplo: 2013 ou 2014).

AM= Ano modelo do veículo (exemplo: 2010 ou 2011}, conforme previsto no Certificado de Registro do Veículo (CRV ou CRL V).

12.4.4.2. A frota a ser utilizada ao longo da concessão não poderá ser composta por veículos com idade média superior a: (i) nas categorias miniônibus, midiônibus e ônibus básico, 4 (quatro) anos e (ii) nas categorias padron, articulado e biarticulado, 6 (seis) anos.

12.4.5. A LICITANTE deverá apresentar declaração, conforme Modelo do Anexo V1.2 do presente EDITAL, comprometendo-se, caso vencedora da licitação, a fornecer e instalar os equipamentos necessários ao funcionamento dos Sistemas de Bilhetagem Eletrônica, Monitoramento e Vigilância de Frota por Videomonitoramento até a data de início da operação, atendendo a todas as exigências definidas nos Anexos 11.5 e 11 .6 do presente edital.

12.4.6. A LICITANTE deverá apresentar atestado comprovando a realização de visita técnica, fornecido pela SECRETARIA, conforme estabelecido no item 5.1.1.4 do presente EDITAL.

Contudo, a Lei de Licitações dispõe que as exigências relativas ao inciso II do art. 30²¹ devem se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto

²¹ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

da licitação, garantindo-se, assim, pertinência entre o objeto licitado e o que é necessário comprovar.

Nas palavras de Marçal Justen Filho²²:

Segue-se o disposto no art. 30 da Lei nº 8.666.

É insustentável exigir comprovação de execução de obras ou serviços de complexidade superior ao objeto licitado. **Aliás, nem se pode exigir execução de objeto exatamente idêntico àquele licitado.** Assim, por exemplo, para comprovar idoneidade para operar serviço de água e esgoto para cem mil habitantes, não é necessário que o sujeito tenha experiência em sistema exatamente idêntico. Para administrar sistema de transporte urbano de vinte e mil passageiros não é imprescindível experiência anterior de igual dimensão.

A quantidade de itens a serem apresentados e, especificamente, a necessidade de demonstração do desempenho da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, exclusivamente, **em linhas urbanas, municipais ou intermunicipais de característica metropolitana**, compromete o caráter competitivo da licitação e à igualdade de participação entre os licitantes, fugindo da razoabilidade exposta no regramento.

Neste sentido, necessário transcrever julgados do Tribunal de Contas da União:

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 175

Colegiado: Plenário

Enunciado: 3. Nas contratações de obras e serviços, as exigências de qualificação técnica devem admitir a experiência anterior em obras ou serviços de características semelhantes, e não necessariamente idênticas, às do objeto pretendido.

Texto: Representação versando sobre a gestão de contratos no âmbito da Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) no Estado do Paraná apontara, dentre outras irregularidades, restrição ao caráter competitivo em dois editais de licitação, decorrente da exigência de que as empresas apresentassem atestados exclusivos de execução de "Concreto Betuminoso Reciclado em Usina de Asfalto", quando a comprovação de "know-how" em CBUQ (concreto betuminoso usinado a quente) convencional habilitaria as empresas a realizarem os serviços licitados (CBUQ reciclado). Em sede de análise de audiência, a unidade técnica rejeitou as justificativas do órgão ao concluir que "a execução do CBUQ reciclado não envolve tecnologia específica e inusitada, uma vez que os próprios normativos do Dnit disciplinadores da matéria não destacam procedimentos a demandar capacitação diferenciada nesse sentido...". O relator, endossando as conclusões da unidade técnica, anotou que "os editais atraíram apenas três e quatro empresas, respectivamente, alijando

[...] II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

²² Ibidem, p. 226.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

outras três...". Ressaltou que, **nos termos do art. 30, §1º, inciso I e §3º, da Lei 8.666/93, as exigências de qualificação técnica devem admitir a experiência anterior em obras ou serviços de características semelhantes, e não necessariamente idênticas, às do objeto pretendido.** O Tribunal, acolhendo a proposta do relator, decidiu, em relação ao ponto, aplicar multa aos responsáveis por grave infração à norma legal. Acórdão 2914/2013-Plenário, TC 001.359/2009-2, relator Ministro Raimundo Carreiro, 30.10.2013.

Número do Informativo de Licitações e Contratos: 137

Colegiado: Plenário

Enunciado: 1. **A demonstração da capacidade técnico-operacional de execução de serviços deve-se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**

Texto: Representação apontou possíveis irregularidades nas Concorrências 0609/2010, 0003/2011 e 0004/2011, conduzidas pela Superintendência Regional do Dnit no Estado do Espírito Santo, destinadas à construção de passarelas metálicas nas rodovias BR-262/ES e BR-101/ES. Destaquem-se, entre as aventadas irregularidades, as exigências de demonstração de capacidade de execução dos serviços "Steel Deck MF-50" e "Gradil ? fornecimento e assentamento de gradil" como requisitos de qualificação técnico-operacional das licitantes, o que teria afrontado o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, no art. 2º da Portaria DG 108/2008 e no parágrafo único do item "c" da Instrução de Serviço 004/2009, ambas do Dnit, bem como a orientação contida na Súmula - TCU - 263. Após examinar as razões de justificativas dos responsáveis ouvidos em audiência, o **Relator ressaltou que "a jurisprudência do TCU é pacífica e inequívoca no sentido de que a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes deve se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado"**, o que não ocorreu nas referidas concorrências. Observou que os mencionados serviços "contemplavam valores inexpressivos perante o custo total das obras". Lembrou que apenas uma única empresa fora habilitada naqueles três certames e que as outras empresas foram inabilitadas por não cumprirem tais requisitos. Ressaltou que os objetos licitados merecem ser considerados comuns. Acrescentou que as citadas exigências afrontaram as disposições contidas nos normativos do próprio Dnit (Portaria DG 108/2008 e Instrução de Serviço 004/2009), que estabeleciam mínimo de representatividade financeira da ordem de 4% para permitir sua caracterização como serviço relevante para efeito de qualificação técnico-operacional. E que outras unidades do Dnit, ao lançarem edital para construção de passarelas, que também demandavam o uso da tecnologia Steel Deck não incluíram esse serviço como item que demandava demonstração de capacidade técnica para executá-lo. Concluiu, por esses motivos, que restou configurada efetiva restrição ao caráter competitivo daqueles certames. O Tribunal, então, em razão dessa e de outras irregularidades, decidiu apenar os responsáveis com multa do art. 58 da Lei 8.443/1992. Acórdão 31/2013-Plenário, TC 005.410/2011-8, relator Ministro Aroldo Cedraz, 23.1.2013.

Aliás, o enunciado sumular n. 263 do Tribunal de Contas da União esboça de forma veemente a necessidade de que as exigências habilitatórias se refiram às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, admitindo-se a experiência anterior em obras ou serviços de características semelhantes.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Súmula nº 263 de 19/01/2011: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Destarte, indevida a desconsideração de experiência de prestação de serviços de transporte de passageiros em linhas intermunicipais e interestaduais fora do âmbito urbano.

Da mesma forma, é desproporcional e desarrazoada a exclusão da prestação de serviços de transporte de passageiros em linhas que englobem municípios diversos que não integram região metropolitana, mas que fazem parte de uma aglomeração urbana, entendida como agrupamento de municípios limítrofes de urbanização contínua, ou de uma microrregião, que diz respeito a municípios limítrofes, sem continuidade urbana, mas que apresentam o mesmo complexo geoeconômico e social.

A prestação do serviço de transporte no contexto da aglomeração urbana e da microrregião é de idêntico teor àquela da região metropolitana e não pode ser diferenciada para fins de qualificação técnica, haja vista que em quaisquer das três hipóteses poderá ser demonstrada a capacidade da concessionária em executar o serviço para um mesmo volume de pessoas, em locais de características similares, segundo os mesmos meios, não justificando, portanto, tal restrição editalícia.

Lado outro, mostra-se perniciosa a redação exposta no item 12.4.1.6 que admite a soma ilimitada de atestados para comprovação da exigência disposta no item 12.4.1, uma vez que não revela a concreta capacidade técnica-operacional, o que possibilitando a admissão no certame de licitantes não habilitados.

A respeito disto, registra-se a inteligência de Marçal Justen Filho²³:

7.8.3.2. O somatório de atestados

Questão tradicional é a do somatório de atestados. Surge quando um licitante não conseguir evidenciar, em uma única contratação, o preenchimento dos requisitos exigidos no ato convocatório. **Pretende-se, então, somar diferentes obras e serviços. Questiona-se a possibilidade e parece que o problema tem sido mal colocado.**

A qualificação técnico-operacional consiste na execução anterior de objeto similar àquele licitado. Ora, isso significa que a identidade do objeto licitado é que determina a possibilidade ou não de somatório. Dá-se um exemplo: **uma ponte de mil metros de extensão não é igual a duas pontes de quinhentos metros. Muitas vezes, a complexidade do objeto licitado deriva de certa dimensão quantitativa. Nesses casos, não terá cabimento o somatório de contratações anteriores. Já haverá outros casos em que a questão não reside numa**

²³ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 447.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

contratação única, mas na experiência de executar certos quantitativos, ainda que em oportunidades sucessivas. Enfim, a solução deverá ser encontrada a partir da natureza do objeto licitado.

Resta, na espécie, patente a afronta ao art. 14 da Lei de Concessões de Serviços Públicos e art. 3º, § 1º, inciso I da Lei de Licitações.

II.13 – Obscuridade/complexidade da fórmula para cálculo da tarifa

Restou estipulado no item 22, e seus subitens, do Edital ora analisado as disposições acerca da remuneração da concessão; tais previsões encontram-se expostas também na Minuta Contratual na Cláusula XV.

Insta ressaltar que os detalhamentos e as fórmulas matemáticas para os cálculos da Tarifa Usuário, da remuneração das Concessionárias e dos percentuais da CCT constam do Anexo VIII do Edital (item 22.1.7 do Edital de Concorrência n. 02/2014).

Todavia, o que se encontra no anexo acima citado é uma série de complexas fórmulas matemáticas, restando vislumbrada a clara intenção da Administração Pública de obstaculizar a obtenção de dados imprescindíveis para o controle dos valores estipulados para a tarefa.

O modelo de cálculo da tarifa e remuneração, que deveria ser pontual e transparente, com cálculos simples, compreensíveis e confiáveis, passa a ser complexo e obscuro, caminhando na direção da famosa “Caixa Preta”, o que é inadmissível.

Além disso, pertinente mencionar que o item 16.2 da Minuta Contratual traz fórmula para o cálculo do reajuste do preço/Km de referência para a remuneração da concessionária, **obstaculizando as atividades do Conselho Gestor dos Sistemas de Transportes Públicos Urbanos de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – CGTRAN/GV e indo de encontro com a redação do inciso III do art. 5º da Lei n. 9.5757/2011**²⁴.

II.14 – Assunção de riscos pelo Poder Concedente

Constata-se da Cláusula XI, itens 11.1 e 11.2, da Minuta Contratual, hipóteses de assunção dos riscos pelo Poder Concedente:

11.1. O CONCEDENTE assumirá o risco de redução da quantidade de passageiros pagantes em relação aos números apresentados no **PROJETO BÁSICO**, promovendo o ajuste do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso, nos termos deste **CONTRATO**.

²⁴ **Art. 5º** Compete ao CGTRAN/GV deliberar sobre os seguintes assuntos: [...] **III** - planilhas de custo dos serviços de Transportes Públicos Urbanos de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória, gerenciado pela Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURG/GV.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

11.2. Não se constitui risco a ser assumido pela **CONCESSIONÁRIA** o desequilíbrio econômico-financeiro do **CONTRATO** causado por conduta comissiva do **CONCEDENTE** ou por qualquer evento em razão do qual a Lei ou o presente **CONTRATO** assegure a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da **CONCESSÃO**.

Todavia, dispõe o inciso II do art. 2º da Lei n. 8.987/1995 que a concessão de serviço público é “*a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*”.

Deste modo, deveria a Administração Pública transferir para as concessionárias os riscos inerentes às atividades por elas prestadas, exceto se demonstrado falha grave no projeto básico que tenha interferido diretamente na formulação da proposta.

II.15 – Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação

Colhe-se da leitura da Cláusula XXV, item 25.2, da Minuta Contratual a previsão de transferência de direitos e obrigações da exploração de linhas a empresas estranhas à contratação, conforme se vê abaixo:

CLÁUSULA XXV – DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO

[...] 25.2. **A CONCESSIONÁRIA não poderá, no todo ou em parte, transferir a concessão ou o seu controle societário, nem realizar fusão ou cisão, salvo quando houver expressa e prévia anuência do CONCEDENTE**, sob pena de caducidade da concessão, nos termos do artigo 27 da Lei Federal 8.987/95.

A previsão de transferência total ou parcial da concessão viola o art. 175 da Constituição Federal²⁵.

Não obstante, a previsão editalícia/contratual encontra-se em consonância com a disposição inserta no art. 27, “*caput*” e § 1º, da Lei Federal n. 8.987/1995 e no art. 27, “*caput*” e parágrafo único da, Lei Estadual n. 5.720/1998, *verbis*:

Lei n. 8.987/1995

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

- I** - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
- II** - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

²⁵ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos. (grifo nosso)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Lei n. 5.720/1998

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata este artigo o pretendente deverá:

- I - Atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço;
- II - Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

As normas legais acima citadas carregam autorização diversa para a concessão da prestação de serviços públicos, sem deflagração de procedimento licitatório, fato que as maculam da pecha da inconstitucionalidade por afronta direta ao art. 175 da Constituição Federal.

Acerca do assunto o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se manifestou na Consulta n. 837.532, publicada na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abril/maio/junho 2011, vol. 79, n. 2, ano XXIX²⁶, nos seguintes termos:

CONSULTA N. 837.532

EMENTA: CONSULTA — MUNICÍPIO — CONTRATO PÚBLICO — TRANSFERÊNCIA DOS DIREITOS DO CONTRATADO PARA TERCEIROS — IMPOSSIBILIDADE — PREVISÃO EDITALÍCIA EM CONTRÁRIO — PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL — INEXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE.

É vedado transferência dos direitos do contratado a terceiros nos casos em que houver previsão editalícia proibitiva, não havendo margem para discricionariedade do administrador, em razão do princípio da vinculação ao edital. **(Na ADI n. 2.946-1, questiona-se a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n. 8.987/95 face ao art. 175 da CF/88, que prevê a obrigatoriedade de certame licitatório para concessão ou permissão de serviço público, devendo se estender a exigência aos casos em que for admitida a transferência total do objeto da concessão para terceiros.)**

[...] Como se vê, pela simples leitura dos dispositivos transcritos, há evidente falta de coerência nos comandos que estatuem. **No art. 26, fica patente a obrigatoriedade de realização de concorrência para que se possa subconceder, isto é, para os casos de delegação de parte do objeto da concessão, haja vista o teor do seu § 1º. Lado outro, o art. 27, ao referir-se à transferência da concessão, ou seja, à entrega integral do objeto da concessão, exige tão somente a anuência prévia do poder concedente, atendidos os requisitos que especifica, nada dispondo sobre a necessidade de licitação. Ora, de nenhum sentido afigura-se a leitura combinada dos dois dispositivos legais, uma vez que consagram norma mais severa para a transferência parcial da concessão, qual seja, a realização de prévia**

²⁶ Disponível no endereço eletrônico: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1241.pdf> (05/12/2014).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

concorrência, exigindo a simples anuência do poder concedente para os casos de transferência total.

Essa incongruência foi motivo de crítica por parte de administrativistas de escol, haja vista, notadamente, flagrante desrespeito à norma estabelecida na Constituição da República, em seu art. 175, cuja regulamentação buscou a lei em apreço. Isso porque, nos termos do indicado preceptivo constitucional,

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos (grifo nosso).

Para Bandeira de Mello,

Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, *com ou sem* a concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, **admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.**

Sem embargo, a Lei n. 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 676-677)

No mesmo sentido é o magistério de Diógenes Gasparini,

[...] para essa operação, regulada pelo art. 27 não é exigida concorrência, basta que o interessado atenda às 'exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço' e se comprometa a 'cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor'.

Essa transação em termos tão simples é, no mínimo, contraditória, na medida em que é exigida a concorrência para a subconcessão, que é o menos em relação à transferência [...] (GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 619).

Di Pietro, na esteira do pensamento dominante na doutrina, também expressa seu inconformismo em relação ao teor do mencionado art. 27:

A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei n. 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, [...].



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição (DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 279).

A inconstitucionalidade do art. 27 em comento foi questionada por meio da ADI 2.946-1, proposta pelo Procurador-Geral da República, com espeque no art. 175 da CR/88, o qual prevê, expressamente, a obrigatoriedade de certame licitatório para concessão ou permissão de serviço público. Referida ADI encontra-se aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ainda que exista na Lei n. 8.987/95 possibilidade de transferência da concessão a terceiro, essa norma tem que ser interpretada no bojo do complexo normativo que rege a matéria, especialmente, à luz de preceitos constitucionais que exigem a realização de prévio procedimento licitatório e respeito a princípios fundamentais, como o princípio da isonomia, bem assim daqueles que regem a conduta administrativa. De outro modo, não há como pretender sua aplicação, porquanto padeceria de inconstitucionalidade.

Soma-se a isso o fato de existir *previsão editalícia em contrário*, como aventado na situação hipotética levantada pelo consulente. Tal previsão, por si só, já seria o bastante para coibir o procedimento visado. Isso porque o princípio da vinculação ao edital é algo insuperável, visto que é o edital o fundamento de validade de todos os atos praticados no procedimento licitatório, o que inclui o próprio contrato, que dele deriva. Esse princípio, que se acha expresso no art. 41 da Lei n. 8.666/93, encontra-se presente, de igual forma, em normas da Lei n. 8.987/95, merecendo destaque os seguintes dispositivos:

[...] Não há na situação hipotética consultada, pois, espaço à discricionariedade administrativa, ainda que não houvesse a pecha de inconstitucionalidade da norma constante no art. 27 da Lei n. 8.987/95. (grifos nossos)

Cabe destacar, ainda, que o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 100130013418, julgada em 31/10/2013, declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 8.176/2011 que previa a transferência direta de permissão para terceiros, vejamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL DE VITÓRIA Nº 8.176/2011 ¿ TRANSFERÊNCIA DE PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO ENTRE FAMILIARES - FALTA DE LICITAÇÃO PRÉVIA ¿ INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA.

1 - Permissão de uso de bem público é *ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público*. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14 ed. São PAULO: Malheiros, 2002, p. 784).

2 - O artigo 175 da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de licitação para a permissão de qualquer serviço público, tendo sido tal matéria regulamentada pela Lei nº 8.666/93.

3 - A Lei Orgânica Municipal, por sua vez, regula, no artigo 28, que *“A concessão administrativa dos bens públicos de uso especial e dominical far-se-á mediante contrato precedido de autorização legislativa e concorrência, dispensada esta, na*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidades assistenciais, ou quando houver interesses públicos relevante, devidamente justificado.

4 - **Devem ser obedecidos os princípios básicos da administração pública, da moralidade, da legalidade, da impessoalidade e do interesse público, sendo obrigatório, portanto, a realização do procedimento licitatório, de modo que a transferência da permissão de uso das bancas de jornal e revistas ou flores deve ser precedida de licitação.**

5 - **É vedada a transferência direta do permissionário para terceiros e, no caso de revogação ou extinção da permissão de uso, o bem deve retornar à esfera da administração pública, para realização de novo certame.**

6- A permissão de uso de bem público é ato administrativo de caráter *intuitu personae*, não devendo, portanto, ser transferido a terceiros como um direito sucessório, conforme disposto na lei municipal em análise, a qual dispõe, em seu art. 76, §2º, que ocorrido falecimento do permissionário, seu cônjuge, ou na falta ou desistência deste, os filhos maiores, os pais ou os irmãos do permissionário, na ordem mencionada, poderão prosseguir na exploração do ponto, com os mesmos direitos e obrigações do sucedido.

7 *ç* De outra parte, importante acrescentar que a maioria das concessões e permissões são outorgadas em caráter oneroso, constituindo fonte de receita do Município, que, no caso, se veria privado dessa fonte de receita, afora a já citada violação ao princípio da isonomia na concessão de outorgas, que neste caso passaria a ser gratuita, já que em caráter sucessório, com claro retrocesso às épocas imemorais, quando as funções e outorgas públicas se davam entre parentes (hereditariamente).

8 *ç* Julga-se procedente o pedido e declara-se, com efeitos *ex tunc* e *eficácia erga omnes*, a inconstitucionalidade material da Lei Municipal nº 8.176/2011.

(ADI n. 100130013418 – Tribunal Pleno, Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, DJ 31/10/2013).

Ressalte-se que entendimento distinto culminaria em admitir a mercância do direito de prestar serviço público, ensejando no repasse da concessão a um terceiro perdeu ou sequer disputou o certame.

Verifica-se, portanto, às escâncaras, o antagonismo das legislações ora questionadas, em afronta ao artigo 175 da Constituição Federal, norma reproduzida de forma simétrica no art. 210, da Constituição Estadual, **razão pela qual deve ser instaurado incidente de inconstitucionalidade, com fulcro no enunciado sumular n. 347 do STF, arts. 176 e 177 da LC n. 621/12 e arts. 332 e 333 da Resolução TC 261/2013, para negar exequibilidade ao art. 27, “caput” e parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.720/1998, que possibilita a transferência da concessão para terceiros, sem prévia licitação.**

Não obstante, importante trazer lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁷ no sentido de que os juristas não reputam o dispositivo inconstitucional, mas, por meio de uma interpretação sistemática, harmonizem-no com o texto constitucional, chegando ao entendimento de que é necessária a deflagração de licitação no caso de transferência de concessão, de modo que, haja que não haja negativa de execução às leis acima citada, permanecerá o vício editalício/contratual ora apontado.

²⁷ In Concessão de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25.



II.16 – Ausência de cláusulas essenciais do contrato do concessão

Em apreciação às cláusulas inseridas na Minuta Contratual não é possível encontrar previsão relativa à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária, restando violado, deste modo, o inciso XIV do art. 23 da Lei n. 8.987/1995.

III - DA MEDIDA CAUTELAR

Consoante aduzido nesta representação o contratação de concessão **outorgou poderes às concessionárias para definir, na prática, o valor das parcelas dos subsídios que elas próprias perceberão do Estado**, já que elas passaram, desde a celebração do contrato, a operar a CÂMARA DE COMPENSAÇÃO, o que antes era atribuição da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV.

Esta regra possibilita o controle das concessionárias sobre os valores a ser recebidos do Estado a título de subsídio, o que **expõe o erário a risco de dano**, já que erros ou falsas informações de demanda e ou de oferta podem implicar graves consequências, tais como desfalque ou desvio de dinheiro público e prejuízos aos usuários do sistema TRANSCOL ou mesmo prestadores privados de serviços.

Há, portanto, fundado receio de grave lesão ao erário, a exigir a adoção de medida cautelar por parte desse Tribunal de Contas, de maneira a garantir a lisura de tais gastos, o que deve ser adotado imediatamente, haja vista que os contratos estão em plena execução, de modo a determinar ao Poder Concedente a reassunção da operação da câmara de compensação, por meio da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/2012 c/c artigos 181 e 182, inciso IV, do RITCEES e art. 3º da Res. TC n. 266/2013;

2 – LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV, 124 e 125, II, da LC n. 621/2012, a concessão de **medida cautelar inaudita altera parte**, determinando-se à Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP que reassuma **a operação da CÂMARA DE COMPENSAÇÃO**, imediatamente, por meio da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV, nos termos da Norma Complementar n. 003/2014, até decisão final sobre o mérito da representação;

3 – a oitiva das partes, para que se pronuncie no prazo a que se refere o § 4º do art. 125 da LC n. 621/12 e posterior remessa dos autos à Unidade Técnica para instrução do feito;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

4 – sejam notificados **CONSÓRCIO SUDOESTE** e **CONSÓRCIO ATLÂNTICO SUL** para, querendo, requerer o ingresso no processo, conforme art. 294 do RITCEES;

5 – NO MÉRITO:

5.1 - na forma dos arts. 176 e 177 da LC n. 621/12 e arts. 332 e 333 do RITCEES, seja instaurado **incidente de inconstitucionalidade**, para negar exequibilidade ao parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.248/2002 e art. 27, “*caput*” e parágrafo único, da Lei Estadual n. 5.720/1998;

5.2 - seja provida a presente representação para que seja declarada a nulidade do Edital de Concorrência n. 02/2014 e das consectárias contratações, **determinando-se**, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c arts. 1º, XVI, e 111 da LC n. 621/2012, ao **atual Secretário de Estados dos Transportes e Obras Públicas - SETOP** que anule os contratos n. 008/2014 e 009/2014, com espeque no art. 35 da Lei Estadual n. 5.720/98, observado o contraditório e ampla defesa, concedendo-lhe prazo razoável para realização de nova licitação, sob pena de, se não atendido, o Tribunal comunicar o fato à Assembleia Legislativa Estadual, sem prejuízo de aplicar-lhe multa, bem assim para que **sejam aplicadas multas pecuniárias aos responsáveis pelas ilegalidades apontadas nesta representação.**

Vitória, 8 de janeiro de 2015.