

*Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva*

**PROCESSO TC : 0434/2015**  
**INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS**  
**JURISDICIONADO : SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS - SETOP**  
**ASSUNTO : REPRESENTAÇÃO**  
**RESPONSÁVEIS : FÁBIO NEY DAMASCENO e JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍDULA**

**DECISÃO MONOCRÁTICA PRELIMINAR**  
**DECM 330/2015**

Cuidam os presentes autos de **Representação com Pedido de concessão de medida cautelar**, formulada pelo Ministério Público Especial de Contas, recebida por esta Corte de Contas, em 09/01/2015, acerca de possíveis irregularidades praticadas no âmbito da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas - SETOP, referente ao Edital de Concorrência Pública nº 02/2014, do tipo “melhor técnica e menor tarifa”.

Infere-se da peça de representação que a Secretaria de Estados dos Transportes e Obras Públicas – SETOP, por meio da Comissão Administrativa Especial de Licitação, promoveu o certame em referência, com o fim de selecionar empresas para contratação a fim de que fosse prestado o Serviço Público de Transporte Coletivo Urbano Municipal de Passageiros de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal Metropolitano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória - TRANSCOL, em regime de concessão.

Arguiu o Ministério Público Especial de Contas que o Edital de Concorrência Pública nº 02/2014 está eivado de vícios insanáveis, o que acarreta a nulidade do certame e das consequentes contratações, no que tange ao apontamento das seguintes irregularidades, constantes da peça exordial, quais sejam:

- II.1 – Incoerências do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica apontadas pela SECONT e não sanadas pelo órgão licitante;
- II.2 – Ausência de motivação da escolha de critério de julgamento no ato de justificação de concessão;
- II.3 – Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame;

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

- II.4 – Adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade;
- II.5 – Inconstitucionalidade da previsão da Taxa de Gerenciamento;
- II.6 – Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação;
- II.7 – Excentricidade de disposição editalícia que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, defina o valor do SUBSÍDIO, bem como o Sistema de Bilhetagem Eletrônica.**
- II.8 – Cláusula restritiva vedatória à participação na licitação de empresas em recuperação judicial;
- II.9 – Cláusula restritiva vedatória à participação na licitação de microempresas e empresas de pequeno porte;
- II.10 – Visita Técnica Obrigatória;
- II.11 – Ausência de critério objetivo para desclassificação das Propostas Financeiras;
- II.12 – Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações exigidas à qualificação técnica;
- II.13 – Obscuridade/complexidade da fórmula para cálculo da tarifa;
- II.14 – Assunção de riscos pelo Poder Concedente;
- II.15 – Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação;
- II.16 – Ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão.

Por fim, requer a concessão de medida cautelar no que se refere ao **item II.7** da Representação (Excentricidade de disposição editalícia que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, defina o valor do SUBSÍDIO, bem como o Sistema de Bilhetagem Eletrônica), **a fim de que se determine a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas - SETOP que reassuma a operação da “câmara de compensação”**, imediatamente, por meio da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória- CETURB-GV.

Ressalta-se, que o procedimento licitatório já fora exaurido, tendo sido adjudicado seu objeto, encontra-se na fase de execução contratual, tendo por concessionárias contratadas para prestação do serviço público essencial os Consórcio Sudoeste e Consórcio Atlântico Sul formados por blocos de empresas.

**É o sucinto relatório.**

**DECIDO:**

**1. DO CABIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR:**

Acerca do tema cautelar, a Lei Complementar 621/2012, em seus artigos 108 e 124 estabelecem, *verbis*:

*Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva*

**Art. 108** - O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, inclusive em caráter cautelar, o procedimento licitatório, caso sejam constatadas irregularidades ou ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto nos artigos 100 e 101 e no Título V desta Lei Complementar.

[...]

**Art. 124** - No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

**Parágrafo único.** Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno. - grifei e negritei

O douto Representante do Ministério Público de Contas trouxe aos autos elementos quanto a possíveis irregularidades contidas no Edital de Concorrência nº 02/2014, com vistas à contratação de serviços públicos, inerentes ao transporte coletivo urbano municipal e intermunicipal metropolitano de passageiros, em regime de concessão.

Indubitavelmente, é de se reconhecer que o representante demonstra interesse e legitimidade, em face do disposto no art. 99, § 1º, inciso VIII c/c art. 37 da Lei Complementar nº 621/2012, bem como em razão da documentação juntada aos autos, motivo pelo qual a representação se mostra cabível, devendo ser processada.

Neste passo, registro que, nos termos da Decisão Monocrática Preliminar nº 65/2015, às fls. 44/48, a presente Representação foi conhecida, contudo, sem adentrar à análise da medida de urgência, razão pela qual farei análise individual dos itens objeto da representação.

## **2. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:**

Registro que a representação em questão se dá em razão de procedimento licitatório realizado, com vistas a selecionar proposta mais vantajosa, a fim de contratar empresas, no caso consórcio de empresas, para que preste serviço público de transporte de passageiros, serviços estes reputados como essenciais a vida cotidiana do cidadão, não podendo eles sofrer qualquer tipo de solução de continuidade, sob pena de que seus efeitos sejam devastadores na vida dos usuários cidadãos, verdadeiro caos social, se ocorrida tal interrupção.

A Lei 7783/1989, a chamada Lei de Greve, conferiu contornos mais compreensíveis sobre o que vem a ser serviço essencial, especificamente quando dispõe no seu artigo 11, parágrafo único, o que vem a ser serviço público essencial: "São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população."

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Assim, em sede de análise integrativa da norma, em relação a sua finalidade, constrói-se o conceito de serviços públicos essenciais, sendo aqueles serviços ou atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, ou seja, das necessidades que coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Referida Lei 7.783/89, destaca em seu artigo 10, o serviço de transporte coletivo, como serviço essencial, *verbis*:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

[...]

V - **transporte coletivo**; – grifei e negritei

A mencionada norma legal tem abrangência nacional, podendo ser classificada como uma norma jurídica nacional, ou seja, que atinge a coletividade sem distinção, sendo autônoma, podendo ser estendida a quaisquer casos ou condições que levem a interrupção de serviço de natureza essencial.

É de se registrar que a mencionada lei não regula apenas matérias atinentes às greves, visto que define as atividades essenciais, portanto, de aplicação geral, conforme o caso em tela.

A doutrina mais balizada conceitua ser o serviço público como a atividade desenvolvida direta ou indiretamente pelo Estado, objetivando proporcionar ao cidadão as condições mínimas de vida, não podendo ser suspenso sob pena de transgredir direitos constitucionais a ele assegurados.

Nesta premissa, são os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*in*, Direito Administrativo, que assim leciona, *litteris*:

"a continuidade do serviço público, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos contratos administrativos e ao exercício da função pública" – grifei e negritei.

No mesmo sentido é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos (*in* Curso de direito administrativo, 2. ed. – São Paulo), quando explica o caráter essencial do serviço público, *in verbis*:

**"O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção.** Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade"... **"Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento,** como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, **da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória**". - grifei e negritei

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Neste sentido é a jurisprudência de nossos Tribunais, conforme decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *verbis*:

Ementa: ADMINISTRATIVO. **TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EMPRESA QUE EXPLORA LINHA INTERESTADUAL** SEM PERMISSÃO DO PODER PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DEFLAGRAR PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. GARANTIA DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. 1. A empresa Agravante explora há mais de 10 (dez) anos linha rodoviária interestadual de passageiros entre Palmas/TO e Natal/RN, não logrando êxito, perante o Poder Público, na regularização da operação, por meio de abertura do competente processo licitatório para exploração do serviço público, configurando-se, assim, a omissão da Administração Pública no cumprimento de suas atribuições. 2. **Nessas circunstâncias, admite-se a intervenção do Poder Judiciário para assegurar a continuidade da prestação do serviço de transporte rodoviário, até que seja realizada a regular licitação, garantindo-se, assim, o direito constitucional de ir e vir da coletividade beneficiada.** Precedentes da Turma. 3. Agravo de instrumento provido. (AG 3091 DF 2005.01.00.003091-7, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, Publicação: 13/06/2005) - grifei e negritei

No mesmo sentido, decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO FINDA. SUSPENSÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. ANULAÇÃO DO ATO. **OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS.**

**A suspensão pelo Tribunal de Contas de procedimento licitatório findo**, sem a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, configura a sustação dos próprios contratos administrativos que dele decorrem, o que, além de extrapolar a competência da Corte de Contas, **impossibilita a prestação do serviço de transporte público urbano, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.**

[...]

Se não bastasse, **verifica-se, ainda, que além de homologado o resultado e adjudicado o objeto do certame, o contrato administrativo foi firmado e as empresas vencedoras da licitação receberam autorização para o início dos serviços.**

Nessas circunstâncias, **a suspensão de procedimento licitatório já concluído configura sustação dos próprios contratos administrativos que dele decorrem, o que, além de extrapolar a competência do Tribunal de Contas, impossibilita a prestação do serviço de transporte público urbano, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais.** (ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Mandado de Segurança nº 0035403-

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

11.2012.8.19.0000, Impetrante: Município de Petrópolis, Impetrado: Exmo. Sr. Presidente Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Relator: DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA) - grifei e negritei

Assim sendo, é de se afirmar que, em regra, **o serviço público essencial não pode ser suspenso ou interrompido, sob pena de ofensa ao consagrado princípio da continuidade da ação estatal, relativamente à prestação dos serviços públicos**, o que caracterizaria prejuízo descomunal à coletividade.

Obviamente que isto não significa que o Egrégio Tribunal de Contas não disponha de meios para sustar a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades verificadas, ainda que se trate de execução contratual, como se vê do caso em tela, posto que pode determinar ao agente público competente a sustação do contrato.

### **3. DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR:**

Vê-se do acerto processual que o Ministério Público Especial de Contas, em sua peça inaugural, apesar de fazer apontamento de diversas irregularidades constantes do certame em referência, se ateve tão somente quanto ao pedido de concessão de medida cautelar, acerca da “excentricidade de disposição editalícia que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, defina o valor do SUBSÍDIO, bem como o Sistema de Bilhetagem Eletrônica” (**item II.7 da Representação**).

Oportuno registrar que **o Egrégio Tribunal de Contas não está adstrito aos termos do pedido formulado pelo douto representante do Parquet de Contas, mas sim à situação fático-jurídica posta nestes autos, bem como nos elementos probatórios coligidos, podendo agir de ofício ou a pedido**, nos termos do art. 108 e 124 da Lei Complementar nº 621/2012, antes transcrita, como antes afirmado.

Naturalmente, a questão a ser analisada neste momento é apenas de juízo cautelar, isto é, se estão presentes os pressupostos para concessão da medida requerida, deixando a análise de mérito para momento posterior, porquanto se afigura mais abrangente.

Contudo, em sede de cognição perfunctória e não exauriente, a análise se aterá à existência do *fumus boni iuris e do periculum in mora*, pressupostos para concessão da medida de urgência, posto que **o interesse público imediato prevalece no que se refere à continuidade da ação estatal relativa à prestação do serviço de transporte público**.

Assim sendo, após análise detida dos autos, verifico que os itens objeto de abordagem pelo douto Representante do Parquet de Contas merecem análise acautelatória, pelo que, com arrimo no artigo 24 da Lei Complementar 621/2012, passo a análise pormenorizada de item a item, conforme transcrito na peça inaugural.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

### **3.1 Incoerências do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica apontadas pela SECONT e não sanadas pelo órgão licitante - (Referente ao item II.1 da Representação).**

O Ministério Público Especial de Contas arguiu que consta do procedimento administrativo nº. 62161733/2013 análise técnica, visando o estudo de viabilidade técnica e econômica da concessão do serviço público, consistindo em avaliar os níveis de subsídios a serem praticados pelo Poder Público ao se ampliar a oferta em algumas linhas com níveis elevados de saturação e transferir ao operador privado algumas atividades que são exercidas pela CETURB - GV ou, ainda, não incorporadas ao Sistema TRANSCOL.

Informa o Representante que apesar da Manifestação Técnica nº 049/2014, da Secretaria de Estado de Controle e Transparência - SECONT, às fls. 1472/14902, esboçar de forma esclarecedora incoerências atinentes ao Estudo de Viabilidade, especificamente em relação ao quantitativo de fiscais e aos valores das peças e acessórios, a Administração Pública não adotou nenhuma providência para saná-las, mantendo-se os dados originais.

Destacou que, conforme informações extraídas da SECONT, as alterações sugeridas ocasionariam significativo impacto financeiro na análise efetuada, e, para tanto, aponta a mudança de índices que acarretariam a retirada de R\$ 9.082.857,22 por ano dos custos operacionais fixos.

Assim, a análise de viabilidade econômico-financeira do projeto significa estimar e analisar as perspectivas de desempenho financeiro do serviço almejado resultante do projeto.

Na concessão de serviços públicos, tal análise permite a estimativa dos níveis de preço do serviço a ser contratado pela administração pública, assim, verificando-se a viabilidade dos custos envolvidos.

Compulsando os autos, volume 4 da mídia eletrônica, vislumbra-se pretensas falhas no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica, que, até então, não foram sanadas quando da concessão dos serviços de transporte, posto que conforme Manifestação Técnica nº 049/2014, da Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT, foram apontado vícios quanto ao quantitativo de fiscais, valores das peças e acessórios.

Diante disto, vislumbro a presença do *fumus boni iuris* acerca da concessão de medida acautelatória, aqui consubstanciado no fato de que os elementos constantes dos autos apontam na pertinência das alegações do representante do Ministério Público Especial de Contas quanto a este apontamento de irregularidade.

### **3.2 Ausência de motivação da escolha de critério de julgamento no ato de justificação de concessão - (Referente ao item II.2 da Representação).**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Aponta o douto Representante do *Parquet* de Contas a falta de motivação da escolha de critério de julgamento para o certame, a saber, melhor técnica combinada com menor preço/KM.

Aduz que a justificativa contida à fl. 1112 do procedimento administrativo licitatório nº 62161733/2013, publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, em 07/01/2014, não consta do ato de justificativa quanto à adoção dos critérios de julgamento das propostas adotados no edital.

No tocante a esta matéria, parece-me que esta se confunde com o mérito da representação, sendo certo que o Judiciário assim já se manifestou acerca do tema, *litteris*:

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL ACOLHIDO COMO AGRAVO. ART. 16 DA LEI 12.016/09. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. **MATÉRIA DO RECURSO CONSTITUI O MÉRITO DO WRIT. MOMENTO INOPORTUNO PARA APRECIACÃO, SOB PENA DE TUMULTO E CONFUSÃO PROCESSUAL. EXAURIMENTO DO MÉRITO.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. A agravante, insatisfeita com a decisão que indeferiu a liminar, interpôs recurso **aduzindo matéria que constitui o mérito da ação mandamental e sendo assim, entendo que apreciá-la nesse momento, causaria tumulto e confusão processual, posto que inevitavelmente seria esvaziado por completo o mérito do mandamus,** antecipando seu julgamento em momento inadequado e impróprio. 2. Recurso conhecido e desprovido. Decisão unânime. (TJ-PA - MS: 201330284518 PA, Relator: MARIA DO CEO MACIEL COUTINHO, Data de Julgamento: 19/11/2014, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 24/11/2014) – grifei e negritei

Desta maneira, em razão da possível confusão com o mérito da questão posta, deixo, por hora, de apreciá-la, para, se for o caso, promovê-lo após o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte dos representados se acaso estiverem dissociados os termos da medida acautelatória do mérito da questão.

### **3.3 Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame (Referente ao item II.3 da Representação).**

Registra a peça exordial que no Edital de Concorrência nº 02/2014 consta a existência de cláusulas extremamente nocivas ao interesse público, visto que permite conhecer de antemão as empresas que efetivamente participarão do certame, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para prévia combinação dos preços.

Assevera que para obtenção do edital, ainda que seja por meio do site ([www.setop.es.gov.br](http://www.setop.es.gov.br)), **é necessário o cadastramento prévio do interessado, momento no qual deverá ser informado e-mail, empresa, contato e telefone, o que possibilita a identificação do licitante,** infringido o sigilo da licitação.

*Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva*

Acerca deste item, analisando detidamente os autos, constato que do Edital sob análise constam dispositivos editalícios que afrontam o princípio do sigilo das propostas, sendo certo que, da forma como foi elaborado, permite o conhecimento prévio dos licitantes.

Destaca-se os seguintes itens contidos no Edital, vejamos:

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

[ ... ]

## **5. DA VISITA TÉCNICA**

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

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

[...]

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

[ ... ]

## **7. DO RECEBIMENTO DA DOCUMENTAÇÃO E DAS PROPOSTAS**

[ ... ]

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

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

[ ... ]

## 12. DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO- ENVELOPE Nº 03

[ ... ]

### 12.4. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

[ ... ]

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

Assim sendo, como é cediço, o procedimento licitatório visa assegurar igualdade de condições aos participantes do certame, com o objetivo de contratar com o Poder Público.

A lei que regula o procedimento licitatório (Lei 8.666/93), estabelece critérios objetivos de seleção das propostas de contratação mais vantajosas para o interesse público e disciplina, em seu § 3º, do artigo 43, o seguinte, *verbis*:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 3º - É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta** – grifei e negritei.

O sigilo na apresentação das propostas permite a igualdade entre os licitantes, evitando assim que um determinado proponente venha a conhecer a proposta de seu concorrente, em momento anterior a apresentação da proposta a ser apresentada.

Tal regra foi estabelecida pelo legislador ordinário e deve ser observada pela Administração Pública, a fim de se evitar possível ocorrência de em certames, sejam eles quais forem.

Daí a necessidade de sigilo que há de ser guardado relativamente a todas as propostas, até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após a habilitação dos proponentes.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

É certo, pois, que a feitura de documentação que implique antecipação do conhecimento dos licitantes, pode ensejar a anulação do procedimento, como bem decidiu o Egrégio Tribunal de Contas de São Paulo, *in verbis*:

[...] Não **obstante, as exigências de garantia de participação antecipada, bem como a visita técnica em única data e horário**, necessariamente realizada por Engenheiro Civil, são questões que comprometem a regularidade da licitação e contrato decorrente. (Processo TC nº 40942/026/12, Relator: Conselheiro Renato Martins Costa) – grifei e negritei

Neste aspecto, ainda que de uma análise perfunctória, tenho que as exigências contidas no edital em apreço, permitem o conhecimento antecipado dos participantes, ferindo normas relativas ao processo de licitação, o que enseja a concessão da medida por ocorrência do *fumus boni iuris* relativamente a este apontamento de irregularidade.

### **3.4 Adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade - (Referente ao item II.4 da Representação).**

Expõe a peça de representação que a Administração Pública, quando da escolha de critério de julgamento, adotou critério, qual seja, o da melhor técnica com menor preço/km, com pesos diferenciados para cada um dos critérios, sem, contudo, motivar o primeiro critério.

Aduz que 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.

Estabelece, pois, a lei que regula a concessão de serviço público (Lei 8.987/1995), em seu art. 6º, que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, *litteris*:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão **pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**. – grifei e negritei

O serviço público deve se destinar a satisfazer as necessidades da sociedade e não consistir em uma forma de o Estado auferir receitas, razão pela qual a opção pelo critério da melhor técnica consistiria em desvio de finalidade.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Neste sentido tem decidido o Tribunal de Contas da União, conforme conta do Processo TC 014.205/2011-4, Natureza: Solicitação do Congresso Nacional, cujo voto condutor assim o contem, *litteris*:

[...]

**A permanência de modelo que não incentiva a eficiência, que não permite a repartição de ganhos com os usuários e admite a existência de ganhos de monopólio não se coaduna com o Estado Democrático de Direito** e com as disposições contidas na legislação que rege a matéria.

Acredito firmemente na possibilidade de a ANTT, em conjunto com a sociedade e as concessionárias, construir um consenso a respeito da realização de revisões periódicas nas atuais concessões, o que evitaria a necessidade de não renovação das outorgas e de novas licitações ao fim dos prazos pactuados.

Ademais, se as concessionárias ostentam o inalienável direito à justa remuneração, com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, também **os usuários da rodovia possuem o indeclinável direito à modicidade tarifária, com a manutenção das cláusulas econômico-financeiras.**

Na hipótese, é evidente o lado para o qual a balança já oscilou.

[...]

34. Imbuído da competência estabelecida na Constituição Federal de 1988 (CF/88), **o TCU tem acompanhado as delegações de serviços públicos e a respectiva execução desses contratos, buscando contribuir para a existência de serviços adequados, ou seja, que satisfaçam as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.**” – grifei e negritei

Posto isto, considerando presente o pressuposto para concessão da medida cautelar, o *fumus boni iuris*, consubstanciado aqui pela **ofensa ao princípio da modicidade tarifária**, decorrente da adoção do critério da maior técnica, havendo necessidade de ajustes, a fim de que seja otimizada a prestação do serviço de transporte público de passageiros.

### **3.5 Inconstitucionalidade da previsão da Taxa de Gerenciamento - (Referente ao item II.5 da Representação).**

Relativamente a este apontamento de irregularidade, o douto Representante do Ministério Público Especial de Contas suscita incidente de inconstitucionalidade sobre o seguinte fundamento, vejamos:

“Colhe-se do inciso XXVII do item 2.1 do Edital de Concorrência n. 02/2014, repetido na alínea "t" do item 1.1 da Minuta Contratual, a definição de taxa de gerenciamento como sendo a taxa estabelecida pelo

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Poder Concedente dos serviços de transporte público, fixada por lei em 5% sobre o valor final calculado para a Tarifa Usuário, arrecadada pelas empresas concessionárias e repassada ao Órgão Gestor do Sistema.

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

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

Como forma de fundamentar suas alegações, o *Parquet* de Contas colacionou alguns julgados que apontam a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de gerenciamento, em contrato de concessão de serviços de transportes coletivo.

Trata-se, pois, de matéria referente à inconstitucionalidade da cobrança de taxa de gerenciamento de verdadeiro incidente processual, competência esta reservada ao Plenário, por se tratar de cláusula de reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal/1988.

Neste sentido é o ensinamento do Prof. José Carlos Barbosa Moreira, *litteris*:

**“Nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal, exceto o ‘órgão especial’ de que cogita o art. 93, nº XI, da Carta da República, tem competência para declarar inconstitucional, mesmo incidentalmente, uma lei ou outro ato normativo do poder público. É o que resulta do preceito segundo o qual a inconstitucionalidade não pode ser declarada senão pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou – onde exista – do ‘órgão especial’ acima referido”.** (Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 15ª ed., n. 30, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39). – grifei e negritei

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal - STF editou a Súmula Vinculante nº 10, que assim prescreve, *verbis*:

**“viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”** – grifei e negritei

Cabe ressaltar que a mencionada regra comporta exceções, em caso de declaração de inconstitucionalidade já pronunciada pelo STF ou pelo plenário ou órgão especial do respectivo tribunal, afastando-se o princípio da reserva de plenário, possibilitando-se o julgamento direto pelos órgãos fracionários, nos termos do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Entretentes, cabe ao Egrégio tribunal de Contas apenas **a negativa de eficácia à norma legal**, como se vê dos termos da Súmula nº 347 do Excelso Pretório, posto que pode **apreciar e não declarar a inconstitucionalidade da norma ou do ato do Poder Público**, vejamos:

O Tribunal de Contas, **no exercício de suas atribuições, pode APRECIAR a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público**. – grife e negritei e coloquei em caixa alta

Contudo, a matéria ora ventilada, ainda, não foi objeto de apreciação por esta Egrégia Corte de Contas ou pelo Excelso Pretório de maneira abstrata, pelo que não pode ser objeto de decisão monocrática, motivo pelo qual deixo de promover seu enfrentamento por ausência de competência legal, deixando para fazê-lo em momento posterior junto ao Plenário desta Corte de Contas.

### **3.6 Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação - (Referente ao item II.6 da Representação).**

Infere-se da peça inaugural que o procedimento licitatório contém cláusula, item 3.3 do Edital, que possibilita a criação de novas linhas de transporte de passageiros dentro da mesma concessão do serviço público de transporte.

Justifica o *Parquet* de Contas que tal previsão afronta o dever de licitar, vez que a criação de novas linhas demanda novo procedimento licitatório, nos termos da lei que rege a concessão dos serviços públicos.

Em justificativas os defendentes Sr. Fabio Ney Damasceno e Sr. João Victor de Freitas Espíndula argumentam que não se deve licitar o que já foi licitado e que faz parte do objeto do edital de licitação a “Área de Linhas”, para novas ligações (linhas) que estejam situadas na respectiva área geográfica licitada.

Certo é que toda concessão de serviço público deve ser precedida de licitação, *in casu*, a discursão para efetivamente sobre a possibilidade ou não da criação de novas linhas de ônibus sem a necessidade de nova licitação, já que o instrumento convocatório traz essa previsão.

Enfrentando o tema o Poder Judiciário assim decidiu, *verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. PROLONGAMENTO DE ITINERÁRIO DE LINHA INTERESTADUAL. INDEFERIMENTO. REVOGAÇÃO DO DECRETO 92353/86. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. ART. 175, CF/88. - **O prolongamento de linha, como modalidade de modificação do serviço delegado, deixou de ser previsto a partir da edição do Decreto 952/93, que revogou o Decreto 92.353/86, não o prevendo, também, o vigente Decreto 2.521/98, ambos admitindo, apenas, a possibilidade de implantação/supressão de seções e ajuste de itinerário, alterações que não guardam correspondência com o requerido**. Com isso, desejou a Administração fazer prevalecer a regra da exigência de licitação (CF, art. 175), **abolindo a excepcional**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

**hipótese de exploração de novo itinerário (independente do grau de aumento do percurso) sem oportunizar a terceiros interessados o direito de manifestarem-se a respeito.** -Descabida, assim, a pretensão autoral, seja em função das determinações aplicáveis por ocasião do ajuizamento da ação, que condicionavam a delegação desse tipo de serviço público ao prévio estudo de sua viabilidade operacional, quer pela atual ausência de expressa previsão legal. - Apelação a que se nega provimento. Sentença confirmada. (TRF-2 - AC: 9702322898 RJ 97.02.32289-8, Relator: Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, Data de Julgamento: 15/10/2003, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data:22/12/2003 - Página:85) – grifei e negritei

Neste sentido, parece-me que a cautelar deva ser concedida, relativamente à presença do *fumus boni iuris*, consubstanciado aqui pelo fato de que há previsão de operação de novas linhas, havendo necessidade de ajustes, a fim de que seja otimizada a prestação do serviço de transporte público de passageiros.

**3.7 Excentricidade de disposição editalícia que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, defina o valor do SUBSÍDIO, bem como o Sistema de Bilhetagem Eletrônica – (Referente ao item II.7 da Representação).**

Com efeito, no caso em apreço, discute-se acerca da concessão de medida cautelar acerca da previsão contida no Edital de Concorrência nº 02/2014, a qual permitiu que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária.

Denota-se do aludido Edital, no **item 3.4, alínea “c”**, o qual define: “a arrecadação pelas concessionárias da tarifa usuário, seja em espécie, nos ônibus, terminais de integração e, quando houver, estações de transbordo, seja pelo recebimento do subsídio, **bem como a operação da Câmara de Compensação**”.

O Instrumento Edilício define no seu **item 2.1, inciso III**, no que consiste as Câmaras de Compensação, vejamos:

**“CÂMARA DE COMPENSAÇÃO: conta de consolidação de receitas e de pagamentos de remuneração das CONCESSIONÁRIAS, destinada à consolidação e compensação de todas as receitas provenientes da arrecadação da TARIFA USUÁRIO, de onde será distribuída a REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS;”** – grifei e negritei

Sobre o assunto necessário se faz realizar algumas considerações acerca da concessão de serviços públicos.

Dispõe o inciso II, do artigo 2º da Lei 8.987/95, que:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - .....

*Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva*

II - **A delegação de sua prestação**, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. – grifei e negritei.

A referida lei de regência segue, em seu art. 3º, assim estabelecendo:

Art. 3º - **As concessões** e permissões **sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente** responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários. – grifei e negritei

Já os artigos 29 e 30 da referida norma dispõe sobre os encargos do poder concedente, como transcrita:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

- I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
- V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
- XI - incentivar a competitividade; e
- XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. **No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.**

Parágrafo único. **A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada**, e, periodicamente, conforme previsto em norma

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários – grifei e negritei.

Extrai-se, pois, da interpretação da referida lei que a concessão de serviços públicos, como qualquer outro seguimento da Administração Pública direta e indireta, está sujeita a fiscalização do poder concedente responsável pela delegação do serviço público.

Acerca deste assunto, estes são os ensinamentos do saudoso Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

“nos contratos de concessão, o Poder Concedente, transfere a execução de um serviço do Poder Público ao particular, que através de tarifa se remunerará dos gastos com o empreendimento, ocorrendo, ainda, na maioria das vezes, a fixação de um preço devido pelo concessionário **ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último**” - MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores. – grifei e negritei.

Aliás, compete ao poder concedente o dever de fiscalizar as concessionárias de serviço público, sempre visando à satisfação do usuário, com menor custo/benefício tendente a garantir serviço adequado e permanente à população.

Neste sentido, tenho que **o controle de recebimento do subsídio, bem como a operação da Câmara de Compensação pelas concessionárias fragiliza o sistema de fiscalização e controle a ser realizado pelo poder concedente.**

Isto ocorre porque o valor do subsídio a ser repassado pela Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETOP às concessionárias depende da base de cálculo a ser considerada, levando-se em conta o *quantum* da arrecadação no cálculo realizado pela Câmara de Compensação.

Daí porque não pode o poder concedente ficar a mercê das operações financeiras diretamente realizadas pelas concessionárias, o que aponta na necessidade de correção da situação indicada neste item.

Deveras, **a operação da “câmara de compensação”**, feita diretamente pela Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV demonstra em verdade, efetivo controle e fiscalização do poder concedente sobre os serviços de transporte público.

Em sendo assim, *in casu*, resta demonstrado o ***fumus boni iuris*** consubstanciado aqui pela ponderabilidade do direito alegado, em razão da potencial afronta aos dispositivos da legislação de regência, posto que num juízo de cognição sumária a operação da Câmara de Compensação feita pelas concessionárias inviabiliza a fiscalização e controle da poder concedente.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Desta maneira, sem exaurimento do mérito, num juízo de cognição sumária, entendo estar presente a fumaça do bom direito como requisito ensejador da concessão da medida de urgência pretendida.

Soma-se, mais, ainda, o *periculum in mora*, consubstanciado, aqui, no fato de que o contrato em referência encontra-se em fase de execução, e, em havendo suspensão deste item do instrumento contratual, **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014**, isto impedirá a perpetração da irregularidade, não acarretando prejuízos à continuidade do serviço de transporte público, não havendo evidência de perigo reverso, o que impedirá prejuízo ao controle e fiscalização do poder público concedente a ser realizado na gestão tarifária.

Desta forma, referidos requisitos estão devidamente demonstrados na peça exordial de representação, apontando na necessidade de concessão da medida de urgência, de modo que necessário se faz a concessão de provimento cautelar tão somente quanto à suspensão da execução deste item do contrato, no que tange ao item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014, que se refere à operação da “câmara de compensação”, **devendo de imediato ser retomada tal operação, diretamente pela Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória- CETURB-GV**, até posterior decisão a ser efetivada por este Egrégio Tribunal de Contas.

### **3.8 Cláusula restritiva vedatória à participação na licitação de empresas em recuperação judicial - (Referente ao item II.8 da Representação).**

O Ministério Público Especial de Contas aduz que o disposto na alínea “c” do item 4.2 do Edital de Concorrência nº 02/2014 veda a participação de pessoas jurídicas, isoladas ou consorciadas, que estejam em recuperação judicial.

Argumenta que o que o Plenário do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo já decidiu acerca do tema, de modo a favorecer a participação de empresas em recuperação judicial em processos licitatórios, transcrevendo o Acórdão contido no processo TC nº 6947/2012, *verbis*:

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

[ ... ]

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

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

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

2.2 Nos termos do art. 52, 11 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**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

**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. (ACÓRDÃO TC-001/2013, PROCESSO - TC-6947/2012, INTERESSADO - TRACOMAL TERRAPLENAGEM, REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA) – grifei e negritei

No mesmo sentido, caminha a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, conforme se vê do julgado abaixo transcrito, *in verbis*:

[...]

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 111; 234, § 2º, 2ª parte; 235 e 237, todos do Regimento Interno, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, bem como determinar o seu arquivamento, após o envio de cópia da presente deliberação, acompanhada de reprodução da peça 3 dos autos (instrução de mérito) à representante e à unidade jurisdicionada, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

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

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

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

1.3. Relator: Ministro Arolde 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.** 9 ACÓRDÃO Nº 8271/2011 - TCU - 2ª Câmara) – grifei e negritei

Com efeito, a empresa que preencha os requisitos, dentre outros previstos no artigo 27 da Lei 8.666/93, tais como, habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, requisitos estes que permitem contratar com a Administração Pública, não deve ser tolhida no seu direito de fazer parte de procedimentos licitatórios, **pelo fato de se encontrar em fase de recuperação judicial.**

Aliás, a fase de recuperação judicial prevista no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, não induz certeza de falência da empresa, ao contrário, a proibição de contratar, inclusive, com a Administração Pública, em outros termos, seria assinar prematuramente o “óbito da empresa” sem que isto de fato e de direito tenha ocorrido.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Desse modo, a restrição contida na alínea "c" do item 4.2 do Edital de Concorrência nº 02/2014, que veda à participação na licitação de empresas em recuperação judicial é, sem dúvida, uma afronta ao princípio da igualdade de participação no instrumento licitatório, configurando, ainda, cláusula restritiva a potencial participação de licitantes no certame.

A esse respeito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ assim decidiu, *litteris*:

**AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA. ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. PERICULUM IN MORA INVERSO EVIDENCIADO.**

QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. 1.A jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. O primeiro consubstancia-se no fato de o direito alegado no recurso ser plausível e encontrar amparo em entendimentos deste Superior Tribunal e o segundo remonta-se à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida. 2. O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, “sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial” salientando, para tanto, que essa “possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata.” 3. Quanto ao *fumus boni iuris* – possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 – para fins de participação em certames, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema. 3. Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. A propósito, cita-se o REsp 1187404/MT – feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: “em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.). 5. O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicial possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o *fumus boni iuris*. 6. Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância a quo genérico com efeito erga omnes. **O Tribunal a quo não**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

**autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.**

7. O periculum in mora não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se na espécie, possível ocorrência de periculum in mora inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100 % de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência. 8. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar. (AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014). – grifei e negritei

Por estas razões, resta demonstrado o requisito do *fumus boni iuris* em face da ocorrência de potencial restrição à participação no certame, o que demanda a intervenção deste Egrégio Tribunal de Contas em face do cabimento da medida de urgência que vise ampliar a participação de licitantes em certames desta natureza.

### **3.9 Cláusula restritiva vedatória à participação na licitação de microempresas e empresas de pequeno porte - (Referente ao item II.9 da Representação).**

Na mesma vertente de pensamento, vê-se nitidamente que o disposto contido na alínea "h" do item 4.2, do Edital, em discursão, ao estabelecer restrição à participação no certame de microempresas e empresas de pequeno porte, não atende à previsão legal.

Sobre o assunto, mais uma vez, cabe aqui destacar o entendimento do TCU, já colacionado na peça exordial que entendeu o seguinte, *verbis*:

“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”

[..]

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". (Acórdão n.º 797/2011-Plenário, TC-024.993/2010-7, rel. Min. Ubiratan Aguiar) – grifei e negritei

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Extraí-se da decisão supramencionada, a possibilidade de participação de microempresas e empresas de pequeno porte no procedimento licitatório que visa a contratação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal de passageiros, desde que obviamente não deixe de preencher outro requisito constante da norma editalícia.

Portanto, resta demonstrado o requisito do *fumus boni iuris* relativamente a este item de irregularidade, o que demanda a intervenção deste Egrégio Tribunal de Contas em face do cabimento da medida de urgência que vise ampliar a participação de licitantes em certames desta natureza.

### **3.10 Visita Técnica Obrigatória – (Referente ao item II.10 da Representação).**

Apontou o representante do *Parquet* de Contas que o item 5 do Edital de Concorrência nº 02/2014 traz as seguintes previsões, como transcrito:

#### **5. DA VISITA TÉCNICA**

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

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

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

5.1.1.2. A programação da visita técnica deverá ser agendada diretamente junto à SECRETARIA, na Avenida Nossa Senhora da Penha, 714, Ed. RS Trade Tower, 6º andar- Praia do Canto- CEP: 29055-130- Vitória- ES, em horário de expediente, com no mínimo 10 (dez) dias de antecedência da data pretendida para sua realização, devendo a visita ser realizada INDIVIDUALMENTE por cada LICITANTE até 5 (cinco) dias úteis antes da data

estabelecida para entrega da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO e das PROPOSTAS. **O agendamento deverá ser feito por escrito (carta ou e-mail) com o servidor João Victor de Freitas Espindula. E-mail: cel@setop.es.gov.br.**

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

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

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

As cláusulas editalícias supracitadas exorbitam os requisitos legais exigidos pelo art. 18 da Lei n. 8.987/1995 e art. 30, inciso 111, 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 – grifei e negritei

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Quanto a este item, verifica-se a verossimilhança das alegações relativamente ocorrência do *fumus bonis iuris*, posto que Egrégio Tribunal de Contas da União assim decidiu, *in verbis*:

**2. A previsão editalícia de realização de visitas técnicas coletivas contraria os princípios da moralidade e da probidade administrativa, uma vez que permite tanto ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes quanto às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições propícias para o conluio.**

Ainda na Auditoria realizada nas obras de construção do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS, o relator, prosseguindo na análise da exigência de atestado de visitação ao local da obra por profissional do quadro permanente da licitante, **aduziu ser particularmente preocupante a previsão editalícia de realização de visitas coletivas. Em seu entendimento, a exigência contraria os “princípios da moralidade e da probidade administrativa, na medida em que permite tanto ao gestor público ter prévio conhecimento das licitantes quanto às próprias empresas terem ciência do universo de concorrentes, criando condições propícias para a colusão”.** Assim, caracterizada a frustração ao caráter competitivo da licitação, o Tribunal, na linha defendida pelo relator, rejeitou as razões de justificativas apresentadas pelo coordenador de licitações e pelo procurador jurídico da Agesul, sancionando-lhes com a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. **Acórdão 234/2015-Plenário, TC 014.382/2011-3, relator Ministro Benjamin Zymler, 11.2.2015. – grifei e negritei**

Tal requisito, ainda que de uma análise perfunctória, advém das exigências contidas no edital em apreço, que permitem o conhecimento antecipado dos participantes, em visita técnica, de maneira que tal item enseja a concessão da medida por ocorrência do *fumus boni iuris* relativamente a este apontamento de irregularidade, conforme já aventado.

### **3.11 Ausência de critério objetivo para desclassificação das Propostas Financeiras - (Referente ao item II.11 da Representação).**

Apontou o representante do Parquet de Contas que da leitura do item 11.2 do Edital de Concorrência nº 02/2014 extrai-se a seguinte redação, *verbis*:

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

Todavia, não é possível vislumbrar no Edital, e em nenhum dos seus anexos, a definição objetiva do termo "inexequível", o que contraria as normas que regem os procedimentos licitatórios, mais precisamente o princípio do julgamento objetivo.

Assim, entendo que as razões expostas na peça inicial indicam a ocorrência de ausência de critério objetivo para desclassificação das propostas financeiras, tal qual apontado pelo douto Representante do Ministério Público Especial de Contas.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU, encontra-se lastreada neste sentido, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. **POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA TIPO TÉCNICA E PREÇO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR SUSPENDENDO O ANDAMENTO DO CERTAME. OITIVAS. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS DAS LICITANTES.** CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO PARA ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS VISANDO À ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA. Processo TC-010.950/2014-1 – Plenário, Natureza: Representação, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) – grifei e negritei

Em sede de análise acautelatória, entendo que assiste razão ao douto representante do *Parquet* de Contas, o que implica reconhecimento da ocorrência do requisito *fumus boni iuris* relativamente a este item de irregularidade, demandando a intervenção deste Egrégio Tribunal de Contas em face do cabimento da medida de urgência que vise ampliar a participação de licitantes em certames desta natureza.

### **3.12 Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações exigidas à qualificação técnica - (Referente ao item II.12 da Representação).**

Consta do Edital a exigências de documentos que, pretensamente, restringem o caráter competitivo do certame, a saber:

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

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

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

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

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

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

Notadamente, na fase de qualificação do certame, a lei que regula os procedimentos licitatórios (Lei Federal nº 8.666/93), traz em seu artigo 30, § 6º, limitação de exigência de documentação para os participantes, ou seja, não é permitido ao Administrador público, de maneira generalizada, exigir dos eventuais licitantes documentos e especializações, que o legislador não exigiu.

O referido artigo 30, incisos I, II, III, IV e § 6º, da mens legis, assim dispõe:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - 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;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

[...]

§ 6º - As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, **considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.** – grifei e negritei

Com fundamento neste entendimento, o administrador público, *in casu*, se manifesta diretamente através da comissão licitante, na busca da melhor proposta e do interesse público deve se atentar para o mais amplo número de participantes possíveis no procedimento licitatório, não praticando atos que tendam a restringi-lo.

De mais a mais, a exigência contida no edital licitatório, conforme acima transcrito, ainda na fase de habilitação, se mostra descabida, tornando irregular o instrumento edilício, conforme se vê da jurisprudência do Egrégio tribunal de Contas da União – TCU, *litteris*:

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SENAC/SP. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA N. 6.986/2011. FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DO SISTEMA DE AR CONDICIONADO DE SEIS PRÉDIOS DISTINTOS. NÃO-ADOÇÃO DA ADJUDICAÇÃO POR ITEM EM OBJETO QUE ADMITE PARCELAMENTO. **EXIGÊNCIA, PARA FINS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA, DE DOIS ATESTADOS DE EXECUÇÃO ANTERIOR DE SERVIÇOS NO PERCENTUAL DE 50% DO VOLUME TOTAL PREVISTO PARA A CONTRATAÇÃO POR PREÇO GLOBAL. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO. RESTRIÇÃO DE MARCA. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** DETERMINAÇÃO CAUTELAR. DILIGÊNCIA.

1. A entidade licitante não apresentou nenhum estudo técnico a fim de embasar a opção pela contratação, por preço global, de objeto passível de contratação por itens, bem como a exigência de dois atestados de execução anterior de serviços equivalentes a 50% do volume total dos serviços.
2. A exclusão de marcas determinadas não está homologada por autoridade competente.
3. Determinação cautelar de suspensão do certame amparada na presença do **fumus boni iuris** de prejuízo aos cofres da entidade em contratação de valor expressivo (R\$ 14.692.360,37), **em face da restrição não justificada ao caráter competitivo do certame**, e do **periculum in mora** de continuidade de certame que se encontra na fase de habilitação dos interessados.
4. **Realização de diligência a fim de facultar à entidade contratante que apresente os elementos necessários à fundamentação das deliberações gerenciais adotadas.** Audiência dos responsáveis pelas falhas identificadas no certame. (Processo TCU nº TC 015.264/2011-4) – grifei e negritei

Assim sendo, resta demonstrado o requisitos do **fumus boni iuris**, demandando a intervenção deste Egrégio Tribunal de Contas em face do cabimento de medida de urgência que vise o saneamento de tal irregularidade.

### **3.13 Obscuridade/complexidade da fórmula para cálculo da tarifa - (Referente ao item II.13 da Representação).**

No que se refere ao item em referência, **por se tratar de assunto que impõe conhecimentos técnicos específicos**, visto que se trata de fórmula complexa quanto à fixação de tarifa de manutenção de serviço público essencial, vejo necessidade de regular instrução ou pelo menos o exercício do contraditório pelos representados, a fim de que se formar convicção.

Embora em sede de cautelar não se esteja a fazer um juízo exauriente, mas apenas um juízo de verossimilhança da plausibilidade jurídica que a ampare, entendo que por dever de prudência, **nos casos em que se deva ter conhecimento específico do tema**, faz-se necessário a regular instrução ou, pelo menos, o exercício do contraditório pela parte ex-adversa, como antes afirmado.

Assim, entendo que a análise acautelatória deve ser realizada, se for o caso, somente após o exercício do contraditório e da ampla defesa ou, então, o pronunciamento deve se dar somente em sede de mérito, posto que seria de bom alvitre a devida instrução por parte do corpo técnico desta Corte de Contas.

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Por esta razão, deixo de promover, por hora, análise acautelatória do item em referência, sem prejuízo de que venha a fazê-lo após o exercício do contraditório e da ampla defesa ou, então, após a regular instrução a ser realizada pela área técnica deste Egrégio tribunal de Contas.

### **3.14 Assunção de riscos pelo Poder Concedente - (Referente ao item II.14 da Representação).**

Relativamente a este item o douto representante do *Parquet* de Contas indicou a ocorrência de assunção de riscos, tal qual previsto em cláusulas da Minuta Contratual, hipóteses de assunção dos riscos pelo Poder Concedente, com o seguinte teor, *litteris*:

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

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

Indicou, mais ainda, o Ministério Público Especial de Contas que dispõe a Lei n. 8.987/1995 o seguinte, *verbis*:

[...]

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - **concessão de serviço público: a delegação de sua prestação**, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, **à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado**; grifei e negritei

Desta maneira, contrapondo os argumentos trazidos aos autos pelo douto Representante do *Parquet* de Contas, com os documentos e a legislação de regência, forçoso concluir que o risco é da concessionária ou Consórcio e não do Poder Público, razão pela qual se evidencia a verossimilhança das alegações o que impõe o reconhecimento da ocorrência do *fumus boni iuris* a impor a concessão da medida acautelatória.

### **3.15 Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação - (Referente ao item II.15 da Representação).**

Quanto a este item objeto de representação, o douto representante do *Parquet* de Contas indicou a ocorrência de ilegalidade, no sentido de que da leitura da Cláusula XXV, item 25.2, da Minuta

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

Contratual a previsão de transferência de direitos e obrigações da exploração de linhas a empresas estranhas à contratação, conforme transcrito abaixo:

CLÁUSULA XXV- DA TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO

[ ... ]

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

Apontou, pois, que a transferência total ou parcial da concessão viola o disposto no art. 175 da CF/88, A previsão de transferência total ou parcial da concessão viola o art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Indicou, também, que a previsão editalícia/contratual encontra-se em consonância com a disposição inserta no art. 27, *caput* e § 1º, da Lei Federal nº 8.987/1995, reproduzido no art. 27, *caput* e parágrafo único da Lei Estadual nº 5. 720/1998, como transcrita:

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. - grifei e negritei

Em suma, aponta o douto representante do *Parquet* de Contas a ocorrência de inconstitucionalidade do art. 27 da Lei 8.987/95, reproduzido no art. 27 da Lei Estadual 5.720/98.

Quanto a este tema, me manifestei no item 3.5, no sentido de que não cabe a órgão fracionário pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da norma, sendo competência do Plenário ou do Órgão Especial e, no caso do Egrégio Tribunal de **Contas a negativa de eficácia à normal legal ou ato do Poder Público**, nos termos da Súmula nº 347 do excelso Pretório.

Deste modo, se não cabe ao órgão fracionário, mas ao Plenário ou ao órgão Especial a sua apreciação, tampouco cabe ao Magistrado de 2º Grau Monocraticamente a sua apreciação, razão pela qual deixo de promover, neste momento a análise acautelatória deste item objeto de representação, visto que não é de competência monocrática.

**3.16 Ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão - (Referente ao item II.16 da Representação).**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

No que se refere a este item de representação, verifico que o *Parquet* de Contas indicou que, em apreciação às cláusulas inseridas na Minuta Contratual, **não é possível encontrar previsão relativa à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária, restando violado, deste modo, o inciso XIV do art. 23 da Lei nº 8.987/1995.**

A Lei 8.987/95, assim estabelece a este respeito, *verbis*:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
- II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
- V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
- VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
- VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
- IX - aos casos de extinção da concessão;
- X - aos bens reversíveis;
- XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
- XII - às condições para prorrogação do contrato;
- XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
- XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária;** e
- XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:

- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
- II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão – grifei e negritei

Da análise do dispositivo legal supramencionado, verifico que de fato inexistente tal previsão na norma editalícia em comento, de modo que se mostra patente a verossimilhança das alegações do *Parquet* de Contas, razão pela qual se impõe o reconhecimento da ocorrência do *fumus boni iuris* a impor a concessão da medida acautelatória.

#### **4. DA MEDIDA A SER CONCEDIDA EM FACE DA OCORRÊNCIA DO FUMUS BONIS IURIS E DO PERICULUM IN MORA EM RAZÃO DE SE ESTAR NA FASE DE EXECUÇÃO CONTRATUAL:**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

É de se registrar que a natureza das medidas cautelares é de provisoriedade, até que sejam ultimadas ações que garantam o resultado do processo, preservando-se a **utilidade do processo para o provimento final**.

Sua aplicação pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo está prevista no Art. 124 da Lei Complementar nº 621/2012 e decorre de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito a ser proferida por este Tribunal.

Assim, o substrato jurídico que autoriza a medida de urgência está relacionado aos requisitos que a doutrina denomina de **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, como já afirmado, indispensáveis para concessão de liminar nesta espécie de procedimento.

No caso dos autos, verifico que restaram presentes a presença do **fumus boni iuris** relativamente aos itens 3.1, 3.3, 3.4, 3.6, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.12, 3.14 e 3.16, desta decisão, não tendo me pronunciado acerca da presença dos requisitos para concessão da medida cautelar relativamente aos itens 3.2 e 3.13, por não vislumbra de imediato, a presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, bem como deixei de me pronunciar acerca dos itens 3.5 e 3.15, visto que tratam de matéria afeta à inconstitucionalidade de leis, matéria esta de competência para apreciação do Plenário desta Corte de Contas.

Ocorre que mesmo naqueles itens onde vislumbre a ocorrência da fumaça do bom direito, conforme acima descrito, não me parece estar presente a ocorrência do requisito **periculum in mora**, **isto porque estamos na fase da execução contratual, tendo sido adjudicado o objeto da licitação**, sendo certo que isto não retira deste Tribunal de Contas a possibilidade de decisão a esse respeito, após o exercício do contraditório e da ampla defesa por parte dos representados.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU admite a expedição de determinações para correção de erros quando da fase de execução contratual, senão vejamos;

**SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO DAS OBRAS DO SISTEMA ADUTOR BOCAINA/PIAUS II NO ESTADO DO PIAUÍ. RECURSOS DO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO – PAC 2. INDÍCIOS DE RESTRIÇÃO À COMPETIVIDADE, INABILITAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE E DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. SUSPENSÃO DO CERTAME. OITIVA DO ÓRGÃO ESTADUAL E DAS EMPRESAS HABILITADAS NA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DESTAS ÚLTIMAS. ARGUMENTOS APRESENTADOS PELO ORGÃO INCAPAZES DE AFASTAR AS IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS NA LICITAÇÃO. PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO. EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS DE CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL EM VALORES EXCESSIVOS. PROIBIÇÃO DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EXCLUSIVAMENTE A OBRAS DE ADUTORA. OUTRAS OCORRÊNCIAS. NÃO CONSTATAÇÃO DE DANO OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE MA-FÉ DOS RESPONSÁVEIS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

**DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO. OUTRAS MEDIDAS CORRETIVAS. COMUNICAÇÕES. AUTORIZAÇÃO PARA O ARQUIVAMENTO.** – grifei e negritei

Desta maneira, vê-se que ao egrégio Tribunal de Contas compete a função corretiva, isto é a possibilidade de expedir determinações, a fim de que sejam sanados indicativos de irregularidades que repercutem no controle, no gerenciamento do contrato de concessão, **bem como aquelas relativas à continuidade da execução contratual.**

Assim, conquanto entenda que estão presentes os pressupostos para a concessão da medida acautelatória, relativamente à verossimilhança das alegações, entendo que se encontra ausente o requisito objetivo *periculum in mora*, posto que não me parece exsurgir de imediato pretensão dano ao erário advindo da execução contratual, tendo sido exaurido procedimento licitatório.

Entretentes, no que se refere ao **item 3.7** desta decisão, o qual trata do disposto no **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014, isto é, acerca da Excentricidade de disposição editalícia que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, defina o valor do SUBSÍDIO, bem como o Sistema de Bilhetagem Eletrônica – (Referente ao item II.7 da Representação), entendo que se encontram presentes ambos os pressupostos objetivos para a concessão da medida acautelatória**, tanto o *periculum in mora* quanto o *fumus boni iuris*, motivo pelo qual é de se conceder a medida pleiteada.

No caso, é possível extrair do relato presente na representação, bem como dos documentos anexos, que a previsão editalícia contida no **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014**, afronta à norma legal que rege o sistema de concessão dos serviços públicos, razão pela qual se faz necessário o acolhimento da medida de urgência.

Relativamente à concessão de medidas cautelares pelos Tribunais de Contas, o Excelso Pretório já pacificou o entendimento quanto à competência dos Tribunais de Contas para concessão de medidas cautelares, vez que se mostra atividade intrínseca à consecução da competência constitucionalmente estabelecida aos Tribunais de Contas, vejamos:

CAUTELA. LEGITIMIDADE. **DOCTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRECEDENTE (STF). CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL DE CONTAS EXPEDIR PROVIMENTOS CAUTELARES, MESMO SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA, DESDE QUE MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA. DELIBERAÇÃO DO TCU, QUE, AO DEFERIR A MEDIDA CAUTELAR, JUSTIFICOU, EXTENSAMENTE, A OUTORGA DESSE PROVIMENTO DE URGÊNCIA.** PREOCUPAÇÃO DA CORTE DE CONTAS EM ATENDER, COM TAL CONDUTA, A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL PERTINENTE À NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ESTATAIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM CUJO ÂMBITO TERIAM SIDO OBSERVADAS AS GARANTIAS INERENTES À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW”. DELIBERAÇÃO FINAL DO TCU QUE SE LIMITOU A DETERMINAR, AO DIRETOR-PRESIDENTE DA CODEBA (SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA), A INVALIDAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

E DO CONTRATO CELEBRADO COM A EMPRESA A QUEM SE ADJUDICOU O OBJETO DA LICITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 71, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO. APARENTE OBSERVÂNCIA, PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NO CASO EM EXAME, DO PRECEDENTE QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU A RESPEITO DO SENTIDO E DO ALCANCE DESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL (MS 23.550/DF, REL. P/ ACÓRDÃO O MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). INVIABILIDADE DA CONCESSÃO, NO CASO, DA MEDIDA LIMINAR PRETENDIDA, EIS QUE NÃO ATENDIDOS, CUMULATIVAMENTE, OS PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DE SEU DEFERIMENTO. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra deliberação, que, emanada do E. Tribunal de Contas da União (Processo TC-008.538/2006-0), acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 35/36EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PODER GERAL DE) – grifei e negritei

Deste modo, tendo o Representante do Ministério Público Especial de Contas colacionado aos autos elementos suficientes para, em juízo de cognição sumária, no que tange a irregularidade contida no Edital de Concorrência nº 02/2014, relativamente ao **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014**, e conseqüentemente na execução contratual, necessário se faz a concessão da medida de urgência, até porque parece claro que não haverá perigo inverso, **tampouco prejuízo à continuidade da ação estatal relativa ao serviço de transporte público, podendo ser dado prosseguimento a execução do contrato sem a referida cláusula irregular.**

Mostra-se, pois, indispensável à concessão de provimento cautelar, a fim de que a SETOP suspenda, em parte, a execução dos contratos oriundos da concessão de serviços públicos, no que tange ao **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014**, até ulterior deliberação desta corte.

Mostra-se igualmente necessário **a expedição de determinações, a fim de que o contrato seja adequado aos ditames legais, extraíndo-lhes a pecha de irregularidade advinda dos indícios de irregularidades apontados**, sob pena de se macular a execução contratual de maneira absoluta.

Diante do exposto, **CONSIDERANDO** os termos da representação realizada, contrapondo-a com os elementos constantes dos autos, vislumbro, em sede de análise perfunctória, a plausibilidade das alegações quanto às irregularidades indicadas pelo Ministério Público Especial de Contas, bem como a caracterização do *periculum in mora*, em face do **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014**.

**CONSIDERANDO**, ainda, que este processo tem natureza acautelatória, não se exaurindo, por conseguinte, o exame dos atos e fatos constantes do bojo processual, em face do previsto no artigo 108 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, bem como no artigo 71 c/c o artigo 75 da CF/88 e Resolução TC nº 261/2013, bem assim o poder geral de cautela, reconhecido inclusive aos Tribunais de Contas, de forma expressa pelo Supremo Tribunal Federal (STF: MS 24.510 e MS 26.547), **CONCEDO** o provimento **CAUTELAR**, relativamente à suspensão, em parte, da execução contratual, no que se refere à Câmara de Compensação dos serviços públicos de transporte, **item 3.4, alínea “c”, do Edital**

Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva

**de Concorrência nº 02/2014**, constante da minuta contratual, a fim de prevenir a ocorrência de dano ao erário, na forma prevista no art. 1ª, XV da Lei Complementar nº 621/2012, para com isso **DETERMINAR** a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas - SETOP, por meio de seu Secretário, **Sr. Paulo Ruy Valim Carnelli**, que assim proceda, em face da concessão da presente medida:

a) **SUSPENDA, EM PARTE, A EXECUÇÃO** dos contratos oriundos da concessão de serviços públicos, **no prazo de 05 dias**, tão somente no que tange ao **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014, referente à operação da “câmara de compensação” pelas concessionárias do serviço de transporte público, e que retome tal operação imediatamente por meio da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória- CETURB-GV**, em razão de potencial afronta as normas constitucionais e infraconstitucionais, comunicando a suspensão a este Egrégio Tribunal de Contas, também, **no prazo de 05 dias**;

b) **DÊ PUBLICIDADE À MEDIDA DE SUSPENSÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS**, relativamente ao **item 3.4, alínea “c”, do Edital de Concorrência nº 02/2014, referente à operação da “câmara de compensação” pelas concessionárias do serviço de transporte público, e que retome tal operação, imediatamente, por meio da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória- CETURB-GV** da mesma forma em que divulgara o Edital que o originou, **no prazo de 05 dias**, comunicando-se tal medida a este Egrégio Tribunal de Contas, também, **no prazo de 05 dias**.

c) Por fim, **DETERMINO**, com fundamento no artigo 358, inciso III, c/c artigo 294 do Regimento Interno desta Corte - Resolução TC nº 261/2013, a **NOTIFICAÇÃO** dos senhores **FÁBIO NEY DAMASCENO e JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPÍDULA**, para, **no prazo de 05 dias**, querendo, manifestem-se acerca dos documentos constantes dos autos, bem como **DETERMINO a NOTIFICAÇÃO** do Consórcio Sudoeste e Consórcio Atlântico Sul para que, **no prazo de 05**, manifestem-se através de seus respectivos representantes legais, querendo, apresentando razões de justificativa, com a juntada de documentos que entenderem necessários, bem como outras informações que julguem pertinentes.

d) **DETERMINO** ao atual Secretário da SETOP, **Sr. Paulo Ruy Carnelli**, que envide esforços, para, **no prazo de 30 dias**, sejam regularizados os indícios de irregularidades apontados nestes autos, posto que há informações neste sentido às fls. 150 a 189, sob pena de atuação desta Corte de Contas, acaso vislumbre a ocorrência de dano ao erário advindos da manutenção dos indícios de irregularidades objeto de representação aqui analisados.

À Secretaria Geral das Sessões para **comunicação urgente mediante comunicação eletrônica ou fax-símile**, em face da medida acautelatória parcialmente concedida, promovendo-se todos os demais impulsos necessários, dando-se, também, ciência ao Representante do Ministério Público Especial de Contas acerca dos termos desta Decisão.

Após a oitiva dos representados e dos terceiros interessados, com as informações e documentos juntados, retornem os autos ao Gabinete deste Relator, a fim de que se promova, se necessário, análise

*Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antonio da Silva*

da urgência de concessão de medida acautelatória acerca dos itens em que não se vislumbrou neste momento a ocorrência de *periculum in mora*, ou então, para que se determine a regular instrução.

Em 12 de março de 2015

**MARCO ANTONIO DA SILVA**  
Conselheiro em Substituição