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) e **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍNDULA,** Presidente da Comissão Administrativa Especial de Licitação, em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento administrativo licitatório, conduzido pela Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, referente ao Edital de Concorrência n. 12/2014, que objetiva a outorga de CONCESSÃO de ÁREA DE LINHAS para prestação, com exclusividade, de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado do Espírito Santo (ÁREA OESTE), 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. 100-S, de 12 de novembro de 2014, deflagrou procedimento licitatório instrumentalizado no Edital de Concorrência n. 12/2014, cuja cópia segue anexa a esta representação (**Doc. 1**).

Em uma análise perfunctória do edital, verifica-se que o procedimento licitatório encontra-se eivado de ilegalidades, por ofensa as 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 poderá resultar contratação contrária ao interesse público, conforme demonstrado nos tópicos seguintes.

II – DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADES

II.1 – Imprecisões no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica

Consta do Anexo IX do Edital de Concorrência n. 12/2014 análise elaborada para a licitação de linhas do transporte coletivo intermunicipal rodoviário de passageiros por ônibus (Análise de Viabilidade Financeira).

Registra-se que tal documentação é de fundamental importância para a implantação da concessão, trazendo, pois, o diagnóstico de toda a situação envolvida e embasando a futura contratação.

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

Acerca do tema Marçal Justen Filho[1] traz a seguinte lição:

> [...] a configuração da concessão dependerá da obtenção das informações técnico-científicas e empíricas indispensáveis. Há um dever formal da Administração de promover todos levantamentos pertinentes, inclusive recorrendo ao concurso de especialistas não integrantes de seus quadros. Será reprovável e viciada a conduta administrativa que infringir esse dever, conduzindo não apenas à responsabilização dos agentes públicos envolvidos, mas à possibilidade de impugnar o próprio certame.
>
> A administração tem o dever de evidenciar ao público em geral (e aos órgãos de controle em especial) haver adotado satisfatoriamente todas as providências necessárias a identificar os problemas e encontrar as soluções cabíveis, sempre que tal se revelar essencial à concepção do futuro empreendimento. E assim se impõem não por um formalismo jurídico destituído de sentido prático. É que a ausência de conhecimento dos problemas e de estimativa da solução propicia o enorme risco de concepções inadequadas ou de execução inviável. Os problemas futuros serão a consequência da negligência ou imperícia prévia à licitação.

No mesmo 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.

[1] *In* Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 206.

[...] 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.**

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, consequentemente, 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 consequências 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,

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

Todavia, em apreciação prefacial ao teor do Anexo IX restou observada indefinição quanto a Nota Técnica utilizada na Análise de Viabilidade Financeira, uma vez que consta no tópico 3.1 que "os valores adotados [...] tomaram por base estudo realizado pela [...] ANTT (Nota Técnica n. 039/GEROR/2013), apresentado no **Apêndice 9.3**", ao tempo que o **Apêndice 9.3** se refere à Nota Técnica n. 160/GEROR/2011, o que pode causar equívocos na formulação das propostas pelos eventuais interessados no certame.

II.2 – Ausência de encaminhamento do procedimento licitatório à SECONT

Em razão das competências estabelecidas à Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT pela LC n. 295/2004, no art. 4°, incisos V, VII e VIII[2], foi editado o Decreto n. 3.459-R, de 11/12/2013, que regulamentou o encaminhamento de processos licitatórios e contratos para análise desta Secretaria.

Deste modo, os processos licitatórios realizados pelos órgãos ou entidades da administração direta, autarquias e fundações públicas, pertencentes ao Poder Executivo Estadual, serão encaminhados para a análise prévia da Secretaria de Estado de Controle e Transparência - SECONT, durante a fase interna do certame, nos seguintes casos: *(i)* processos licitatórios com valor anual estimado superior a R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), excetuando aqueles em que o objeto contemple obras ou serviços de engenharia; e *(ii)* processos licitatórios com valor estimado superior ao limite estabelecido para a modalidade prevista no Art. 23, I, "c", a Lei nº 8.666/1993, cujo objeto contemple a contratação de obras ou serviços de engenharia (art. 1° do Decreto n. 3.459-R).

Todavia, em consulta ao Sistema Eletrônico de Protocolo do Poder Executivo Estadual, conforme espelho em anexo (**Doc. 2**), verifica-se que **em momento algum tramitou o procedimento licitatório na SECONT, restando claro o total desprezo às legislações aqui citadas.**

II.3 – Ausência de indicações no ato justificativo

Denota-se no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo que, em obediência ao art. 5° da Lei n. 8.987/1995 e ao art. 6° da Lei Estadual n. 5.720/1998, em 12/11/2014 foi publicado ato justificando, sem maiores delongas, a conveniência da outorga da concessão aqui debatida (**Doc. 3**), vejamos:

JUSTIFICATIVA

[2] **Art. 4º** Compete à AGE: [...] **V** - verificar a legitimidade dos atos de que resulte a realização de receita e despesa; [...] **VII** - examinar a regularidade dos contratos, convênios, acordos e outros ajustes celebrados por qualquer ente do Poder Executivo; **VIII** - examinar a regularidade dos demais atos administrativos de que resultem criação e/ou extinção de direitos e obrigações, na esfera do Poder Executivo;

> A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, em atendimento ao disposto no Artigo 5° da Lei n° 8.987, de 13/02/1995, e Artigo 6° da Lei Estadual n° 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 dos serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado do Espírito Santo, 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 todo o Estado do Espírito Santo, com prazo de vigência de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por até igual período, na forma do § 3° do art. 24 da Lei Estadual n° 5.720, de 20/08/1998, mediante procedimento licitatório.

Entretanto, não foram expostas neste ato as motivações da administração quanto à adoção dos **critérios de julgamento das propostas,** a saber, melhor técnica combinada com maior oferta da outorga.

Neste sentido, destacam-se as palavras de Marçal Justen Filho[3]:

> 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 autor[4] defende, ainda, que "*a imposição da publicação evidencia sua finalidade de publicidade, para propiciar fiscalização, especialmente por parte da comunidade*".

Deste modo, **carece a justificava de elementos aptos a torná-la condizente com a legislação, notadamente quanto ao controle, técnico e social, ocasionando, inclusive, nulidade dos atos posteriores a ela realizados, em razão da expressa ofensa ao interesse público**.

II.4 – Ausência de audiência pública

Se por um lado restou verificado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo a publicação, ainda que errônea e incompleta, de ato justificando a conveniência da outorga de concessão; por outro, olvidou a Administração Pública de cumprir o disposto no art. 39 da Lei n. 8.666/1993, *verbis:*

> Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite

[3] Ibidem. p. 210.
[4] Ibidem. p. 211.

> previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

A audiência pública, diferentemente do ato de justificação, sujeita a Administração Pública a uma fiscalização direta por parte da coletividade, sendo, pois, obrigatória em razão do dispositivo constante no art. 124 da Lei n. 8.666/1993[5].

Assim, havendo-se de se aplicar, subsidiariamente a Lei n. 8.666/93, naquilo que não for tratado especificamente pela Lei n. 8.987/1995, faz-se indispensável a realização de audiência pública prévia para a concessão em questão, cujo **valor estimada é de R$ 650.393.682,00.**

II.5 – Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame

Verifica-se no Edital de Concorrência n. 12/2014 a existência de cláusulas extremamente nocivas ao interesse público, visto que permite se 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**
>
> 1.1 – AQUISIÇÃO DO EDITAL: **O presente Edital e seus Anexos poderão ser obtidos a partir do dia 14 de novembro de 2014, na sede da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, no endereço a seguir transcrito, de segunda a sexta-feira, no horário de 09h00min às 18h00min horas, bem como pelo site www.setop.es.gov.br**.
>
> [...] **5 – DA VISITA TÉCNICA**
>
> 5.1 – **Apresentação de Atestado de Visita Técnica expedido pelo DER-ES, atestando que a LICITANTE, no prazo de até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS, percorreu os itinerários das linhas da ÁREA DE LINHAS.**
>
> **[...] 5.2 – Às LICITANTES que participarem da visita será fornecido pelo DER-ES Atestado de Visita Técnica. As LICITANTES deverão apresentar em sua DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO o Atestado de Visita Técnica.**
>
> **5.3 – As LICITANTES deverão realizar visita técnica mediante programação prévia com agendamento junto ao DER-ES.**
>
> **5.4 – A programação da visita técnica deverá ser agendada diretamente junto ao DER-ES, na Rua Marechal Mascarenhas de Moraes, n° 1.501, Ilha de Santa**

[5] Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

> **Maria, Vitória-ES, em horário de expediente, com no mínimo 05 (cinco) dias de antecedência da data pretendida para sua realização, devendo a visita ser realizada por cada LICITANTE até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMETALÇAI DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS.**
>
> **5.5 – Não serão fornecidos Atestados de Visita Técnica aos proponentes que não apresentarem documento hábil, comprovando ser o representante devidamente autorizado pela LICITANTE.**
>
> [...] **10 – DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO – ENVELOPE N° 01**
>
> 10.1 – Os proponentes deverão apresentar, em original ou por qualquer processo de cópia autenticada em cartório, publicação em órgão da Imprensa Oficial **ou por autenticação prévia e direta pela COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO.**
>
> [...] 10.4 – DA HABILITAÇÃO TÉCNICA
>
> [...] j) **Apresentação de Atestado de Visita Técnica expedido pelo DER-ES, atestando que a LICITANTE, no prazo de até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS, percorreu os itinerários das linhas da ÁREA DE LINHAS**. (grifos nossos)

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 (**Doc. 4**).

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.

Tem-se que 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 Rocha[6]:

> 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. A igualdade, por sua vez, é rompida, quando um licitante obtém uma informação sobre os demais licitantes que irão participar, ajustando entre eles o conteúdo das propostas.

[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.

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 pretensos licitantes, que devem comparecer a setores da Secretaria de Estados dos Transportes e Obras Públicas para adquirir o edital e seus anexos e autenticar os documentos da habilitação. Além disso, ainda há necessidade de contato com o Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Espírito Santo para expedição do atestado de comparecimento à visita técnica.

Há, portanto, regra que **viola o sigilo das propostas** (art. 3º, § 3º, da Lei 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 e maculam de nulidade toda a contratação.

II.6 – Adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade

Depreende-se da leitura do primeiro parágrafo do Edital de Concorrência n. 12/2014 que:

> O Estado do Espírito Santo, por meio da Secretária 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 de CONCORRÊNCIA PÚBLICA, **do tipo melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica** (artigo 15 Inciso VI da Lei Federal n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, recepcionado pelo artigo 16 Inciso VI da Lei Estadual n° 5.720, de 20 de agosto de 1998), tendo como finalidade a seleção de pessoas jurídicas ou consócio(s) de pessoas jurídicas para a prestação de serviço público regular de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros do Estado do Espírito Santo em ÁREA DE LINHAS, 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 17 de agosto de 1998, e das demais leis e decretos aplicáveis, em conformidade com as disposições contidas neste Ato Convocatório e seus anexos.

De início, cumpre sublinhar, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho[7], 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 Filho[8] defende que:

[7] *In* Manual de Direito Administrativo. 20 ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 356.
[8] Ibidem. p. 261.

> [...] não se pode admitir que a escolha do critério de julgamento da licitação seja um tema abrangido na pura e simples conveniência administrativa. **A decisão sobre o tipo de licitação apresenta relevância tão significativa quanto a própria opção pela outorga do serviço à iniciativa privada. É imperioso que o tema seja objeto de avaliação por parte da comunidade, em especial dos usuários do serviço público.**
>
> Aliás e sob certo ângulo, a similitude de funções entre a atividade tributária do Estado e a adoção de licitação de maior oferta até aconselharia a utilização da via legislativa para definição do critério de julgamento. Se a lei é necessária para legitimar a apropriação por parte do Estado de parcela da riqueza do contribuinte, então não se configurará absurdo em afirmar que a utilização indireta da concessão para aprovisionamento dos cofres públicos dependerá da autorização legislativa.
>
> **Ainda que se entenda como excessiva essa formulação, ter-se-ia de convir com a necessidade de ampla discussão da matéria com a comunidade. Mais ainda, será imperioso que o ato justificativo prévio da outorga explicitamente aluda à matéria.** Deverão constar da exposição as variáveis possíveis, indicando-se expressamente o critério de julgamento a ser adotado no certame e os efeitos daí derivados.
>
> Mais, a decisão deverá ser motivada satisfatoriamente, sujeitando-se o crivo do controle da população e do próprio Judiciário. Mesmo se for reputado que o critério de julgamento envolveria algum juízo político, insuscetível de revisão jurisdicional – raciocínio de procedência duvidosa –, teriam de ser expostos os estudos prévios destinados a evidenciar os efeitos das diversas escolhas. Ou seja, **não é possível que a Administração eleja um critério qualquer, a seu alvedrio, sem sequer avaliar as consequências socioeconômicas daí advindas.**
>
> [...] **Tais considerações conduzem à formulação da tese de 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 comtempla, 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. (grifo nosso)

No caso vertente, percebe-se que a Administração Pública **optou, injustificadamente e sem qualquer amparo em dispositivo da LC n. 791/2014, pela junção dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão como de melhor técnica**, na forma do inciso VI do art. 15 da Lei n. 8.987/1995.

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, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal e art. 6°, § 1°, 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 Mello[9], "*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*".

Aliás, o art. 9° da Lei n. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, dispõe que "*o regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação,* ***sendo a tarifa de remuneração [...] resultante do processo licitatório da outorga do poder público***".

Assim sendo, denota-se a impropriedade da escolha efetuada pela Administração Pública que em momento algum pretendeu buscar o interesse público, consubstanciado na promoção da prestação de um serviço público adequado, sinalizando, ainda, a preponderância da melhor técnica em relação a maior oferta.

Destaca-se que a existência do ônus de pagar ao Poder Concedente pela delegação, por si só, importa majoração da tarifa, dada a elevação dos custos, conforme expresso no Acórdão 865/2003 – Plenário do TCU:

> Quanto à definição do preço mínimo de outorga a ser definido em edital, o critério metodológico definido – Fluxo de caixa Descontado a Valor Presente – é compatível com a avaliação de negócios empresariais, de modo que a determinação contida no subitem 8.2.1.2 da Decisão nº 427/2002 – TCU – Plenário foi atendida. Porém, **vale registrar que o valor da outorga impactará no valor da tarifa a ser cobrada do usuário, comprometendo, em última instância, o critério de modicidade de tarifas, expresso no art. 6º da Lei nº 8.987/95, haja vista que o permissionário, ao efetuar sua proposta na licitação, procede ao ajuste entre o valor de outorga e o preço de tarifa. Desse modo, todo o acréscimo ao valor de outorga oferecido é compensado no valor da tarifa onerando, por conseguinte, o usuário dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros.** Devido a isso, a ANTT informou que passará a fixar o valor de outorga a ser cobrado, simbolicamente, em R$ 1,00 (um real), permitindo, dessa maneira, que a competição entre os licitantes ocorra em função do menor valor da tarifa ofertado. (grifo nosso)

[9] *In* Curso de Direito Administrativo. 25 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 723.

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 exigência de oferta de outorga.

II.7 – Indefinição das metas a serem alcançadas

Dispõe o art. 18, inciso I, da Lei n. 8.987/1995 que "*o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e conterá, especialmente: [...] o objeto, metas e prazo da concessão*".

Nas palavras de Marçal Justen Filho[10]:

> As metas são os objetivos a serem atingidos, o que pode importar cronogramas e especificações. Pode haver metas de curto, médio e longo prazo. A definição de metas é extremamente relevante porque disso decorre a determinação do ritmo de investimentos exigidos do outorgado.

Vislumbra-se no item 3.2 do Edital de Concorrência n. 12/2014 que no Projeto Operacional Básico (Anexo I) "*encontra-se delimitada a Área de Linhas e descritos os respectivos serviços licitados, bem como especificados os detalhamentos para a perfeita execução do objeto (especificações técnicas e demais esclarecimentos)*".

Assim, verifica-se no tópico 9 do Anexo I que foram estabelecidas metas para um conjunto de indicadores, de forma a garantir a qualidade dos serviços prestados, inclusive ensejando multa no caso de não conformidade.

No entanto, em leitura aos indicadores de qualidade e as respectivas metas, observa-se imprecisões que retratam o total descaso da Administração Público em cumprir à Lei n. 8.987/1995, senão vejamos:

> Apresenta-se a seguir os indicadores de qualidade a serem respeitados e as respectivas metas.
>
> **[...] CONFIABILIDADE – CONCLUSÃO DAS VIAGENS**
>
> Esse indicador mede o número de viagens concluídas sem que haja troca de veículo, independente do motivo.
>
> **Meta: ao final do primeiro ano de concessão será aferido o índice. A meta para os anos seguintes será então determinada pelo órgão gestor com base nesse valor inicial.**
>
> Verificação: com base em relatório específico a ser definido pelo órgão gestor.
>
> **[...] MODERNIZAÇÃO DA FROTA**

[10] Ibidem. p. 219.

Esse indicador visa aferir o percentual de veículos com atualização tecnológica, nos termos do descrito neste Projeto Básico Operacional. É calculado como a razão entre frota modernizada e frota total. Naturalmente, só é aplicável às linhas para as quais se indica a mudança de tecnologia.

Meta: deve respeitar os percentuais calculados pelo órgão gestor em consonância com o estabelecido neste Projeto Básico Operacional.

Verificação: a partir dos registros do órgão gestor, com frequência anual.

[...] MÉDIA DE AUTUAÇÕES DE TRÂNSITO POR ANO POR KM

Esse indicador visa monitorar as autuações do DER-ES ou órgão gestor com respeito a trânsito. É calculado pela razão entre o número de autuações de trânsito do DER-ES ou órgão gestor em uma linha no período de um ano e a quilometragem total percorrida no mesmo período.

Meta: ao final do primeiro ano de concessão será aferido o índice. A meta para os anos seguintes será então determinada pelo órgão gestor com base nesse valor inicial.

Verificação: com base no total de autuações de trânsito (registros do DER-ES ou órgão gestor) e extensão total percorrida (GPS embarcado), com frequência semestral. Ver item referente a Quantificação Temporária dos Indicadores de Qualidade ao final.

MÉDIA DE AUTUAÇÕES DE TRANSPORTE DO DER-ES OU ÓRGÃO GESTOR POR ANO POR KM

Esse indicador visa monitorar as autuações do DER-ES ou órgão gestor com respeito a transporte. É calculado pela razão entre o número de autuações de transporte do DER-ES ou órgão gestor em uma linha no período de um ano e a quilometragem total percorrida no mesmo período.

Meta: ao final do primeiro ano de concessão será aferido o índice. A meta para os anos seguintes será então determinada pelo órgão gestor com base nesse valor inicial.

Verificação: com base no total de autuações de transporte (registros do DER-ES ou órgão gestor) e extensão total percorrida (GPS embarcado), com frequência semestral. Ver item referente a Quantificação Temporaria dos Indicadores de Qualidade ao final.

[...] QUALIDADE PERCEBIDA

Esse indicador verifica a percepção dos passageiros em relação à qualidade do serviço oferecido nas viagens de ônibus intermunicipais. Para esse fim, devem ser realizadas pesquisas anuais por empresas terceirizadas com os usuários. A pesquisa deve tratar primariamente de itens que impactam em quesitos normalmente não aferidos através dos indicadores operacionais, como conforto e segurança. Dessa maneira, deve incluir a percepção quanto a: limpeza; urbanidade dos funcionários; cumprimento do itinerário, dos horários e das gratuidades; qualidade do ar condicionado; manipulação da bagagem; entre outros.

Meta: Uma pesquisa inicial deverá ser realizada para conhecer a percepção atual da qualidade de serviço oferecido pelas linhas de ônibus. A partir dos percentuais de aprovação registrados, metas serão estabelecidas pelo órgão gestor para assegurar uma progressão contínua e sustentável nos resultados das pesquisas semestrais com os usuários.

Verificação: pesquisa realizada semestralmente por empresas especificamente contratadas pelo órgão gestor.

QUANTIFICAÇÃO TEMPORARIA DOS INDICADORES DE QUALIDADE
Com referência a alguns dos conceitos identificadores da qualidade poderá não existir um índice inicial para o primeiro ano, por falta de informações. Com vistas ao planejamento e ao acompanhamento desses indicadores ao longo dos demais anos do contrato de concessão, existe necessidade de se estabelecer os índices básicos de referência no primeiro ano. Caso não exista informações históricas no Poder Concedente ou outros Órgãos da Administração Pública, que poderá causar dificuldade em caso de o primeiro índice obtido ao final do primeiro ano for igual a zero, deverão ser usados os seguintes indicadores, como metas provisórias a partir da experiência do primeiro ano de operação.

Serão adotados os seguintes limites:
< 50% = Ruim
> 50% e < 65% = Razoável
> 65% e < 80% = Bom
> 80% e < 90% = Ótimo
> 90% = Excelente

A partir dessas referências deverá ser feito um levantamento dos resultados do primeiro ano e definida as metas quantitativas de atingimento ao longo do período do contrato de concessão.

Caberá ao Órgão Concedente estabelecer os critérios de mensuração, enquanto se evolui ao longo do contrato de frotas sem os instrumentos de acompanhamento necessários, ou seja, especificar as regras de transição dos procedimentos de quantificação. (grifos nossos)

No caso, inaceitável o posterior estabelecimento das metas, uma vez que sua definição traz reflexos diretos nos investimentos a serem realizados pela concessionária, sendo que a sua definição *a posteriori*, conforme pretendido, **vai de encontro ao disposto no inciso I do art. 18 da Lei n. 8.987/1995**, além de conferir às vencedoras uma espécie "prazo de respiro", período em que restaria prejudicada a aferição da qualidade e adequação dos serviços prestados.

A definição de metas do que se pretende por um serviço adequado e de qualidade deve ser estabelecida sobre estudos técnicos prévios da administração, onde seja demonstrado o mínimo que se espera do prestador de serviços.

Relegar a definição de metas para apenas após o primeiro ano do contrato significa, em última instância, "nivelar por baixo", pois se aquelas serão ajustadas sobre o que é praticado e não sobre o que se espera do concessionário público.

Tal opção da administração, certamente, não visa à eficiência do serviço concedido, mas presta-se apenas aos interesses do concessionário que contará com a benesse de definir, ele mesmo, o padrão de qualidade dos serviços prestados, já que será com base no seu próprio desempenho que o órgão regulador fixará as metas a serem cumpridas.

II.8 – Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação

Consta do item 3.4, e suas alíneas, do Edital de Concorrência n. 12/2014 a possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros precedida, única e exclusivamente, de estudo técnico e de viabilidade.

> 3.4 – Para alteração do objeto devido à criação de novas(s) linha(s), esta deverá ser precedida de estudo técnico e de viabilidade observadas as condições:
>
> a) Verificação da justa necessidade do atendimento através de levantamentos estatísticos;
>
> b) Verificação dos reflexos da nova linha sobre a demanda das já em operação e que compõem a ÁREA DE LINHAS deste EDITAL;
>
> c) O planejamento da(s) nova(s) linha(s) deverá privilegiar a conexão de rede sob forma tronco-alimentada, e se comprovada a viabilidade será(ão) criada(s) se e só se não prejudicar a eficácia e modicidade tarifária;
>
> d) No caso de necessidade de atendimento a determinada área e população ainda não atendidas e caso não se comprove a viabilidade de nova(s) linhas(s), poderão ser atendidas através de serviços complementares e alterações operacionais de linhas existentes já em operação;
>
> e) As linhas que forem criadas passarão a fazer parte da ÁREA DE LINHAS licitada e serão operadas pela sua CONCESSIONÁRIA.

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 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) (grifos nossos)

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 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, 1° Turma, rel. Min. Luiz Fux, 14.12.2010) (grifos nossos)

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 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 inequívoca afronta ao dever de licitar insculpido nos arts. 37, *caput* e inciso XXI, e 175, *caput*, da Constituição Federal**.

II.9 – Cláusula restritiva vedando a participação de empresas em recuperação judicial

Conforme disposto na alínea "c" do item 4.2 do Edital de Concorrência n. 12/2014, 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, senão vejamos:

> **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, Dioceles 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 é encontrado 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 juridiscionada, 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. (grifo nosso)

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

II.10 – Cláusula restritiva vedando a participação de microempresas e empresas de pequeno porte

Consta previsto no Edital de Concorrência n. 12/2014, na alínea "f" 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. 3° 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*".

Destarte, 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, é absolutamente ilegal tal alijamento, devendo, apenas, constar exigência no sentido de que a microempresa ou empresa de pequeno porte apresente comprovante de **comunicação à Receita Federal do Brasil** informando a exclusão do Simples Nacional, na forma do art. 30, inciso II e § 1°, 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 firmatura 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 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. 3°, § 1°, inciso I, da Lei n. 8.666/1993**.

II.11 – Visita técnica obrigatória

O item 5 do Edital de Concorrência n. 12/2014 traz as seguintes previsões:

5 – DA VISITA TÉCNICA

5.1 – Apresentação de Atestado de Visita Técnica expedido pelo DER-ES, atestando que a LICITANTE, no prazo de até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS, percorreu os itinerários das linhas da ÁREA DE LINHAS.

Em caso de CONSÓRCIO poderá a empresa líder, isoladamente ou em conjunto com outra(s) consorciada(s), atender às exigências deste item também em nome das demais consorciadas.

5.2 – Às LICITANTES que participarem da visita será fornecido pelo DER-ES Atestado de Visita Técnica. As LICITANTES deverão apresentar em sua DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO

5.3 – As LICITANTES deverão realizar visita técnica mediante programação prévia com agendamento junto ao DER-ES.

5.4 – A programação da visita técnica deverá ser agendada diretamente junto ao DER-ES, na Rua Marechal Mascarenhas de Moraes, n° 1.501, Ilha de Santa Maria, Vitória-ES, em horário de expediente, com no mínimo 05 (cinco) dias de antecedência da data pretendida para sua realização, devendo a visita ser realizada por cada LICITANTE até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS.

> 5.5 – Não serão fornecidos Atestados de Visita Técnica aos proponentes que não apresentarem documento hábil, comprovando ser o representante devidamente autorizado pela LICITANTE. (grifos nossos)

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 Vinicios Vilaça, relator do Acórdão 409/2006, a saber:

> [...] 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, por se tratar de visita a ser realizada sobre a supervisão de órgão externo ao licitante, 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.

Certamente não poderá ser a dispensa da realização da visita, pois se o edital é a lei da licitação, tal ação deveria, necessariamente, ser precedida de alteração do

edital e republicação do ato, procedendo, inclusive, à reabertura do prazo para abertura das propostas.

De seu turno, a dispensa pura e simples de realização da visita pela falta de disponibilidade do DER em acompanhar a visita levaria à admissão expressa quanto à desnecessidade desta, o que se defende aqui, evidenciando a indevida restrição à competitividade do certame, em especial, aos interessados sediados em outras unidades da federação.

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 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 nº. 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 Corte 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 arguiram, 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 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. (grifo nosso)

No caso é caso, porém, mostrando-se **inadequada, desnecessária e desproporcional a exigência** para a realização de visita técnica obrigatória nos itinerários das linhas da Área de Linhas[11], uma vez as 164 linhas de ônibus intermunicipais estão todas devidamente discriminadas no tópico 6.1 do Projeto Operacional Básico – Anexo I, 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**, tanto para evitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes através de reunião no mesmo local e horário, como para assegurar que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas[12]".

Não fosse o bastante exigir visita técnica sem amparo legal, nota-se no edital objurgado exíguo o prazo para a sua concretização, haja vista que o Aviso da Licitação foi publicado no Diário Oficial de 14 de novembro de 2014, constando a data de 30 de dezembro de 2014 para a entrega da documentação de habilitação e das propostas. Ao mesmo tempo, o item 5.4 do Edital de Concorrência dispõe que a **visita a 164 linhas de ônibus intermunicipais** deverá ser agendada com no mínimo cinco dias de antecedência da data pretendida – a partir do dia 19 de novembro de 2014 (no mínimo), devendo ser realizada até quinze dias antes da data estabelecida para entrega da documentação, ou seja, até 15 de dezembro de 2014, é dizer, em menos de 30 (trinta) dias.

[11] Conforme expresso na alínea "m" do item 2 do Edital de Concorrência n. 12/2014, Área de Linhas é a área geográfica correspondente ao objeto da concessão compreendendo todas as linhas atuais definidas no Anexo I do presente EDITAL para início da operação dos serviços licitados, e as futuramente criadas, modificadas ou incorporadas na forma estabelecida no presente EDITAL.
[12] TCU, Acordão 906/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 23.04.2012.

Observa-se, assim, que as exigências constantes nos itens 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4 do Edital restringem o caráter competitivo da licitação, nos termos do art. 14 da Lei n. 8.987/1995 e arts. 3°, § 1°, inciso I, e art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

II.12 – Incoerência atinente à documentação relacionada à habilitação jurídica

Nota-se no Edital de Concorrência n. 12/2014 inconsistência atinente à documentação relativa à habilitação jurídica.

A *priori*, pertinente constatar, conforme inteligência de Marçal Justen Filho[13], que se aplicam às concessões de serviço público as disposições do art. 28 da Lei n. 8.666/1993.

No caso, denota-se ausência de previsão no edital da documentação mencionada no inciso V do art. 28 da Lei n. 8.666/1993, qual seja: "*decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir*".

Neste sentido, necessário transcrever julgado do Tribunal de Contas da União que impõe a observância à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

> Faca constar nos editais de licitação a exigência, para empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país, dos documentos de habilitação jurídica previstos no inciso V do art. 28 da Lei no 8.666/1993.
> **Decisão 192/1998 Plenário**

II.13 – Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações relativas à qualificação técnica

Observa-se do item 10.4 do Edital de Concorrência n. 12/2014 a necessidade de apresentação de uma série de atestados, para fins de comprovação de qualificação técnica, senão vejamos:

> 10.4 - DA HABILITAÇÃO TÉCNICA
>
> **a) Comprovação de experiência na operação ou comprovação do serviço prestado, através de atestado de experiência mínima de 3 (três) anos consecutivos na operação de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, nos últimos 05 (cinco) anos, com um mínimo de 80% (oitenta por cento) da quantidade de ônibus rodoviários exigidos para a ÁREA DE LINHAS ou comprovação através de atestado de experiência mínima na operação de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) da média mensal (considerando os últimos 36 (trinta e seis) meses contados a partir da data de publicação do EDITAL) do PKT (passageiros transportados quilômetro) para a ÁREA DE LINHAS.**

[13] Ibidem. p. 225.

No caso de CONSÓRCIO, todas as empresas consorciadas deverão comprovar a experiência mínima de 3 (três) anos consecutivos na operação de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, nos últimos 5 (cinco) anos, sendo que as demais exigências quanto à quantidade de ônibus rodoviário ou do PKT (passageiros transportados quilometro) deverão ser proporcionais à participação de cada consorciada no CONSÓRCIO.

b) Registro cadastral da LICITANTE junto ao DER-ES, nos termos dos art. 29 e 30 do Regulamento do Sistema de Transporte Coletivo Rodoviário Intermunicipal de Passageiros, de que trata o Decreto número 3.288-N, de 21 de janeiro de 1992, ou cópia do requerimento do pedido de registro cadastral e dos documentos exigidos e juntados e do respectivo protocolo, em caso de consórcio, cada consorciada deverá atender esta exigência.

c) **Comprovação de posse de garagem(ns)**, mediante apresentação de documentos provando a propriedade, arrendamento, locação ou cessão de direito de uso de garagem(ns) com, no mínimo e necessariamente, locais de estacionamento dos ônibus (incluindo galpões) em piso pavimentado, em município de um dos pontos terminais ou em município da respectiva Região Metropolitana, de pelo menos 70% (setenta por cento) da totalidade das linhas da ÁREA DE LINHAS, e que deverão ter capacidade, somadas as áreas de estacionamento de todas as garagens, para estacionamento de pelo menos 70% (setenta por cento) das frotas totais de ônibus das linhas da ÁREA DE LINHAS, considerando uma área pavimentada mínima (de locais de estacionamento dos ônibus e galpões) de 50m2 (cinquenta metros quadrados) por veículo, podendo uma garagem atender a mais de uma linha; **ou Termo de Compromisso** de que a(s) disponibilizará, nessas condições, através da apresentação de contrato condicionado e com firmas reconhecidas em cartório de seus subscritores, nele constando a localização e demais condições acima exigidas para a(s) garagem(ns), as quais deverão estar disponíveis para vistoria até 10 dias antes da data de assinatura do CONTRATO de concessão.

A LICITANTE deverá juntar também Termo de Compromisso de que manterá as mesmas instalações ou outras de condições equivalentes durante todo o período de concessão. Uma das garagens, ou seja, a garagem principal, que poderá estar instalada em qualquer município nas condições acima mencionadas, deverá dispor, no mínimo e necessariamente, dos seguintes serviços e características: piso pavimentado nos locais de estacionamento de ônibus, de manutenção corretiva e preventiva (vala para manutenção, seção de manutenção elétrica, pneumática e borracharia, almoxarifado para peças e ferramentas, capotaria, funilaria, pintura e componentes mecânicos), de lavagem de ônibus, de estacionamento e serviços administrativos, de dormitório para motoristas e controle de tráfego, e que deverá atender às linhas da ÁREA DE LINHAS. As demais garagens, se for o caso, deverão dispor, no mínimo e necessariamente, dos seguintes serviços e características: piso pavimentado nos locais de estacionamento de ônibus, limpeza dos ônibus e dormitório para motoristas. Em caso de CONSÓRCIO, poderão a empresa líder e outras consorciadas atender, em conjunto ou isoladamente, às exigências quanto à garagem principal e às demais garagens para as demais consorciadas.

Em caso de o documento provando a propriedade, arrendamento, locação, cessão de direito de uso ou contrato condicionado não constar as exigências mínimas e

necessárias feitas para as garagens, a licitante deverá juntar também declaração de diretor, sócio-gerente ou representante legal credenciado com firma reconhecida, referente às mesmas.

A garagem que não atender as exigências mínimas e necessárias não será considerada para os fins de que trata esta cláusula.

d) **Comprovação de disponibilidade de pontos de venda de passagens**, mediante apresentação de documentos provando a propriedade, arrendamento, permissão de uso, comodato, aluguel ou contrato de terceirização de agências ou bilheterias como pontos de venda de passagens obrigatoriamente em cada município com população acima de 20.000 (vinte mil) habitantes (segundo o Censo 2010 do IBGE) que abranger o itinerário das linhas da ÁREA DE LINHAS ou **Termo de Compromisso** de que os disponibilizará, através de apresentação de contrato condicionado e com firmas reconhecidas em cartório de seus subscritores, nele constando a localização das agências e bilheterias, as quais deverão estar disponíveis para vistoria até 10 dias antes da data da assinatura do CONTRATO de concessão. Em caso de CONSÓRCIO, poderão a empresa líder e outras consorciadas atender, em conjunto ou isoladamente, às exigências para as demais consorciadas, nos locais onde praticam ou praticarão a venda de bilhetes de passagens.

e) **Comprovação de posse dos veículos da frota operacional e reserva de ônibus convencionais e de ônibus executivos**, que em razão da atipicidade dessa licitação, cujos serviços já estão em operação e não podem sofrer solução de continuidade e em decorrência, também, da exigência contida no § 1º, do art. 6º, da Lei nº 8.987/95, a LICITANTE deverá juntar **Termo de Compromisso de Disponibilidade de Frota (Modelo do Anexo VII deste EDITAL) ou juntar cópia autenticada dos Certificados de Registro e Licenciamento de Veículos (CRLV)**, provando a propriedade ou a aquisição, na condição de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil (leasing) de 100% (cem por cento) da frota operacional e reserva (esta na quantidade equivalente a 10% - dez por cento - do total da frota operacional dos ônibus rodoviários convencionais e de ônibus rodoviários executivos) de ônibus rodoviários convencionais e de ônibus rodoviários executivos, exigíveis para a operação das linhas da ÁREA DE LINHAS, cujos ônibus deverão ter cada um a idade máxima de 10 (dez) anos e a frota total a idade média de 05 (cinco) anos, admitindo-se a idade máxima de 14 (quatorze) anos e média de 7 (sete) anos da frota proposta durante os 3 (três) primeiros anos da concessão.

Considera-se para efeito de início de contagem da idade do ônibus, a data de 31 de dezembro do ano do primeiro emplacamento, independentemente do mês que tenha sido fabricado.

A frota comprovada deverá estar disponível até 10 (dez) dias antes da data de assinatura do contrato de concessão e não poderá estar vinculada à operação de nenhum outro sistema de transporte coletivo rodoviário de passageiros seja interestadual, intermunicipal de outro Estado ou municipal de quaisquer municípios do Estado do Espírito Santo ou outro e também aqueles dedicados a prestação de serviços sob contrato de fretamento contínuo, assim assegurando a disponibilidade dos veículos para início dos serviços, à exceção da frota cadastrada no DER-ES para a operação dos serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário de intermunicipal de passageiros, comprovada por

documento expedido pela referida autarquia, a qual será considerada como frota disponível para comprovação e atendimento da exigência acima.

As especificações para a frota de ônibus rodoviários, dos ônibus com características urbanas e dos micro-ônibus obedecerão às seguintes características, podendo a Licitante, se desejar, oferecer ônibus com características superiores às exigidas para o respectivo serviço.

I – ÔNIBUS RODOVIÁRIO CONVENCIONAL:
- Porta dianteira - Cinto de Segurança
- Itinerário - Cortina
- Poltrona reclinável - Saídas de emergência
- Porta embrulho interno - Apoio para os pés
- Campainha solicitação de parada - Bagageiro
- Divisória parcial ou total entre motorista e passageiros

II – ÔNIBUS RODOVIÁRIO TIPO EXECUTIVO:
- Porta dianteira - Cinto de Segurança
- Itinerário - Cortina
- Poltrona reclinável - Saídas de emergência
- Porta embrulho interno - Apoio para os pés
- Ar condicionado - Bagageiro
- Divisória parcial ou total entre motorista e passageiros

III – ÔNIBUS COM CARACTERÍSTICAS URBANAS:
- Porta dianteira - Saídas de emergência
- Itinerário - Pega mão no teto
- Cadeira fixa ou com leve reclinação - Campainha solicitação de parada

IV – ÔNIBUS COM CARACTERÍSTICAS URBANAS E COM AR CONDICIONADO:
- Porta dianteira - Saídas de emergência
- Itinerário - Ar condicionado
- Cadeira fixa ou com leve reclinação - Campainha solicitação de parada
- Pega mão no teto

V – MICRO-ÔNIBUS:
- Porta dianteira - Saídas de emergência
- Itinerário - Campainha solicitação de parada
- Cadeira fixa ou com leve reclinação

Os ônibus executivos serão utilizados somente nas linhas que atualmente já contam com esse serviço complementar especial, podendo a frota ser comprovada somente pela empresa líder ou em conjunto com outra(s) consorciada(s).

Considera-se ônibus convencional zero quilômetro aquele cuja data do 1º (primeiro) emplacamento tenha ocorrido no ano de 2014. A comprovação, apresentação e demais exigências referentes aos ônibus zero quilômetro, poderão ser atendidas isoladamente pela empresa líder ou em conjunto com outra(s) consorciada(s), em caso de consórcio.

A frota mínima total operacional e de reserva operacional, dos ônibus convencionais e executivos, para a operação dos serviços de que trata este Edital é de 161 (cento e sessenta e um) ônibus.

f) **Disponibilidade de Motoristas, mediante apresentação de documentos que comprovem a existência, em seu quadro de funcionários, de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) dos motoristas necessários à operação dos serviços, calculados à base de 01 (um) motorista para cada ônibus exigido no somatório de frotas (operacional e reserva para a operação dos serviços convencionais e especiais em ônibus executivo) das linhas, e para os 40% (quarenta por cento) restantes apresentar documentos até 10 dias antes da data de assinatura do CONTRATO de concessão, ou juntar Termo de Compromisso de Disponibilidade de Motoristas** (Modelo do Anexo VII deste EDITAL) em seu quadro de funcionários até 10 dias antes da data de assinatura do CONTRATO de concessão de 100% (cem por cento) dos motoristas devidamente habilitados de acordo com a legislação vigente, necessários para operarem a frota calculados à base de 01 (um) motorista para cada ônibus exigido no somatório de frotas (operacional e reserva para a operação dos serviços convencionais e especiais em ônibus executivo) das linhas, uma vez que para conduzir os ônibus que irão operar os serviços intermunicipais, objeto da LICITAÇÃO, há necessidade de motoristas devidamente capacitados, conforme as atuais exigências do DER-ES.

No caso de CONSÓRCIO, cada consorciada deverá fazer a comprovação de acordo com a sua participação no CONSÓRCIO.

g) **Utilização de Emissor de Cupom Fiscal - ECF, mediante apresentação de Termo de Compromisso de instalação**, em até 10(dez) meses a partir do início da operação dos serviços, de sistema de emissão de passagens computadorizado com Emissor de Cupom Fiscal - ECF, equipamento de automação comercial com capacidade de emitir documentos fiscais e realizar controles de natureza fiscal, referentes à operação de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros das linhas da ÁREA DE LINHAS, **ou declaração de que já dispõe do referido sistema para atender parte das respectivas linhas ou outros serviços de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, assim como o compromisso de mantê-lo durante a vigência do prazo do CONTRATO de concessão**. Em caso de consórcio a exigência de declaração que já dispõe do referido sistema poderá ser atendida pela Empresa Líder, isoladamente ou em conjunto com outra(s) consorciada(s).

h) **Regularidade Ambiental**, mediante apresentação de **Termo de Compromisso** de protocolar, em seu nome ou de terceiro, em até 6 (seis) meses a partir do início da operação das linhas da ÁREA DE LINHAS, abertura de processo administrativo para obtenção de licença ambiental para a(s) garagem(ns) propostas, quando a legislação pertinente assim o exigir, ou de outro documento fornecido pelo órgão competente em caso de inexigência de licença ambiental ou comprovação de que já dispõe da(s) mesma(s). Admitir-se-á também, como prova de regularidade ambiental, à apresentação de licença ambiental com prazo vencido e respectivo pedido de prorrogação protocolado.

Em caso de consórcio, referida comprovação poderá ser feita pela Empresa Líder isoladamente ou com outra(s) consorciada(s), devendo as demais consorciadas adotarem idênticas providências no prazo e de acordo com o compromisso feito.

i) **Programa Ambiental de Transporte**, mediante apresentação de Declaração do representante legal da LICITANTE de que 100% (cem por cento) de todos os ônibus propostos estarão em situação regular perante o Programa Ambiental de Transporte - Despoluir, implementado pelo Sistema CNT - Confederação Nacional do Transporte, até 10 dias antes da data de assinatura do CONTRATO de concessão.

j) Apresentação de Atestado de Visita Técnica expedido pelo DER-ES, atestando que a LICITANTE, no prazo de até 15 (quinze) dias antes da data estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS, percorreu os itinerários das linhas da ÁREA DE LINHAS.

Em caso de CONSÓRCIO poderá a empresa líder, isoladamente ou em conjunto com outra(s) consorciada(s), atender às exigências deste item também em nome das demais consorciadas.

k) **Declaração de Desvinculação de Outros Serviços**, mediante apresentação de declaração firmada pelo representante legal da LICITANTE de que os ônibus propostos não estão vinculados a outros serviços de transporte coletivo rodoviário de passageiros, seja interestadual, intermunicipal de outro Estado ou municipal de quaisquer municípios do Estado do Espírito Santo ou outro e também aqueles dedicados a prestação de serviços sob contrato de fretamento contínuo, assim assegurando a disponibilidade dos veículos para o início dos serviços, à exceção da frota cadastrada no DER-ES, comprovada por documento expedido pela referida autarquia, a qual será considerada como frota disponível para comprovação e atendimento da exigência acima.

10.4.1 - Descumprimento das Obrigações Assumidas: o descumprimento das obrigações assumidas pela LICITANTE a impedirá de assinar o CONTRATO de concessão, ensejando a sua desclassificação e execução da garantia da proposta, com a decorrente convocação da LICITANTE classificada em 2º (segundo) lugar, o mesmo se aplicando a ela e às demais pela ordem, se for o caso.

Contudo, a Lei de Licitações dispõe que as exigências relativas ao inciso II do art. 30[14] devem se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, garantindo-se, assim, pertinência entre o objeto licitado e o que é necessário comprovar.

Nas palavras de Marçal Justen Filho[15]:

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

[14] Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
[...] 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;
[15] Ibidem, p. 226.

> **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.
>
> **Variações da ordem de 30% ou 40% a menor na execução de obras e serviços anteriores não são significativas a ponto de eliminar a presunção da capacitação técnica. Mais precisamente, se houver algum fundamento técnico para afastar o raciocínio acima, incumbe à Administração evidenciá-lo. Terá de apresentar à comunidade pareceres técnicos no sentido de que o objeto licitado apresenta tamanha complexidade que somente quem tiver desempenhado prestação exatamente idêntica é que poderá ser habilitado.**

Assim, a quantidade excessiva de itens a serem demonstrados e com riqueza de detalhamentos, sem qualquer motivação, revela o comprometimento do 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:

> **Consigne**, no processo licitatório, de forma clara e expressa, à exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei nº. 8.666/93, seja sobre o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, **os motivos dessa exigência, bem como demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo.**
> **Acórdão n. 597/2008** (grifo nosso)
>
> Ao inserir exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei 8.666/1993 como requisito indispensável à habilitação das licitantes, **consigne, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame.**
> **Acórdão 668/2005 Plenário** (grifo nosso)

Aliás, o enunciado sumular n. 263 do Tribunal de Contas da União ratifica a necessidade de que as exigências habilitatórias guardem direta vinculação com o objeto contratual.

> **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**.

Ao mesmo tempo, resta patente o **caráter restritivo** da disposição constante na alínea "a", que exige comprovação de experiência na operação ou comprovação do serviço prestado, através de atestado de experiência mínima de 3 anos consecutivos na operação de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, nos últimos 5 anos, com um mínimo de 80% da quantidade de ônibus rodoviários exigidos para a Área de Linhas ou através de atestado de experiência mínima na operação de serviços públicos regulares de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros, com um mínimo de 50% da média mensal, considerando os últimos 36 meses, dos passageiros transportados por quilômetro para a Área de Linhas, violando, assim, o dispositivo constante no § 5° do art. 30 da Lei n. 8.666/1993, abaixo transcrito.

> **§ 5° É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**

Resta, assim, patente a total afronta ao art. 14 da Lei de Concessões de Serviços Públicos e art. 3°, § 1°, inciso I da Lei de Licitações.

II.14 – Ausência de justificativas na escolha dos índices contábeis

A despeito do teor do § 5° do art. 31 da Lei n. 8.666/1993[16], constam nas alíneas "c", "d" e "e" do item 10.5 do Edital de Concorrência n. 12/2014, abaixo transcritas, a **previsão de índices contábeis diferenciados e injustificados**.

> c) Comprovação de que dispõe de índice de liquidez geral (ILG) igual ou superior a 0,50, entendendo-se ILG como a razão da soma dos ativos circulante (AC) e realizável a longo prazo (RLP) pela soma dos passivos circulante (PC) e exigível a longo prazo (ELP);
>
> d) Comprovação de que dispõe de Índice de Solvência Geral (ISG) igual ou superior a 1,00, entendendo-se ISG como a razão entre o ativo total e a soma do passivo circulante (PC) e exigível a longo prazo (ELP);
>
> e) A LICITANTE que apresentar o ILG menor que 0,50, poderá obter a qualificação econômico-financeira desde que demonstre possuir ISG igual ou superior a 1,00 e comprove possuir patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado do CONTRATO indicado no item 23 deste EDITAL;

Examinando-se o projeto básico, não se verifica qualquer justificativa para a adoção de tais índices. Além disso, restou verificado no tópico II.2 que em momento algum foi realizada pela SECONT "*análise quanto à regularidade procedimento, bem como quanto aos aspectos econômico financeiros relevantes*" (art. 6° do Decreto n. 3459-R, de

[16] § 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e **devidamente justificados** no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, **vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação**. (grifos nossos).

11/12/2013), cuja análise também deveria englobar a pertinência e relevância desses índices, nos termos do Decreto n. 3459-R, de 11/12/2013.

II.15 – Exigência cumulativa de capital social e garantia de proposta

Resta observado, em leitura às alíneas "f" e "g" do item 10.5 do Edital n. 12/2014 a previsão de exigências – cumulativas – que conflitam com a Lei de Licitações e Contratos, mais especificamente com o § 2° do art. 31[17].

> f) A LICITANTE deverá comprovar na data de apresentação do Envelope 01 – HABILITAÇÃO, através do estatuto social, contrato social ou balanço patrimonial, que **dispõe de capital social mínimo totalmente integralizado no valor equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado do contrato de concessão**. No caso de CONSÓRCIO cada empresa consorciada deverá fazer a referida comprovação na proporção de sua participação no CONSÓRCIO.
>
> g) **A LICITANTE deverá apresentar Garantia da Proposta em uma das modalidades previstas no caput e § 1° do art. 56 da Lei Federal n° 8.666/93, no valor equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado do CONTRATO indicado no item 23 deste EDITAL.** (grifos nossos)

De fácil leitura, o dispositivo legal "determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado" (STJ, REsp n. 822.337/MS, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 01/06/2006).

Assim, denota-se que exigência de capital social mínimo acrescido de garantia de proposta vai de encontro aos princípios que devem reger o procedimento licitatório, mais especificamente o princípio da competitividade, além de afrontar diretamente o § 2° do art. 31 da Lei n. 8.666/93, conforme se vê nos julgados do Tribunal de Contas da União:

> **Número do Informativo de Licitações e Contratos:** 124
> **Colegiado:** Plenário
> **Enunciado:** 5. **A exigência simultânea de capital integralizado mínimo e de prestação da garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993 afronta o disposto no § 2º do art. 31 dessa mesma lei**
> **Texto:** Auditoria na Superintendência da Funasa em Roraima avaliou o andamento da primeira etapa da obra de macrodrenagem no município de Caracaraí/RR, nas Bacias Livramento e São José do Operário. A equipe de auditoria apontou, entre vários indícios de irregularidades, o fato de o edital da licitação ter exigido, para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, a apresentação de capital integralizado mínimo de R$ 257.731,00, simultaneamente com a garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93. Após avaliar os

[17] § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

argumentos dos responsáveis (ex-prefeito, integrantes da comissão de licitação e assessora jurídica), considerou-as insatisfatórias, visto que a exigência de capital social ou de patrimônio líquido mínimo juntamente com a prestação de garantia, afronta o disposto no § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93. Isso porque, segundo tal comando, **"a comprovação econômico-financeira deve ser atendida por uma dessas possibilidades e não pelas duas juntas".** Elencou, em seguida, diversas deliberações do Tribunal nesse sentido. O relator, por sua vez, ao endossar a proposta de encaminhamento da unidade técnica, ressaltou o fato de que "Somente duas empresas, com sócios e endereços em comum, retiraram o edital, e apenas uma delas compareceu ao certame". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu, entre outras medidas, rejeitar as razões de justificativas dos responsáveis e apená-los com multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992. Precedentes mencionados: Acórdãos 2.098/2010, 1.102/2009, 6.613/2009 e 1.039/2008, todos da 1ª Câmara, 383/2010, da 2ª Câmara, 556/2010, 107/2009, 1.265/2009, 2.073/2009, 701/2007 e 1.028/2007, do Plenário. Acórdão n.º 2521/2012-Plenário, TC-011.384/2011-5, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 19.9.2012.

II.16 – Cláusula genérica acerca das gratuidades e benefícios tarifários

Observa-se do item 22.1 do Edital de Concorrência n. 12/2014 mera alusão às gratuidades e benefícios tarifários, sem qualquer análise e disposição editalícia acerca do impacto financeiro gerado e que deverá ser suportado pela concessionária, pelo poder concedente ou até mesmo pelos usuários, através da majoração da tarifa.

> **22 – DAS GRATUIDADES E BENEFÍCIOS TARIFÁRIOS**
>
> 22.1 – As gratuidades e os benefícios tarifários são aqueles previstos na legislação federal e estadual pertinente.

Assim, tal dispositivo não coaduna com o que deve ser encontrado nos editais para concessão de serviços públicos, uma vez que o preço estabelecido através da licitação deve incorporar não só o ônus decorrente da necessidade de proporcionar um serviço adequado, mas também o das gratuidades.

Portanto, **o detalhamento das gratuidades e benefícios tarifários caracteriza informação indispensável para a outorga de concessão de serviço público**, que deve ser aferido, inclusive, quando do estudo da viabilidade técnica e econômica visando verificar o impacto destes na pretendida contratação, o que não pode extraído da documentação anexa ao edital atacado.

II.17 – Indicação do valor estimado do contrato

Consta do item 23 do Edital de Concorrência n. 12/2014 a estimativa do valor contratual.

> **23 – DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO**
>
> 23.1 – Valor Estimado do Contrato é o valor total estimado das receitas líquidas anuais da LICITANTE contratada durante o prazo de 25 (vinte e cinco) anos de vigência da concessão, trazido a valor presente (VPL) com a taxa de 9% ao ano.

> 23.1.1 – O Valor estimado do Contrato é de R$ 650.393.682,00 (seiscentos e cinquenta milhões, trezentos e noventa e três mil, seiscentos e oitenta e dois reais).

Falta clareza às cláusulas em questão. Uma estabelece valor flexível ao contrato (vinculação às receitas líquidas anuais da licitante); outra estabelece preço fixo, no valor de R$ 650.393.682,00, sem amparo em qualquer dado técnico, o qual deveria constar do projeto básico.

A dúvida sobre tais cláusulas prejudica a lisura do certame, gerando incerteza ao licitante, com prejuízo à competitividade.

II.18 – Falhas na fixação do prazo de concessão e sua prorrogação

Extrai-se do item 24.1 do Edital de Concorrência n. 12/2014, a seguir exposto, a fixação de prazo de vigência da concessão, bem como a previsão de sua prorrogação.

> 24.1 – O prazo de concessão será de 25 (vinte e cinco) anos, contado da data de publicação do extrato do contrato de concessão no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, o qual será prorrogado, por uma única vez e por igual período, desde que a Concessionária requeira a prorrogação em até 12 (doze) meses antes do seu vencimento e quite, se devedora, as suas dívidas junto ao DER-ES, e apresente nova garantia da execução contratual.

Conforme lição de Marçal Justen Filho[18], "*o prazo da concessão é fator fundamental para a definição da viabilidade financeira e cálculo da taxa de retorno do investimento*", devendo, pois, ser estabelecido com base em densa análise.

Além disso, José dos Santos Carvalho Filho[19] ensina que:

> Não há norma expressa que indique o limite de prazo, com o que a fixação deste ficará a critério da pessoa federativa concedente do serviço. É claro que o prazo deverá levar em conta o serviço concedido. Tratando-se de serviços para cuja prestação se exija o dispêndio de recursos vultosos, deve o contrato ser firmado em prazo que assegure ao concessionário o ressarcimento do capital investido, porque, a não ser assim, não haveria interesse da iniciativa privada em colaborar com o Poder Público.
>
> Fora daí, a concessão deve ser outorgada em prazo compatível com o princípio da igualdade de oportunidades a ser proporcionada a todos quantos se interessem em executar atividades de interesse coletivo (art. 37, XXI, CF), rendendo ensejo a que se reavalie o serviço prestado, o prestador, o preço do serviço etc. em um novo procedimento licitatório.

Todavia, nota-se, em apreciação aos anexos do Edital em questão, que **a definição do prazo de vigência da concessão encontra-se esvaziada de qualquer**

[18] Ibidem. p. 219.
[19] Ibidem. p. 375.

fundamentação razoável, parecendo tratar de decisão arbitrária da Administração Pública, o que vai de encontro com o que se anseia da concessão.

Igualmente, **observa-se falha grave na previsão de prorrogação de prazo de concessão com base em pedido exclusivo do concessionário**.

Em relação ao tema, já decidiu o Tribunal de Contas da União que a possibilidade de prorrogação do prazo de concessão é uma faculdade outorgada à Administração Pública, que deverá analisar a sua pertinência.

> **Número do Informativo de Licitações e Contratos:** 105
> **Colegiado:** Plenário
> **Enunciado:** **A possibilidade de prorrogação do prazo de vigência de contrato de concessão de área pública, ainda que prevista em lei e em contrato, é faculdade outorgada à Administração e não direito subjetivo do contratado**
> **Texto:** Pedido de Reexame interposto pela empresa Laselva Comércio de Livros e Artigos de Conveniência Ltda. buscou reformar o Acórdão nº 3060/2008 ? Plenário, por meio do qual o Tribunal considerou regular decisão da Infraero de não prorrogar o prazo de vigência de Contrato de Concessão de uso de área localizada no Terminal de Passageiros I do Aeroporto de Guarulhos. A recorrente, entre outros argumentos, asseverou que a prorrogação contratual seria "ato vinculado", uma vez que estariam presentes as condições exigidas pela Infraero para utilização do bem público: o adimplemento de suas obrigações contratuais e a regularidade fiscal. Acrescentou que o termo "poderá", contido em cláusula contratual que dispõe sobre a possibilidade de extensão da vigência do contrato não caracterizaria faculdade atribuída a Administração, visto que todo poder, em direito público, traz implícita a ideia de "dever". O relator, em linha de consonância com a unidade técnica, não vislumbrou desvio de poder ou ilegalidade na decisão da Infraero de não prorrogar o instrumento contratual. Além disso, observou que a área pretendida pela empresa já foi objeto de leilão recente, realizado em 6/2/2012. Ao final, validou argumento da Infraero, no sentido de que cabia a ela decidir sobre a pertinência de prorrogar ou não o citado contrato. E arrematou: **"A prorrogação contratual, mesmo que autorizada em lei e prevista no termo avençado, é uma faculdade outorgada à Administração e não um direito subjetivo do contratado".** O Tribunal então, com suporte em proposta do relator, decidiu conhecer o pedido de reexame apresentado citada empresa e, no mérito, negar provimento a esse recurso. Acórdão n.º 1084/2012-Plenário, TC 030.543/2008-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 9.5.2012. (grifo nosso)

Aliado a isto, deve-se enfatizar que o interesse público a ser contemplado na eventual prorrogação deve se referir à primazia do interesse da Administração Pública e, ao mesmo tempo, dos usuários, restando, pois, cabalmente comprovado que tal extensão assegurará menor preço de tarifa do que aquele resultante de novo procedimento licitatório. Ou seja, devem ser resguardados os princípios da supremacia do interesse público pelo privado e da modicidade tarifária.

Insta destacar que eventual prorrogação deve ainda trazer a revisão da tarifa, a fim de excluir a parcela correspondente à amortização dos investimentos já efetuados.

II.19 – Pontuação desproporcional dos itens atinentes aos critérios estipulados para a avaliação da proposta técnica

Encontra-se disposto no Anexo VI as instruções para a apresentação e os critérios de julgamento da proposta técnica, constando, pois, as seguintes pontuações:

Itens para Pontuação	Pontos
a. Comprovação de Experiência na Operação, em quantidade de veículos ou Comprovação de serviço Prestado, em PKT (passageiros transportados quilômetro)	Quantidade de % (percentual) da frota das linhas licitadas: 100% da frota da ÁREA DE LINHAS = 10 pontos > 95% e < 100% da frota da ÁREA DE LINHAS = 8 pontos > 90% e <= 95% da frota da ÁREA DE LINHAS = 6 pontos > 85% ou <= 90% da frota da ÁREA DE LINHAS = 4 pontos > 80% ou <= 85% da frota da ÁREA DE LINHAS = 2 pontos 80% da frota da ÁREA DE LINHAS = 0 pontos OU Quantidade de % (percentual) de PKT da ÁREA DE LINHAS: > 90% de PKT da ÁREA DE LINHAS = 10 pontos > 80% e <= 90% de PKT da ÁREA DE LINHAS = 8 pontos > 70% e <= 80% de PKT da ÁREA DE LINHAS = 6 pontos > 60% e <= 70% de PKT da ÁREA DE LINHAS = 4 pontos > 50% e <= 60% de PKT da ÁREA DE LINHAS = 2 pontos 50% PKT da ÁREA DE LINHAS = 0 pontos
b. Comprovação de posse de garagens, em percentual da frota total	Quantidade de % (percentual) da frota da ÁREA DE LINHAS para estacionamento: > 80% da frota da ÁREA DE LINHAS = 20 pontos > 75% e <= 80% da frota da ÁREA DE LINHAS = 10 pontos > 70% e <= 75% da frota da ÁREA DE LINHAS = 6 pontos 70% da frota da ÁREA DE LINHAS = 0 pontos
c. Comprovação da disponibilidade de locais de venda de passagens, em percentual da quantidade de municípios atendidos na ÁREA DE LINHAS, por porte de município	Quantidade de locais de venda: 100% dos municípios com população acima de 20 mil habitantes + 100% dos municípios com população de 15 mil a 20 mil habitantes = 5 pontos 100% municípios com população de 15 mil a 20 mil de habitantes = 2,5 pontos 100% municípios com população acima de 20 mil habitantes = 0 pontos
d. Idade média de 30% da frota total de ônibus convencional, que deverá estar disponível, para vistoria, até 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato de concessão	Idade média da frota de 30% dos ônibus convencionais 0 anos (ônibus zero quilômetro) = 40 pontos > 0 e <= 3 anos = 20 pontos >3 e <= 5 anos = 10 pontos
e. Utilização de Emissor de Cupom Fiscal (ECF)	Faz utilização de ECF? Sim = 5 pontos Não = 0 pontos
f. Regularidade ambiental	Licenças já disponíveis com prazo em vigor ou com prazo vencido e respectivo pedido de prorrogação protocolado Tem licença na condição acima para mais de 2 (dois) locais = 12 pontos Tem licença na condição acima para mais de 1 (um) local = 5 pontos Não tem licença para nenhum local = 0 pontos
g. Sistema de gestão de qualidade – ISO 9001:2008	Tem certificação ISO 9001:2008 Sim = 8 pontos Não = 0 pontos

Observa-se que a licitante que possuir 30% da frota dos ônibus convencionais[20] com idade média de zero quilômetro[21] conseguirá **40 pontos**, ou seja, o **dobro** da pontuação daquele que possuir garagens para mais de 80% da frota e o **quádruplo** daquele que possuir experiência na operação de 100% da frota da Área de Linhas ou comprovação de transporte de mais de 90% dos passageiros da Área de Linhas.

Mesmo os licitantes que comprovarem possuir 30% da frota dos ônibus convencionais com idade média de até 3 anos obterá o **dobro** de pontos daquele que possuir experiência na operação de 100% da frota da Área de Linhas ou comprovação de transporte de mais de 90% dos passageiros da Área de Linhas.

Do mesmo modo, observa-se que a comprovação da posse de garagem é mais importante, ou melhor, **mais pontuada**, que a experiência na operação ou a comprovação do serviço prestado.

Ainda, constata-se que aquele possuir locais de venda de passagens em 100% dos municípios com população de 15 mil a 20 mil habitantes receberá **2,5 pontos**; enquanto que aquele que possuir locais de venda em 100% dos municípios com população acima de 20 mil habitantes **nada ganhará**.

Tais dados demonstram a falta de proporção e aleatoriedade dos critérios adotados, sendo que não há no projeto básico qualquer justificativa para a sua adoção de modo a conduzir a seleção da melhor proposta.

II.20 – Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação

Colhe-se da leitura da Cláusula XXIV, item 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 XXIV – DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO**
>
> [...] 2. A transferência de direitos e obrigações da exploração de linha(s) que compõe(m) a ÁREA DE LINHAS, objeto deste Contrato, no todo ou em parte, poderá ser feita entre as empresas consorciadas do mesmo consórcio ou não, **assim como para empresa(s) que dele(s) não participe(m)**, após 120(cento e vinte) dias da data da publicação do extrato do contrato de concessão no Diário Oficial do Estado, mediante requerimento conjunto das interessadas e necessária anuência prévia do Poder Concedente. Em caso de concessionária das linhas que compõem a ÁREA DE LINHAS ser empresa isoladamente, poderá ocorrer a transferência dos direitos e obrigações da exploração da(s) linha(s) que a compõe(m), no mesmo prazo, condições e mediante a necessária anuência prévia do Poder Concedente. Para a transferência de controle societário também deverá haver a necessária anuência prévia do Poder Concedente. (grifo nosso)

[20] Observa-se na alínea "e" do item 10.4 do Edital de Concorrência n. 12/2014 que a frota é composta de ônibus rodoviário convencional, ônibus rodoviário tipo executivo, ônibus com características urbanas, ônibus com características urbanas e com ar condicionado e micro-ônibus.

[21] Conforme disposto na alínea "e" do item 10. 4 do Edital de Concorrência n. 12/2014, considera-se ônibus convencional zero quilômetro aquele cuja data do 1° (primeiro) emplacamento tenha ocorrido no ano de 2014.

Trata-se, pois, de hipótese de prestação de serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros sem prévia licitação, em clara violação ao art. 175 da Constituição Federal[22], mas em consonância com a disposição inserta no art. 27, "*caput*" e § 1°, da Lei Federal n. 8.987/1995 e no art. 27, "*caput*", e parágrafo único da Lei Estadual n. 5.720/1998.

> **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.
>
> **Lei n. 5.7201998**
> **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.

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 XXIX[23], 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**

[22] 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)

[23] Disponível no endereço eletrônico: http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1241.pdf (05/12/2014).

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 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, [...].**
>
> **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)

Assim, as normas em análise 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.

Nesta seara, cabe destacar 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.

> **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 n° 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 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 *intuito 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, §2°, 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 mesmo direitos e obrigações do sucedido.

7 ¿ 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 imemoriais, quando as funções e outorgas públicas se davam entre parentes (hereditariamente).

8 ¿ Julga-se procedente o pedido e declara-se, com efeitos *ex tunc* e *eficácia erga omnes*, a inconstitucionalidade material da Lei Municipal n° 8.176/2011. (ADI n. 100130013418 – Tribunal Pleno, Rel. Des. Manoel Alves Rabelo, DJ 31/10/2013).

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

Ao mesmo tempo, importante trazer lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral[24] no sentido de que os juristas não apenas reputem 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.

[24] *In* Concessão de Serviço Público. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 25.

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**.

II.21 – Ausência de cláusulas essenciais do contrato do concessão

Em apreciação às cláusulas inseridas na Minuta Contratual não é possível encontrar previsões relativas à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente e à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária, restando violado, deste modo, os incisos XIII e XIV do art. 23 da Lei n. 8.987/1995.

Necessário destacar, quanto à falha na previsão relativa à prestação de contas por parte da concessionária, a inteligência de Marçal Justen Filho[25] que nos revela a imprescindibilidade desta disposição.

> [...] o dever de prestar contas é imposto pela Lei. Não pode ser dispensado pelo contrato, nem de modo indireto.
>
> O descumprimento do dever de prestar contas caracteriza inadimplemento contratual. [...] Logo, [...] autoriza o concedente a exigi-las compulsoriamente ou adotar providências para ter acesso aos documentos e à contabilidade do concessionário. Poderia, mesmo, impor-se multa. É que a prestação de contas constitui dever acessório do concessionário.

III. DA MEDIDA CAUTELAR

Conforme previsto no Edital, no item 1.5, a abertura dos envelopes de habilitação ocorrerá às 14 horas e 30 minutos do dia **30 de dezembro de 2014**, razão pela qual se faz necessária a expedição de **provimento liminar cautelar, *inaudita altera parte***, para que seja sustado o prosseguimento do certame até decisão final de mérito por essa egrégia Corte de Contas.

Restou cabalmente demonstrado nesta representação que o Edital de Concorrência n. 12/2014 está maculado de diversos vícios graves, **decorrente da adoção de atos e cláusulas absolutamente contrárias às Leis Federais n. 8.987/1995 e 8.666/1993 e a Lei Estadual n. 5.720/1998.**

As vicitudes do edital apontadas são facilmente aferíveis de plano, mediante mera análise do instrumento convocatório, demonstrando, com robustez, a violação da Constituição Federal e aos regramentos acima citados, o que compromete a lisura do procedimento **(relevância do fundamento da demanda – "*fumuns boni juris*".**

[25] Ibidem. p. 325.

Por outro lado, tais irregularidades frustram o caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação prejudicial ao interesse público, notadamente por refletir na adequação e eficácia do serviço a ser prestador pelo concessionário, situação fática de difícil irreversibilidade, sendo de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente **(justificado receio de ineficácia do provimento final – *"periculum in mora"*.**

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, § 1°, 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, 108, 124 e 125, II, da LC n. 621/2012, a concessão de **medida cautelar *inaudita altera parte***, determinando que ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas - SETOP que promova a imediata SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA n. 12/2014 até decisão final de mérito, notificando-o nos termos do art. 307, § 4º, do RITCEES para o cumprimento da decisão e adoção das demais providências legais;

3 – a oitiva da parte, 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;

4 – NO MÉRITO, seja provida a presente representação para que seja declarada a ilegalidade do Edital de Concorrência n. 12/2014, **determinando-se**, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c arts. 1º, XVI, e 109 e 110 da LC n. 621/2012, ao Secretário de Estados dos Transportes e Obras Públicas - SETOP que adote as medidas necessárias à anulação da CONCORRÊNCIA n. 12/2014, sob pena de, se não atendido, o próprio Tribunal sustar o ato impugnado e aplicar multa ao responsável.

Vitória, 8 de dezembro de 2014.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS