

<b>PROCESSO TC:</b>	<b>434/2015</b>
<b>JURISDICIONADO:</b>	<b>SECRETARIA ESTADUAL DE TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS – SETOP</b>
<b>ASSUNTO:</b>	<b>REPRESENTAÇÃO</b>
<b>EXERCÍCIO:</b>	<b>2014</b>
<b>RESPONSÁVEIS:</b>	<b>FÁBIO NEY DAMASCENO E OUTROS</b>

Senhor Presidente,

Senhores Conselheiros,

Senhor Representante do Ministério Público Especial de Contas,

## **1. RELATÓRIO**

Trata-se de Representação, com pedido de concessão de medida cautelar, oferecida pelo Ministério Público de Contas, em expediente protocolizado nesta E. Corte de Contas na data de 09/01/2015, onde relata a presença de supostas irregularidades no procedimento da Concorrência Pública 02/2014, lançado pelo Estado do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas (SETOP), cujo objeto concerne à “[...] outorga de CONCESSÃO para Prestação e Exploração dos Serviços de Transporte Público Coletivo Urbano de Passageiros Municipal de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal da Região Metropolitana da Grande Vitória, utilizando veículos de transporte coletivo de passageiros”.

Registre-se que o procedimento licitatório já se encontra findado e em fase de execução contratual, tendo resultado nos contratos nº 008/2014 e 009/2014, que tiveram a publicação de seus extratos no DIOES de 28/07/2014 (doc. anexo), estando em vigor, portanto, há mais de dois anos.

Cópia do procedimento licitatório encontra-se no CD Rom juntado à fl. 41.

O Edital de Concorrência Pública nº 02/2014 encontra-se às fls. 1821-1855, vol. V, do processo administrativo 62161733/2013 que, por sua vez, encontra-se gravado em mídia digital (CD Rom) juntada à fl. 41 dos presentes autos.

Note-se que foi adotado, como critério de julgamento da licitação a melhor técnica e menor preço/Km, sendo o objeto dividido em 02 (dois) lotes correspondentes às áreas geográficas definidas no Anexo II do Edital, sendo que as linhas de transporte do Lote 1 atendem, em sua maioria, aos Municípios de Vila Velha, Vitória e Serra, “[...] enquanto a maioria das linhas do Lote 2 atende os Municípios de Cariacica, Viana, Vitória e Serra” (Anexo II, fl. 1899, vol. V, vide CD Rom de fl. 41).

O certame, conforme afirmado, visou à outorga de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano municipal de passageiros de Cariacica, Serra, Viana e intermunicipal metropolitano de passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória, utilizando veículos de transporte coletivo de passageiros. As linhas de ônibus que compõem o Lote 1 estão discriminadas nas fls. 1906-1913, vol. V (vide CD Rom de fl. 41), enquanto que aquelas pertencentes ao Lote 2 encontram-se às fls. 1914-1922, vol. V (vide CD Rom de fl. 41).

De acordo com a “Ata de Reunião da Comissão Especial de Licitação”<sup>1</sup>, ocorrida em 04/06/2014, o Consórcio Atlântico Sul sagrou-se vencedor do Lote 01, enquanto o Consórcio Sudoeste foi o vencedor do Lote 02.

Estabelece o item 24.2 do Edital que os valores estimados do contrato para cada lote, fixados com base na receita estimada da concessão, tendo-se por base os valores máximos de preço/km fixados no edital são os seguintes: a) R\$ 6.767.000.000,00 (seis bilhões e setecentos e sessenta e sete milhões de reais) para o Lote 1 e; b) R\$ 6.880.000.000,00 (seis bilhões e oitocentos e oitenta milhões de reais) para o Lote 2.

O prazo da concessão foi fixado em 25 (vinte e cinco) anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, pelo período de 15 (quinze) anos (item 25.1 do Edital).

Os autos foram inicialmente submetidos à apreciação do Conselheiro Presidente deste Tribunal, tendo em vista: a) a existência de pedido de tutela cautelar; b) a ausência do Conselheiro Relator e; c) a necessidade de maior celeridade a ser imprimida ao feito. Assim, foi emitida, pelo Exmo. Conselheiro Presidente Domingos Taufner, a Decisão Monocrática Preliminar DECM 65/2015 (fls. 44-48) na qual, após elencar os supostos indicativos de irregularidades, ponderou que os serviços objetivados na

---

<sup>1</sup> Fls. 14804-14805, (vol. XXVIII) contido no CD Rom juntada à fl. 41 dos presentes autos.

Concorrência Pública nº 02/2014 são de extrema relevância para a população capixaba - eis que referentes a transporte coletivo – de sorte que a emissão de juízo cautelar deveria se dar após a oitiva dos gestores responsáveis pela licitação. Também se registrou que as contratações realizadas em razão do certame envolvem recursos orçamentários superiores a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), razão pela qual, com fundamento no art. 3º da Resolução TC 266/2013, deveria a relatoria ser definida por sorteio na primeira Sessão Plenária Ordinária.

Dessa forma, determinou a DECM 65/2015: a) a notificação dos senhores Fábio Ney Damasceno (Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas à época dos fatos narrados na Representação) e João Victor de Freitas Espíndula (Presidente da Comissão Especial de Licitação) para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se manifestassem sobre os pressupostos da cautelar requerida; b) a notificação do senhor Paulo Ruy Valim Carnelli (atual Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas) para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se manifestasse sobre a cautelar pretendida e tomasse ciência do processo em curso; c) o encaminhamento dos autos à Área Técnica para análise do pedido cautelar, após a apresentação das manifestações dos gestores.

Termos de Notificação às fls. 49-54.

A relatoria do presente feito, após sorteio realizado na Sessão Ordinária do Plenário de 27/01/2015 (fls. 91-92), foi atribuída ao Conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva.

Os senhores Fábio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula (acima qualificados) apresentaram a manifestação de fls. 61-85.

Já o senhor Paulo Ruy Valim Carnelli, após concessão de prorrogação de prazo, apresentou seu arrazoado através da peça juntada às fls. 112-147, com o aditamento de fls. 150-189 acompanhado dos documentos de fls. 190-202 (vol. I).

Na sequência foram os autos levados ao Conselheiro Relator que emitiu a Decisão Monocrática Preliminar DECM 330/2015 (fls. 213-246, vol. II) deferindo a cautelar solicitada pelo Ministério Público de Contas em sua Representação determinando a suspensão parcial da execução dos contratos de concessão, oriundos da Concorrência

Pública nº 02/2014, no que tange ao item 3.4, alínea "c", do Edital, que permite a operação da "Câmara de Compensação Tarifária" pelas próprias concessionárias.

A DECM 330/2015 determinou, ainda: a) a notificação dos senhores Fábio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se manifestassem acerca da Representação ofertada; b) a notificação dos consórcios Sudoeste e Atlântico Sul para que, no prazo de 05 (cinco) dias, se manifestassem acerca da Representação; e c) a notificação do senhor Paulo Ruy Valim Carnelli para que, no prazo de 30 (trinta) dias, regularizasse "[...] os indícios de irregularidades apontados nestes autos [...] sob pena de atuação desta Corte de Contas [...]".

Termos de Notificação às fls. 247-251 (vol. II).

Os senhores Fábio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula, em cumprimento aos Termos de Notificação respectivos, encaminharam a manifestação de fls. 274-314 (vol. II).

O Consórcio Atlântico Sul apresentou o arrazoado de fls. 317-365 (vol. II).

Por sua vez, o Consórcio Sudoeste carrou suas exposições às fls. 382-428 (vols. II e III).

Já o senhor Paulo Ruy Valim Carnelli informa, às fls. 434-440 (vol. III), o cumprimento da medida cautelar deferida na DECM 330/2015 que determinou a suspensão da execução parcial dos contratos de concessão no tocante à operação da "Câmara de Compensação Tarifária" pelos próprios concessionários. Registre-se que se comprovou o cumprimento da decisão através de ofícios encaminhados aos consórcios contratados, bem como, com a publicação do respectivo aviso em jornal (fl. 439) e no DIOES (fl. 440).

Quanto à determinação de regularização das anomalias apontadas o senhor Paulo Ruy Valim Carnelli, após deferimento de pedido de extensão do prazo (fls. 448 e 450, vol. III), apresentou a manifestação de fls. 458-504 (vol. III) na qual tece justificativas quanto aos apontamentos elencados na peça de Representação defendendo a regularidade do procedimento licitatório.

Na sequência retornaram os autos ao NCA que formulou a Instrução Técnica Inicial ITI 1631/2015 (fls. 507-576, vol. III) onde, discriminando-se as condutas e elencando os supostos responsáveis, foram apontados os seguintes indícios de irregularidade:

- 1) Incoerências do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica apontadas pela SECONT e não sanadas pelo órgão licitante;
- 2) Ausência de motivação da escolha do critério de julgamento no ato de justificação da concessão;
- 3) Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame;
- 4) Adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade;
- 5) Previsão editalícia de taxa de gerenciamento inconstitucional;
- 6) Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação;
- 7) Disposição editalícia indevida que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária, e, por consequência, defina o valor do Subsídio e o Sistema de Bilhetagem Eletrônica;
- 8) Cláusula restritiva vedando a participação de empresas em recuperação judicial;
- 9) Cláusula restritiva vedando a participação de microempresas e empresas de pequeno porte;
- 10) Visita técnica obrigatória;
- 11) Ausência de critério objetivo para desclassificação das Propostas Financeiras;
- 12) Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações relativas à qualificação técnica;

- 13) Obscuridade/complexidade da fórmula para cálculo da tarifa;
- 14) Assunção de riscos pelo Poder Concedente;
- 15) Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação;
- 16) Ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão.

Ressalte-se que, encampando pleito do Representante disposto no bojo da peça inaugural, foi sugerido no item 4.3 da ITI 1631/2015 a instauração de dois incidentes de inconstitucionalidade, sendo o primeiro “[...] para negar exequibilidade ao art. 27, caput e parágrafo único, da Lei Estadual nº 5.720/1998, que possibilita a transferência da concessão para terceiros, sem prévia licitação”, e, o segundo, “[...] para negar exequibilidade ao parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual nº 7.248/2002, que dispõe a respeito da taxa de gerenciamento, no intuito de expurgar do valor da tarifa o cômputo desta taxa”.

Tendo em vista a declaração espontânea de suspeição da Conselheira em substituição Márcia Jaccoud Freitas, a quem o processo havia sido remetido em respeito à regra de alternância da substituição de Conselheiro por Auditor prevista no art. 32, § 3º do RITCEES, a relatoria do feito foi redistribuída a este Conselheiro (fl. 602, vol. III).

A ITI 1631/2015 foi submetida à apreciação da Relatoria que prolatou a Decisão Monocrática Preliminar DECM 14/2016 (fls. 703-704, vol. IV) na qual, acatando as sugestões contidas na ITI, determinou: a) a citação dos senhores Fábio Ney Damasceno (Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas – exercício 2014) e João Victor de Freitas Espíndula (Presidente da Comissão Especial de Licitação – exercício 2014); b) a citação da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, na pessoa do titular da pasta senhor Paulo Ruy Valim Carnelli; c) a notificação dos Consórcios Atlântico Sul e Sudoeste, para a apresentação de justificativas em virtude de possível decisão de mérito que possa determinar a anulação do certame licitatório e os contratos dele decorrentes.

Realizada a citação dos gestores supramencionados e a notificação dos consórcios terceiros interessados, foram apresentadas as respectivas razões de justificativa.

Em seguida, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas, que elaborou a ITC 1946/2016.

Ato contínuo, foram os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas, que elaborou o Parecer 3200/2016.

Após a manifestação do Ministério Público de Contas vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1. PRELIMINARMENTE**

#### **2.1.1. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO PELO REPRESENTANTE – ART. 27 DA LEI ESTADUAL 5.720/1998**

Na peça inicial, o Ministério Público de Contas requereu a instauração de incidente de inconstitucionalidade visando afastar a aplicação do art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e é simétrico à Lei Federal 8.987/1995, conhecida na doutrina como “Lei Geral de Concessões”.

Sustenta o Ministério Público de Contas que o mencionado dispositivo afrontaria a norma prevista no *caput* do art. 175 da Constituição Federal, na medida em que o dispositivo legal permitiria a transferência da concessão para terceiro sem exigir prévia licitação.

Como bem se sabe, o art. 175 da CFRB preceitua que:

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.

Conforme destacado pela área técnica, por meio da ITC 1946/2016, o Ministério Público de Contas embasou o seu requerimento em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em que decidiu-se pela procedência de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 100130013418 que visou a declaração de

inconstitucionalidade da Lei Municipal de Vitória nº 8.176/2011 que previa a transferência direta de *permissão de uso de bem público* para terceiros.

Ocorre que, diferentemente do caso concreto, o referido julgado tem como objeto de discussão a transferência da permissão de uso de bem público para terceiros, o que é totalmente distinto da questão afeta à transferência de concessão de serviço público. Sobre isso, de acordo com trecho extraído da ITC 1946/2016:

[...]

Data máxima vênia a situação descrita na Lei Municipal de Vitória nº 8.176/2011 não serve de paradigma para a proposição ora deduzida pelo *parquet*, posto que o art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998, que pretende impugnar, trata de hipótese inteiramente distinta da que foi objeto de ADI manejada perante o Judiciário Capixaba.

Ora, a Lei Municipal 8.176/2011, como já se informou, tratava de hipótese de *permissão de uso* de bancas de revistas e de flores. Já o art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998 trata de *concessão* (e não mera permissão) *de serviço público*.

[...]

Nota-se, claramente, que a *permissão de uso* e a *concessão de serviço público* se diferem não só em razão do objeto a qual se referem, mas, também, pela própria extensão de sua complexidade. Na *permissão de uso* tem-se um bem público (espaço público para a instalação de uma banca de jornal ou de flores, por exemplo) atribuído a um particular (que pode ser inclusive pessoa física) para fruição e/ou exploração empresarial. Já a *concessão de serviço público* é muito mais complexa, pois trata da delegação da prestação de um serviço público a pessoa jurídica que o desempenhará por sua conta e risco.

Ademais, o caput do art. 175<sup>2</sup> da CF/88 - que defende o *parquet* ter sido violado pelo art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998 - sequer trata da *permissão de uso de bem público*, mas sim de permissão e concessão para a prestação de serviços públicos, no que fica claro, mais uma vez, o descabimento da utilização do

---

<sup>2</sup> 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**.

Acórdão proferido pelo TJES, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 100130013418, como fundamento ou argumentação para a pretensão de impugnação ora deduzida pelo MPC.

É bem verdade que o art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998 impõe que a transferência da concessão, realizada pelo próprio concessionário, se dê com prévia anuência do poder concedente, sob pena de acarretar a caducidade da concessão. Da mesma forma, deve ser levado em consideração que o mesmo dispositivo legal não exige a realização de licitação para que se proceda à transferência de concessão pelo próprio concessionário e, para isso, a área técnica deste Tribunal de Contas, assinala alguns potenciais motivos, senão vejamos:

As razões de nosso posicionamento, favorável à constitucionalidade do multicitado art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998, são muitas. A primeira delas diz respeito ao fato de que a própria CF/88 traz previsão semelhante a do dispositivo questionado no § 3º<sup>3</sup> de seu art. 176 ao estabelecer a possibilidade de cessão ou transferência das autorizações e concessões para exploração ou aproveitamento de jazidas, sem licitação, desde que haja anuência do poder concedente. Percebe-se, portanto, que a transferência de titularidade do concessionário sem prévia licitação não é estranha ao texto constitucional.

Ademais não se deve perder de vista que o art. 27 da Lei Estadual 5.720/1998 é a reprodução, simétrica, do art. 27 da Lei Federal 8.987/1995 (Lei Geral das Concessões). Sendo assim, não se devem ignorar as razões que levaram o legislador infraconstitucional a estabelecer, no dispositivo, a possibilidade de transferência de titularidade do concessionário sem a necessidade de nova licitação. E a razão de ser do dispositivo parece ter se norteado pela busca da efetividade do princípio da supremacia do interesse público ante a continuidade

---

<sup>3</sup> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

[...] omissis [...]

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

de serviços públicos considerados essenciais, cujos prejuízos à população, em caso de sua interrupção e espera por nova licitação, poderiam ser extensos.

E nem se diga que o princípio da continuidade do serviço público serve como garantia para a não quebra do contrato por parte de um concessionário eis que razões econômicas ou de outra ordem podem levá-lo a abandonar a concessão ou baixar o nível dos serviços de forma a não mais atender adequadamente. E o que fazer numa situação dessas? Certamente a resposta mais óbvia e mais cômoda seria: uma nova licitação! Ocorre que, na prática, um novo procedimento licitatório pode levar meses até ser ultimado e gerar a contratação, de sorte que a população não pode ficar a sua espera ou a mercê de um concessionário que não mais se interessa pela concessão. Imaginem-se os transtornos, por exemplo, num serviço essencial, como é o transporte público coletivo, subitamente interrompido por não mais ter o concessionário condições financeiras de manter a prestação do serviço.

Dessa forma, o disposto no guerdado art. 27 revela-se não só salutar, mas também fundamental para a consecução do primado da supremacia do interesse público e para a observância do princípio da continuidade dos serviços públicos.

[...]

Em que pese todas as ponderações supramencionadas, por uma questão de coerência e cautela, entendo que a esta questão específica deva ser adotada a mesma solução já apregoada em outros processos julgados neste Tribunal de Contas<sup>4</sup>, em que foi decido pelo sobrestamento deste item até que se julgue a Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2946/DF), em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>4</sup> Processos TC 12255/2014 e 12256/2014, cujos Acórdãos TC 544/2016 e TC 545/2016 foram publicados na edição e 11/07/2016 do DOTCEES.

### **2.1.2. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO PELO REPRESENTANTE – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI ESTADUAL 7.248/2002**

Na mesma peça inicial foi requerida pelo Ministério Público de Contas a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002, que diz:

Art. 1º Na fixação das tarifas a serem praticadas no Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – RMGV, previsto no art. 6º, inciso VI, da Lei nº 3.693/84, será sempre levado em conta o sistema como um todo, de sorte a propiciar ao usuário sua utilização integrada, pelo menor custo possível.

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

(grifei)

No cerne da discussão proposta pelo órgão ministerial está a questão acerca da fixação do percentual de remuneração à Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória – Ceturb-GV pelo desempenho do gerenciamento do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória.

De acordo com o *parquet* de Contas, com base em extensa fundamentação inserta em julgados do Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCEMG) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002 violaria frontalmente o disposto no § 2º do art. 145 da Constituição Federal, haja vista que a dita remuneração paga à Ceturb-GV teria natureza jurídica de tributo da espécie “taxa”, o que, no caso vertente, importaria a impossibilidade de

se impor base de cálculo própria de imposto, nos moldes propostos no citado dispositivo constitucional, *ad litteram*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

**§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.**

(grifei)

Conforme se pode depreender da representação apresentada pelo Ministério Público de Contas em cotejo com as razões de justificativa trazidas pelos responsáveis e demais notificados, o ponto fulcral do presente processo recai sobre a definição da natureza jurídica da remuneração paga à Ceturb-GV pelas concessionárias, porquanto é alegado pelo representante que se trataria de taxa, enquanto os responsáveis e a própria SETOP alegam se tratar de preço público.

Oportunamente, é preciso esclarecer que, conforme o art. 145, II, do texto constitucional, enquanto a taxa poderá ser instituída “[...] em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”, restando evidente a sua natureza tributária e compulsória; o preço público poderá ser exigido por pessoas jurídicas de direito privado, inclusive as não integrantes da Administração pública, como as concessionárias de serviços públicos, e por pessoas jurídicas de direito público, tendo natureza contratual e, portanto, estando atrelada ao necessário caráter volitivo das partes contratantes.

Dito isso, cumpre registrar o seguinte trecho reproduzida da ITC 1946/2016:

Ressalte-se que a arrecadação e repasse do percentual, consoante preconiza o dispositivo, decorre da atividade de gerenciamento do Sistema Transcol, desempenhado pela Ceturb-GV.

De se notar que a atividade de gerenciamento não se confunde com a fiscalização do sistema de transporte coletivo urbano, sendo oportuno noticiar que a lei de criação da Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória

(Lei Estadual 3693/1984) elenca, em seu art. 6<sup>o</sup> e incisos, dentre as competências da empresa, o exercício da fiscalização, bem como, a execução de "[...] *outras atividades relacionadas com suas finalidades que lhe sejam atribuídas por órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estado ou Município*" (inciso XII).

Registre-se, nesse íterim, que a remuneração da atividade de gerenciamento de um sistema de transporte não pode ser confundida com taxas cobradas pelo exercício do poder de polícia uma vez que estas decorrem da ação regulatória estatal consoante se depreende da conceituação exposta no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966):

[...]

Evidencia-se tanto da definição legal, quanto da doutrinária, que o exercício do poder de polícia concerne na regulação de direitos individuais dos administrados visando à proteção dos interesses gerais da sociedade, **não tendo, portanto, qualquer relação com a atividade de gerenciamento.**

**Ora, os serviços desempenhados pela Ceturb-GV não são apenas de fiscalização, mas sim, contemplam, também, o gerenciamento do sistema de transporte coletivo da Região Metropolitana da Grande Vitória, ou seja, não se destinam, tão somente, à vigilância dos serviços prestados pelos concessionários prestadores dos serviços, mas a gestão de todo um sistema para garantir seu adequado funcionamento, sendo remunerada pela prestação desse serviço de gerência na forma do parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002. Dessa forma, a própria natureza técnica dos serviços de gerenciamento desempenhados pela Ceturb-GV impede que se possa considerá-los como a materialização do exercício do poder de polícia,**

---

<sup>5</sup> Art. 6º - A Companhia de Transportes Urbanos da Grande Vitória - CETURB-GV executará atividades e funções do Sistema de Transportes Urbanos da Aglomeração Urbana da Grande Vitória, definido no Art. 2º desta Lei, podendo especialmente:

I - regulamentar, controlar e fiscalizar a operação dos serviços de transportes públicos de passageiros;  
[...]

XII - executar outras atividades relacionadas com suas finalidades que lhe sejam atribuídas por órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estado ou Município.

**atributo fundamental para a caracterização do valor pago como a figura tributária da “taxa”, mais precisamente, a “taxa de polícia”.**

**Assim, tendo em vista o conceito doutrinário e legal do “poder de polícia”, resulta claro que a remuneração paga à Ceturb-GV, pelos concessionários do Sistema Transcol, em razão da atividade de gerenciamento, não tem caráter de “taxa de polícia” não sendo, portanto, tributo.**

Outro ponto que distingue a remuneração paga à Ceturb-GV da espécie tributária taxa diz respeito à natureza contratual e voluntária da exação exigida dos concessionários do Sistema Transcol. Explique-se:

É que, embora a remuneração seja prevista no parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002, só estarão obrigados a arrecadá-la e repassá-la aqueles que vierem a contratar com o Estado a concessão do serviço de transporte público coletivo que compõe o Sistema Transcol.

Inegável, portanto, que há um antecedente lógico à obrigação de remuneração da Ceturb-GV, qual seja, a contratação com o Estado para a operação do Sistema Transcol, assim, muito embora a lei institua o percentual, este só será exigível caso o particular firme contrato de concessão.

Necessário, portanto, a manifestação de vontade do particular – no sentido de que deseja contratar com o Estado – para que possa ser realizada a cobrança do percentual de 5% sobre a tarifa em favor da Ceturb-GV consoante o parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002 - estando assim presente, estreme de dúvidas, o elemento volitivo que caracteriza a natureza contratual e voluntária da exação e qualifica-a, por sua vez como “preço público”, não se vislumbrando, lado outro, a compulsoriedade própria dos tributos uma vez que os valores são repassados pelos concessionários que só estão nessa condição por terem, voluntariamente, desejado contratar com o Poder Público, desfrutando as benesses de tal ajuste e assumindo seus encargos e custos.

**Assim, conclui-se que o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002 não afronta o art. 145, § 2º da Constituição da**

**República** eis que a exação nele estabelecida não se caracteriza como a espécie tributária “taxa”, mas sim, como “preço público”.

Nesse sentido, em conformidade com a argumentação construída pela área técnica deste Tribunal de Contas e também com o posicionamento revisado do Ministério Público de Contas no Parecer 3200/2016, entendo que não deva ser negada exequibilidade ao parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual 7.248/2002.

## **2.2. DO MÉRITO**

### **2.2.1. INCOERÊNCIAS DO ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA APONTADAS PELA SECONT E NÃO SANADAS PELO ÓRGÃO LICITANTE**

Base Legal: Art. 37 da Constituição Federal, princípio do interesse público e da eficiência.

Responsável:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com incoerências no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica apontadas pela SECONT e não sanadas.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: deflagrar certame licitatório com incoerências no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica apontadas pela SECONT e não sanadas.

De acordo com o Representante, a SETOP não teria saneado incoerências, apontadas pela Secont - Secretaria de Estado de Controle e Transparência, no Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica que embasa o Edital da Concorrência Pública 02/2014.

Conforme se pode extrair de um trecho específico da Representação<sup>6</sup>, “[...] apesar da Manifestação Técnica n. 049/2014, da Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT [...] 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”, fato este que poderia acarretar impactos financeiros negativos para o Poder Concedente.

Instados a se manifestar, os senhores Fábio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula (ex-gestores do SETOP) alegam, inicialmente, que “[...] há nos autos do procedimento administrativo de licitação estudo técnico e de viabilidade econômico-financeiro, elaborado pelo Poder Concedente [...]”, fato este que é comprovado através da identificação, pela área técnica, do Relatório Final – Modelo Financeiro Licitação Transcol, que, de acordo com a “Justificativa Parecer PGE/NCA nº 00026/2014”, emitida pelo SETOP, representa o Estudo de Viabilidade Econômica.

Como se pode perceber, a questão principal recai sobre a análise acerca da implementação de correções no que diz respeito às “incoerências” detectadas pela Secont, especificamente sobre os seguintes pontos: a) mudança do fator 0,42 para 0,2 fiscais/ônibus; b) redução do parâmetro de 8% relativo ao valor das peças e acessórios.

Primeiramente, no que tange à mudança do fator 0,42 para 0,2 fiscais/ônibus, afirma a área técnica, por meio da ITC 1946/2016, que a incoerência apontada pela Secont, por meio da Manifestação Técnica – CONT/SECONT Nº 049/2014, estava acompanhada da alegação de que a planilha GEIPOT estabeleceria limites de 0,2 a 0,5 fiscais por ônibus.

Decerto, muito embora tenha ocorrido o questionamento pela Secont, esta Secretaria em momento algum afirmou que o fator imposto estaria em desconformidade com limites estabelecidos pela planilha GEIPOT. O que se almejou, na realidade, foi o esclarecimento acerca da suposta inconsistência, o que foi devidamente providenciado pelos responsáveis.

---

<sup>6</sup> Fl. 983 da ITC.

Dessa forma, em consonância com a ITC 1946/2016, entendo que não se pode ter por irregular o estabelecimento de quantitativo dentro dos parâmetros admitidos pela própria metodologia de cálculo adotada - como é o caso da metodologia GEIPOT - que permite a fixação da proporção fiscais/ônibus entre 0,2 e 0,5, estando, portanto, o índice adotado pelo SETOP (0,42 fiscais/ônibus), dentro dos parâmetros admitidos.

Ademais, no que se refere à sugestão da Secont de redução do parâmetro de 8% relativo ao valor das peças e acessórios, nota-se, de acordo com a ITC 1946/2016, que ela não é acompanhada por qualquer tipo de proposta de redução na "Manifestação Técnica – CONT/SECONT N.º 049/2014", item 3.2.4, "apenas observando que a cada diminuição de 1% no índice corresponderia a um decréscimo de R\$ 4.035.397,09 nos custos operacionais".

A bem da verdade, fato é que a própria Manifestação da Secont admite que o índice de 8%, estabelecido pelo SETOP, é aceitável dentro dos parâmetros estipulados pela metodologia GEIPOT, quando afirma que "aplicando-se 84,6% sobre o intervalo que a planilha GEIPOT aceita como razoável (3,96 a 9,96%) chegamos a um intervalo que começa em 3,35% a 8,42%. Isto significa que o parâmetro de 8% está próximo ao limite superior. Recomendamos a análise detida deste parâmetro em razão do impacto financeiro potencial".

Por tudo isso, entendo que as supostas incoerências apontadas pelo Representante com base na Manifestação da Secont não dão sustentabilidade à alegada irregularidade, motivo pelo qual a afastou.

### **2.2.2. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA ESCOLHA DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO NO ATO DE JUSTIFICAÇÃO DA CONCESSÃO**

Base Legal: Art. 37 da Constituição Federal, art. 5º da Lei nº 8.987/95 e art. 6º da Lei Estadual nº 5.720/98.

Responsável:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: fazer publicar ato justificativo com ausência de indicações previstas em lei.

Trata-se este indício de irregularidade irresignação do Representante em relação ao "ato justificativo", precedente ao lançamento do certame, que na sua visão, teria desatendido o preceito contido no art. 5º da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) e no art. 6º da Lei Estadual 5.720/98, em razão de não expor os motivos da adoção dos critérios de julgamento das propostas.

Conforme expõe a ITC 1946/2016, tais dispositivos legais, a despeito de imporem a publicação prévia ao edital de licitação de "ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão caracterizando o seu objeto, área e prazo", não exigem a justificação dos critérios de julgamento adotados.

Portanto, objetivamente, em consonância com a área técnica, entendo que o ato justificativo publicado pelo SETOP, previamente ao lançamento do Edital do certame, atende aos requisitos previstos no art. 5º da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) e no art. 6º da Lei Estadual 5.720/98, motivo pelo qual afasto esta suposta irregularidade.

### **2.2.3. EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE PERMITEM IDENTIFICAR OS INTERESSADOS EM PARTICIPAR DO CERTAME**

Base Legal: Artigos 37 e 5º, I da Constituição Federal e art. 3º, § 3º da Lei nº 8.666/93.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame.

Quanto a esta suposta irregularidade, alega o Representante que algumas cláusulas previstas no edital de licitação exigiriam a identificação do licitante, infringindo o sigilo da licitação e trazendo elevado “[...] risco de fraude à licitação [...] visto que havendo identificação dos licitantes antes da fase de apresentação das propostas, os mesmos poderão comunicar-se entre si e ‘acertarem’ o preço, estabelecendo quem será o vencedor”. Tais cláusulas seriam as seguintes: 5.1; 5.1.1; 5.1.1.2; 7.6; 12.4.6.

Após a apresentação das justificativas pelos responsáveis e demais notificados no sentido de que não existira a menor possibilidade de que os procedimentos adotados para a aquisição do edital do certame e para a realização da visita técnica tivessem o condão de propiciar a identificação dos interessados na licitação, bem como, o entabulamento de conluio entre eles com o fito de fraude, a área técnica, por meio da ITC 1946/2016, se posicionou alegando que somente o item 1.1 do edital, que dispõe sobre a aquisição do edital e de seus anexos junto à SETOP ou pelo site [www.setop.es.gov.br](http://www.setop.es.gov.br), de fato poderia carregar a infração ao disposto no § 3º do art. 3º da Lei 8.666/93. Isso porque a obtenção do edital por meio do site estaria sujeitada a um prévio registro do requerente, o que em termos práticos significava a necessidade de preenchimento de alguns dados como, por exemplo: *e-mail*; nome da empresa; nome de contato e telefone.

No tocante aos demais itens impugnados pelo Representante, a área técnica se posicionou pela possibilidade das exigências, tendo em vista que se refeririam à realização de visita técnica pelos possíveis licitantes, exigência esta comum nesses tipos de procedimentos licitatórios, porquanto haveria nessas situações a necessidade intrínseca de que os potenciais licitantes conhecessem as particularidades inerentes ao objeto licitado.

Pois bem. Para além do entendimento exposto pela área técnica, entendo que sequer um dos itens estabelecidos no edital de licitação importa na violação do o disposto no § 3º do art. 3º da Lei 8.666/93.

Por certo, afora o fato de que as vistorias técnicas serem necessárias para o melhor conhecimento do objeto a ser licitado, bem como para confecção de propostas

adequadas à sua plena execução<sup>7</sup>, a exigência de prévio registro para a obtenção do respectivo edital de licitação junto ao site da SETOP não configura, a meu ver, afronta à sigilosidade da licitação.

Pode-se supor que tal registro, por ser realizado tão somente entre o órgão licitante e o potencial licitante, não oportunizaria o conhecimento recíproco dos requerentes do edital, nem tampouco a viabilização de qualquer tipo de fraude à licitação em razão desses motivos. Vale dizer, as informações concernentes ao registro prévio não são públicas, mas restritas ao requerente do edital de licitação e ao órgão licitante.

Por outro lado, embora não vislumbre a concretização de irregularidade do presente caso, entendo que a obtenção do conteúdo de editais deva ser facilitada e promovida, motivo pelo qual é oportuna a determinação ao gestor responsável pela SETOP para que nos próximos procedimentos licitatórios, fraqueie o livre acesso aos editais no sítio eletrônico da Secretaria Estadual sem exigência de prévio cadastro.

Nesse sentido, divirjo parcialmente da área técnica e em completo do Ministério Público de Contas, de modo que afasto este indício de irregularidade, mantendo, no entanto, a determinação sugerida na ITC 1946/2016.

#### **2.2.4. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DE JULGAMENTO DISSOCIADO DO PRINCÍPIO DA MODICIDADE**

Base Legal: Art. 175, parágrafo único, IV da Constituição Federal, e Art. 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas.

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com adoção de critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade.

---

<sup>7</sup> Nesse mesmo sentido, Acórdão nº 4.968/2011 – Segunda Câmara/TCU.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital cláusula que contém critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade.

Alega o Representante que o edital da Concorrência Pública 02/2014, ao optar pelo tipo "melhor técnica e menor preço/km", teria adotado critério de julgamento dissociado do Princípio da Modicidade, que preceitua que preceitua basicamente que os serviços públicos devem ser prestados a preços módicos e razoáveis.

Conforme pontua a ITC 1946/2016<sup>8</sup>, sobre esta questão recai a discussão da possível impropriedade da escolha do tipo licitatório ou critério de julgamento do certame em tela, que não privilegiaria o princípio da modicidade tarifária.

De modo complementar, sustenta o Representante que o Edital em referência previu maior peso para a "melhor técnica" (peso 7) do que para o "menor preço" (peso 3), o que corroboraria o seu pedido no sentido de que seja confirmada a irregularidade.

No caso em tela, há que se ter em mente algumas circunstâncias que cercam a suposta irregularidade.

Primeiramente, destaca-se que à luz da jurisprudência e da doutrina majoritária sobre o tema, já se entende que em editais de licitação cujo objeto verse sobre concessão de prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, há que se primar a adoção do critério de menor valor da tarifa em detrimento de todos os demais disponíveis.

Isso decorre do fato de que, tratando-se desse tipo de serviço, é cogente a viabilização da acessibilidade do valor da tarifa ao usuário, mormente num país em que a grande maioria de sua população sobrevive modestamente, do ponto de vista financeiro.

Dessa forma, em consonância com a ITC 1946/2016, "a concessão de serviços públicos de transporte coletivo, de forma geral, não se amolda à adoção da "melhor

---

<sup>8</sup> Fl. 1010 da ITC 1946/2016.

proposta técnica”, ainda que conjugada com outro critério de seleção de proposta e ainda que prevista no elenco taxativo disposto no art. 15 da Lei 8.987/1995”<sup>9</sup>.

Essa posição é reforçada em razão da circunstância de que, no caso concreto, os itens da proposta técnica e respectiva pontuação “[...] se referem a requisitos comuns em se tratando da prestação de serviço público de transporte coletivo de pessoas, afastando-se, assim, da complexidade ou especificidade que justificasse atribuição de pontuação, eis que, basicamente, se referem ao atendimento de condições mínimas para que se considere o serviço adequado ao usuário”<sup>10</sup>.

Não obstante a necessidade de se conferir esta preferência ao critério de menor valor da tarifa, não há como ignorar as especificidades extraídas dos autos, que apontam para o fato inconteste de que à época da autuação desta Representação o procedimento licitatório já havia sido finalizado e os contratos administrativos com os respectivos vencedores já estavam em vigor, visto que há tinham sido homologados e publicados.

Diante dessas informações conjunturais, quer-se dizer que a melhor resposta deste Tribunal para o presente caso não pode ser outra que não afastar a suposta irregularidade, porquanto a decretação da nulidade do certame poderá configurar uma situação mais desfavorável para a Administração Pública e, conseqüentemente, para a sociedade dos municípios abarcados pelos serviços prestados, do que a sua permanência.

Afora isso, no caso vertente o Representante não se desincumbiu de demonstrar o prejuízo arcado por tais sujeitos acima citados, o que permite invocar a aplicação do princípio "*pas de nullité sans grief*", segundo o qual não há nulidade sem a prova do prejuízo.

Esse posicionamento é sedimentado pela área técnica quando aduz que:

Nesse passo deve ser registrado que o Edital do certame estabeleceu, em seu item 24, os valores de investimentos iniciais da concessão, para início da operação de cada um dos lotes, confira-se:

---

<sup>9</sup> Fl. 1013 da ITC 1946/2016.

<sup>10</sup> Fl. 1014 da ITC 1946/2016.

## 24. DOS INVESTIMENTOS INICIAIS E DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO

24.1. **Os valores estimados dos investimentos iniciais da concessão, para início da operação de cada um dos lotes licitados, correspondem a:**

24.1.1. **Lote 1: R\$ 171.000.000,00** (cento e setenta e um milhões de reais);

24.1.2. **Lote 2: R\$ 177.800.000,00** (cento e setenta e sete milhões e oitocentos mil reais).

Tendo-se em conta a supramencionada cláusula editalícia, cujo teor não foi em nenhum momento refutado pelo Representante no sentido de se colocar em dúvida o aporte de investimentos pelos concessionários, desvela-se que a declaração de nulidade do procedimento licitatório e, por extensão, dos contratos entabulados, acarretaria, de plano, a obrigação do Estado em indenizar os Consórcios contratados em, pelo menos R\$ 348.800.000,00 (trezentos e quarenta e oito milhões e oitocentos mil reais), eis que, a teor do disposto no parágrafo único do art. 59<sup>11</sup> da Lei 8.666/93, a declaração de nulidade "[...] **não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa**"(g.n).

Dessa forma ressaí indubitável que a decretação da nulidade do certame, neste momento, acarretará ao Estado – Poder Concedente – a obrigação de indenizar os concessionários pelo capital já investido, bem como, por outros prejuízos porventura comprovados. Tal repercussão econômica não pode ser olvidada no exame da anomalia ora em comento, sob pena de se trazer maior prejuízo à

---

<sup>11</sup> Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

sociedade capixaba, haja vista que lhe serão impingidos os possíveis reflexos negativos (inclusive econômicos) da decretação tardia de nulidade do procedimento licitatório.

[...]

Ressalte-se que a peça inicial não apresenta nenhum estudo ou comparativo que demonstre ser a tarifa praticada no Sistema Transcol exorbitante aos seus usuários de modo a restar comprovado o descumprimento ao princípio da modicidade.

Rememore-se que o objeto licitado refere-se à prestação de serviço público de "Transporte Coletivo Urbano Municipal de Passageiros de Cariacica, Serra e Viana e Intermunicipal Metropolitano de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – TRANSCOL".

**Logo em seguida à contratação dos concessionários** – ocorrida em julho de 2014 – mais precisamente em 24/08/2014, **as tarifas do Sistema Transcol passaram a vigorar<sup>12</sup> com os seguintes valores: R\$ 2,45 (no período de segunda a sábado) e R\$ 2,15 (aos domingos).**

Deve ser ressaltado que **a tarifa até então praticada era de R\$ 2,50**, sem distinção do dia da semana, **ou seja, após as concessões empreendidas através da CP 02/2014, as tarifas do Sistema Transcol sofreram redução de seu valor**, fato que foi amplamente noticiado pela imprensa à época.

Ressai, dessa forma, **como evidência concreta**, que **as tarifas ficaram mais baratas ao usuário após a realização da Concorrência Pública nº 02/2014**. Nesse passo, em face dos contratos já estarem em vigor e produzindo efeitos, a análise procedida quanto ao presente ponto assumiu contornos de exame do dano em concreto (e não potencial) provocado por uma suposta inobservância ao princípio da modicidade no estabelecimento dos critérios de julgamento do certame, não se podendo chegar a outra conclusão

<sup>12</sup> Vide informação publicada no DIOES de 21/08/2014 (Anexo 2).

senão a de que, efetivamente, no caso em tela, **não restou demonstrado o desatendimento ao princípio da modicidade tarifária.**

Ademais, tendo em conta a ausência de demonstração de efetivo prejuízo, conquanto pretenda o Representante a anulação do certame, deve ser invocado o princípio "*pas de nullité sans grief*", segundo o qual não se decreta nulidade sem a prova do prejuízo.

Por tudo isso, divergindo do Ministério Público de Contas, entendo que deva ser afastado o indício de irregularidade. Entretanto, entendo que deva ser expedida determinação no sentido de que nesse tipo de licitação deva ser adotado pelo órgão licitante o critério de menor tarifa a fim de que seja materializado o princípio da modicidade tarifária e evitado futuras discussões e dissensos acerca deste tema.

#### **2.2.5. PREVISÃO EDITALÍCIA DE TAXA DE GERENCIAMENTO INCONSTITUCIONAL**

Base Legal: Artigo 145, § 2º da Constituição Federal, e artigo 36, § 2º da Constituição Estadual (por simetria); artigo 6º, § 1º da Lei nº 8.987/95.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório contendo previsão editalícia de taxa de gerenciamento inconstitucional.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital previsão de taxa gerenciamento inconstitucional.

Conforme se pode depreender da Representação apresentada pelo Ministério Público de Contas, alega-se que a taxa de gerenciamento, referida no item 2.1 do Edital e na

alínea "t" do item 1.1 da Minuta Contratual, seria inconstitucional por afrontar o disposto no § 2º do art. 145 da Constituição da República, uma vez que, na ótica do Representante, teria natureza jurídica de tributo da espécie "taxa" e, por essa razão, não poderia ter base de cálculo de imposto.

Como esta questão já foi abordada e definida no item 2.1.2 desta decisão, faço remissão aos fundamentos lá delineados que apontam a inexistência de inconstitucionalidade no referido dispositivo legal.

Sendo assim, primando pela coerência argumentativa, entendo que deva ser afastada o presente indício de irregularidade.

#### **2.2.6. POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVAS LINHAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS SEM DEFLAGRAÇÃO DE LICITAÇÃO**

Base Legal: Artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal, e artigo 14 da Lei nº 8.987/95.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório onde consta a possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital cláusula onde consta a possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação.

Dos autos extrai-se que o Ministério Público de Contas afirma, em sua Representação, que o item 3.3 (e seus subitens) do Edital possibilitaria a criação de novas linhas de transporte de passageiros sem a necessidade de deflagração de licitação.

Conforme destaca a ITC 1946/2016, “a cláusula editalícia, na visão do Representante, permitiria a criação de novas linhas exigindo, única e exclusivamente, que a criação seja precedida de decisão do Poder Concedente, desatendendo, assim, o disposto nos artigos 37, XXI e 175 da CF/88 e art. 14 da Lei 8.987/1995”.

Ocorre que a questão apontada pelo Representante deve se ater ao objeto licitado, o que não se verifica no caso concreto.

Da simples leitura do edital, observa-se que o objeto licitado não se refere especificamente às linhas de transporte coletivo. Na realidade, foram sim licitadas duas áreas geográficas da Região Metropolitana da Grande Vitória em que os concessionários deveriam atuar explorando o serviço de transporte público coletivo. Tais áreas foram licitadas a partir da divisão prévia de dois lotes submetidos ao certame e, posteriormente, contratados com os respectivos vencedores.

Cumprir registrar, no entanto, que a circunstância devidamente justificada pelos responsáveis se difere da situação virtualmente aventada pela área técnica, na qual hipoteticamente fossem criadas novas linhas fora dos espaços geográficos licitados. Nessa hipótese, seria cogente a feitura de novo procedimento licitatório, haja vista que tais linhas não integrariam os lotes licitados e concedidos.

Com efeito, em consonância com a ITC 1946/2016, entendo que não há violação aos artigos 37, XXI e 175 da Constituição da República, nem tampouco ao art.14 da Lei 8.987/1995, razão pela qual me posiciono pelo afastamento deste indício de irregularidade.

### **2.2.7. DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA INDEVIDA QUE PERMITE QUE AS PRÓPRIAS CONCESSIONÁRIAS OPEREM A CÂMARA DE COMPENSAÇÃO TARIFÁRIA, E, POR CONSEQUÊNCIA, DEFINA O VALOR DO SUBSÍDIO E O SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA**

Base Legal: Art. 37 da Constituição Federal – princípio do interesse público.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com a presença de disposição editalícia indevida que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária, e, por consequência, defina o valor do Subsídio e o Sistema de Bilhetagem Eletrônica.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital disposição editalícia indevida que permite que as próprias concessionárias operem a Câmara de Compensação Tarifária, e, por consequência, defina o valor do Subsídio e o Sistema de Bilhetagem Eletrônica

De acordo com o apontado na Instrução Técnica Inicial 1631/2015, que repercute a irresignação manifestada pelo *Parquet* Representante, o edital da Concorrência Pública 02/2014, em seu item 3.4, alínea "c", e a Minuta Contratual (item 6.7, alínea "c"), conteria disposição que permitiria às próprias concessionárias operarem a Câmara de Compensação Tarifária e, em consequência, definirem o valor do subsídio pago pelo Estado, bem como, o Sistema de Bilhetagem Eletrônica, afrontando o princípio do interesse público plasmado no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Logo abaixo são reproduzidos os itens editalícios e contratuais questionados:

3.4 (Edital). Incluem-se no objeto da concessão, como obrigações inerentes à execução do objeto principal, além de outras estabelecidas neste EDITAL e na legislação vigente:

[...]

c) A arrecadação pelas CONCESSIONÁRIAS da TARIFA USUÁRIO, seja em espécie, nos ônibus, terminais de integração e, quando houver, estações de transbordo, seja por meio da comercialização de todos e quaisquer créditos de transporte, seja pelo recebimento do SUBSÍDIO, bem como a operação da CÂMARA DE COMPENSAÇÃO.

6.7 (Minuta Contratual). Incluem-se no objeto da CONCESSÃO, como obrigações inerentes à execução do objeto principal, além de outras estabelecidas no EDITAL, no presente CONTRATO e na legislação vigente:

[...]

c) A arrecadação pelas CONCESSIONÁRIAS da TARIFA USUÁRIO, seja em espécie, nos ônibus, terminais e, quando houver, estações de transbordo, seja por meio da comercialização de todos e quaisquer créditos de transporte, seja pelo recebimento do SUBSÍDIO, bem como a operação da CÂMARA DE COMPENSAÇÃO TARIFÁRIA.

De acordo com a área técnica<sup>13</sup>, “a função da Câmara de Compensação Tarifária, em resumo, é garantir remuneração equânime aos concessionários compensando-os pelas linhas de ônibus deficitárias, ou seja, aquelas nas quais a arrecadação tarifária é inferior aos custos operacionais envolvidos. Dessa forma, a Câmara de Compensação Tarifária consiste em uma conta na qual são acumuladas as receitas arrecadadas por todas as linhas de ônibus do sistema a cada período decendial (dez dias) e realizar a compensação entre os concessionários em razão da participação de cada um deles no custo total do sistema”.

Chamados a se manifestarem, os senhores Fábio Ney Damasceno e João Victor de Freitas Espíndula, em contraponto aos apontamentos realizados pelo Representante alegam: a) que a Ceturb-GV “[...] continua, e sempre continuará, com o controle, gerenciamento e fiscalização da operação do sistema, isto porque cabe a ela definir os serviços colocados à disposição dos usuários, por meio da emissão das "OSOs" Ordens de Serviço de Operação [...]”; b) que o Edital e o contrato de concessão não tiveram “[...] a pretensão de delegar a função de gerenciamento, fiscalização e operação do sistema aos concessionários”; c) que normas da Ceturb-GV comprovariam que a gestão, fiscalização e operação do sistema continua e continuará sob a guarda do Poder Concedente.

É de observar que, não obstante os esclarecimentos prestados, à luz dos esclarecimentos trazidos pelos representados, os fatos permanecem controversos,

<sup>13</sup> Fls. 1036-1037, ITC 1946/2016.

haja vista que interpretação outra não se pode extrair da literalidade dos itens editalícios que claramente preveem a operação da Câmara de Compensação pelos concessionários. Esta também é a opinião da área técnica, quando afirma que, "diante do teor do item 3.4, "c" do Edital, reproduzido *ipsis litteris* no item 6.7, "c" da Minuta Contratual, perfaz-se inequívoca a intenção de delegação da operação da Câmara de Compensação aos próprios concessionários".

Quanto a este ponto, há que se ponderar que não há como afirmar que tal previsão foi deliberada no sentido de irregularmente atribuir-se esta responsabilidade aos concessionários. Ademais, alguns destes indicativos de irregularidade já foram sanados, conforme evidencia o 1º Termo Aditivo aos Contratos de Concessão nº 008/2014 e 009/2014, publicados em 07/01/2016, que alterou as cláusulas VI e XIX dos Contratos, suprimindo a expressão "bem como operar a Câmara de Compensação Tarifária" em seu item 6.7, "c"; alterando o item 19.1.17 da cláusula XIX que passou a prever a prerrogativa exclusiva do Poder Concedente operar, por intermédio da Ceturb-GV, da Câmara de Compensação Tarifária; alterando, ainda, o item 19.1.18 da cláusula XIX que passou a prever que "o Poder Concedente concentrará em acervo próprio por ele definido e regulamentado a totalidade dos dados gerados pelos Sistemas de Bilhetagem Eletrônica, de monitoramento e vigilância da frota, garantida a originalidade dos dados em formato primário, sem qualquer processamento, assegurado às Concessionárias o direito à obtenção dos dados no mesmo formato".

Do mesmo modo, a meu ver não há motivos para a manutenção do indicativo de irregularidade atinente à previsão de que a operação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica seja de responsabilidade das concessionárias, conforme redação prevista no item 20.1.15 da cláusula XX, do 1º Termo Aditivo aos Contratos de Concessão nº 008/2014 e 009/2014, na medida em que o mencionado item condiciona a implantação e operação dos Sistemas a uma série de especificações contidas nos Anexos II.5 e II.6 do Edital, além do cumprimento rigoroso das especificações e normas já expedidas pela Ceturb-GV, a quem cabe a fiscalização da operação dos serviços de transporte públicos de passageiros, nos moldes estabelecidos pela Lei Estadual 3.693/84.

Com efeito, divirjo parcialmente da área técnica e do Ministério Público de Contas, de modo que considero sanado o indicativo de irregularidade referente ao item 3.4 "c" do Edital de Concorrência Pública 002/2014 e 6.7. "c" dos contratos nsº 008/2014 e 009/2014, que dizia respeito à exclusão da operação da Câmara de Compensação do rol de obrigações atribuídas às concessionárias; da mesma forma, entendo que a irregularidade concernente ao item 3.4. "a" do Edital de Concorrência Pública 002/2014 e 6.7. "a" dos contratos nsº 008/2014 e 009/2014 foi sanada após o advento do 1º Termo Aditivo aos Contratos de Concessão nsº 008/2014 e 009/2014.

Por tudo isso, me posiciono pela manutenção parcial deste indicativo de irregularidade. Afora isso, acompanho em parte a sugestão de determinação preconizada na ITC 1976/2016, no sentido de que seja determinado ao gestor responsável pela SETOP a anulação parcial do item 3.4 "a" do Edital de Concorrência Pública 002/2014, e 3 6.7. "a" dos contratos nsº 008/2014 e 009/2014, excluindo-se a administração do Sistema de Bilhetagem Eletrônica do rol das obrigações atribuídas às concessionárias, devendo tal atividade ser atribuída a Ceturb-GV.

### **2.2.8. CLÁUSULA RESTRITIVA VEDANDO A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

Base Legal: Artigo 31, II da Lei n. 8.666/93; princípio da legalidade.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com a presença de cláusula restritiva vedando a participação de empresas em recuperação judicial.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital cláusula restritiva vedando a participação de empresas em recuperação judicial.

Extrai-se dos autos que o Representante alega que, que o item 4.2, "c", do Edital da Concorrência Pública nº 02/2014, ofenderia o disposto no artigo 31, II da Lei 8.666/93, uma vez que vedaria a participação de pessoas jurídicas, isoladas ou consorciadas, que estejam em recuperação judicial causando indevida restrição à competitividade.

O referido item diz o seguinte:

4.2 – Será vedada a participação de pessoas jurídicas, isoladas ou consorciadas, que se enquadrem nas seguintes condições:

[...] omissis

c) estejam sob falência, recuperação judicial ou extrajudicial, dissolução ou liquidação;

Alegam os responsáveis que em determinadas licitações em que são exigidos vultuosos investimentos, a participação de empresas em recuperação judicial colocaria em risco a prestação do serviço licitado, bem como ter-se-ia dificuldade no estabelecimento de garantias para o contrato eventualmente assinado com o licitante vencedor. Para isso, faz juntar julgado do TJ/GO, no qual esta possibilidade é aventada e consolidada em Acórdão deste mesmo Tribunal.

Não obstante, a tratativa deste assunto já recebeu o devido tratamento pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, que, na análise concreta de caso com as mesmas peculiaridades referentes à participação de empresa em recuperação judicial em certames licitatórios, entendeu que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar que determinada empresa em dificuldades financeiras possa continuar funcionando, e impedir que uma companhia nessa situação participe de licitações seria sentenciá-la à falência<sup>14</sup>.

Trata-se da tese vencedora e, inclusive, acompanhada por este TCEES, que já se manifestou pela possibilidade participação de empresas em recuperação judicial em

<sup>14</sup> AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014.

licitações em processos de sua responsabilidade, conforme evidencia o Acórdão TC 001/2013.

Por conseguinte, em atenção à jurisprudência do STJ, mantenho este indicativo de irregularidade.

### **2.2.9. CLÁUSULA RESTRITIVA VEDANDO A PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

Base Legal: Lei Complementar nº 123/2006 e artigo 3º, caput e § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, princípios da legalidade e da isonomia; artigo 14 da Lei nº 8.987/95.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com a presença de cláusula restritiva vedando a participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital cláusula restritiva vedando a participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Alega o Ministério Público de Contas que o Edital, em seu item 4.2, "h", restringiria, indevidamente, a participação de microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs).

Em suas razões de justificativa, os representados concentram as suas afirmações na tese de que não existe lei obrigando que MEs e EPPs devam, obrigatoriamente, participar de todo certame; e que o faturamento anual de uma dessas sociedades seria incompatível com os investimentos que a contratação visada exigiria, não sendo a Administração, por força do disposto no art. 49 e incisos da Lei Complementar 123/2006, obrigada a admitir tais espécies de empresas.

Quanto a esses pontos, conforme minuciosa análise realizada por meio da ITC 1946/2016, a área técnica tem modo bastante objetivo e preciso defende que “que o art. 49 da LC 123/2006 - invocado pelos defendentes como norma aplicável e motivadora à vedação da participação de MEs e EPPs no certame - não estabelece restrição à participação, mas sim, a inaplicabilidade do tratamento diferenciado elencado no art. 48 da mesma Lei”.

De fato, o mencionado dispositivo legal não impõe a restrição da participação de MEs e EPPs. Isso pode ser aferido a partir da simples leitura do *caput* e do inciso III deste artigo de lei, que, ao dizer que não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, apenas delimita de modo concreto o âmbito de aplicabilidade do tratamento diferenciado preconizado na LC 123/2006.

Ademais, em consonância com a área técnica, compartilho do entendimento de que a necessidade de alocação de recursos pelo futuro licitante vencedor não pode ser considerado motivo determinante para a não admissão dessas MEs e EPPs. Isso pode ser aferido a partir da simples leitura do *caput* e do inciso III deste artigo, pelo simples fato de que virtualmente sociedades podem passar por reenquadramento após o certame, consoante disposto no § 3º do art. 3º da LC 123/2006, sem que isto implique alteração dos contratos já firmados.

Como se não fosse o bastante, a restrição implementada pelo Edital tem o condão de impossibilitar participação destas sociedades mesmo quando em consórcio com outras empresas.

Por tudo isso, mantenho este indicativo de irregularidade e acolho a proposta da área técnica no sentido de que seja determinado ao gestor responsável pelo SETOP que, nos próximos procedimentos licitatórios, se abstenha de impedir a participação de microempresas ou empresas de pequeno porte, podendo, entretanto, desde que justificado no procedimento licitatório, vedar o deferimento do tratamento diferenciado de que tratam os artigos 47 e 48 da LC 123/2006.

### **2.2.10. VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA**

Base Legal: Artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, caput e inciso III, ambos da Lei nº 8.666/93; artigo 14 da Lei nº 8.987/95.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório contendo cláusula de visita técnica obrigatória, sem respaldo em lei.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: deflagrar certame licitatório contendo cláusula de visita técnica obrigatória, sem respaldo em lei.

Quanto a este ponto, alega o Representante a existência de irregularidade no que tange ao teor do item 5 do Edital, que prevê a realização obrigatória de visita técnica pelos licitantes. Entende o Representante que tal exigência fere a Lei de Licitações e Contratos, uma vez que, em sua ótica, estaria em desacordo com o disposto no art. 30, III, da Lei 8.666/93. Basicamente, afirma o Representante que a visita técnica exigida no Edital deveria ser prevista de modo facultativo neste mesmo instrumento.

De acordo com o Tribunal de Contas da União – TCU, a questão afeta à (in)admissibilidade da exigência de visita técnica é possível, desde que atendidos alguns pressupostos delineados no Acórdão 2826/2014 daquela Corte de Contas, oportunamente trazido à discussão pela ITC 1946/2016. São eles: a) a demonstração, no procedimento licitatório, da necessidade de sua realização; b) a inexistência de imposição no sentido de a visita ser realizada por engenheiro; c) o estabelecimento de prazo razoável para que os licitantes procedam à visitação.

Inexistindo qualquer desses pressupostos citados no referido Acórdão, a exigência é indevida e pode ser interpretada como um ato atentatório ao art. 30, III, da Lei 8.666/1993, que dispõe que a comprovação da documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á às hipóteses em que for exigida do licitante. Como bem destaca a

ITC 1946/2016, "em não havendo uma necessidade concreta para a realização da vistoria/visita técnica, deve o edital prever a sua substituição por simples declaração do licitante no sentido de que tem pleno conhecimento das condições referentes à execução do objeto licitado, facultando-lhe, assim, que opte pela sua realização ou não, caso entenda desnecessário".

Nesse passo, cumpre registrar que o elemento mais apto a justificar a imposição de visita técnica no âmbito de um procedimento licitatório seja o primeiro requisito assinalado pelo TCU, a saber, a demonstração, no procedimento licitatório, da necessidade de sua realização. Isso porque este evidentemente é o meio mais adequado a fundamentar a necessidade da visita técnica no caso concreto ante a aferição da complexidade do objeto licitado que torne necessária a visita dos potenciais licitantes aos respectivos locais em que o serviço licitado será demandado.

Com efeito, em consonância com a detida análise realizada pela área técnica, observa-se que SETOP não justificou, no procedimento licitatório da Concorrência Pública nº 002/2014, a necessidade de realização obrigatória de visita técnica. Desse fato, depreende-se a ausência de necessidade para tais visitas, motivo pelo qual, no compasso da jurisprudência do TCU, reputa-se inexigível a imposição de realização de visitas técnicas pelos licitantes.

Diante do exposto, mantenho o indicativo de irregularidade e, ainda, nas linhas traçadas pela jurisprudência do TCU, determino ao gestor responsável pela SETOP que, nos próximos procedimentos licitatórios, observe que: a) a visita técnica é, em regra facultativa, devendo o instrumento convocatório prever a substituição do atestado de vistoria por simples declaração do licitante no sentido de que tem pleno conhecimento das condições referentes à execução do objeto licitado; b) caso a visita técnica seja indispensável ante a complexidade do objeto licitado deve esta condição estar concretamente demonstrada no procedimento licitatório, observando-se ainda que: b.1) não se admite imposição de que a vistoria seja realizada por engenheiro; b.2) deve ser estabelecido prazo razoável para que se proceda à visita; b.3) a visita deve ser realizada de modo individual pelo licitante, evitando-se, assim, a reunião de licitantes capaz de dar-lhes conhecimento prévio sobre o universo de concorrentes.

### **2.2.11. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO OBJETIVO PARA DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS FINANCEIRAS**

Base Legal: Artigo 3º da Lei nº 8.666/93; artigo 14 da Lei nº 8.987/95. Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com ausência de critério objetivo para desclassificação das Propostas Financeiras.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: deflagrar certame licitatório com ausência de critério objetivo para desclassificação das Propostas Financeiras.

Alega o Ministério Público de Contas que o item 11.2 do Edital de Concorrência nº 02/2014 enseja dubiedade e vagueza na sua redação, particularmente quando emprega o termo "inexequível" quando se refere a uma eventual inexequibilidade de estudo de viabilidade econômico-financeira apresentado por algum licitante. Em razão disso, afirma que haveria uma afronta ao princípio do julgamento objetivo, na medida em que tornaria possível a desclassificação de qualquer licitante com base em critério vago.

Em contraponto, em sede de razões de justificativa, os responsáveis afirmam que o "edital em várias passagens estabelece parâmetros exequíveis para a elaboração da proposta financeira dos licitantes, tais como a previsão da TIR máxima a ser considerada pelos concorrentes, conforme previsão do item 5 do "Anexo IV - Orientações e Modelo Para Apresentação da Proposta Financeira"; os componentes e custos mínimos que deverão constar da planilha, previstos no V – Instruções para elaboração do Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira".

Ademais, asseveram que o próprio art. 48, II, da Lei 8.666/1993 estabelece critérios passíveis de aferir a inexequibilidade no âmbito de uma licitação.

Nesse mesmo sentido, a área técnica se manifesta pela regularidade da previsão editalícia, tendo em vista que, em suas próprias palavras, “deflui da própria Lei de Licitações e Contratos, em seu artigo 48, inciso II, a fixação do critério genérico de inexequibilidade aplicável às licitações que não envolvam obras ou serviços de engenharia (que por sua vez adotam o critério plasmado no § 1º do mesmo artigo)”<sup>15</sup>.

Trazem ao debate<sup>16</sup>, ainda, a informação de que no anexo V do Edital contém “instruções, metodologia e indicações de conteúdo mínimo para a elaboração, pelo licitante, do referido Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira”, o que corrobora a tese de que o indicativo de irregularidade não se sustenta.

Por tais razões, em consonância com o entendimento externado na ITC 1946/2016, afasto o indicativo de irregularidade.

### **2.2.12. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME EM DECORRÊNCIA DAS DOCUMENTAÇÕES RELATIVAS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

Base Legal: Artigo 14 da Lei nº 8.987/95 e artigo 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório contendo restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações relativas à qualificação técnica.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

---

<sup>15</sup> Fl. 1075, ITC 1946/2016.

<sup>16</sup> Fl. 1076, ITC 1946/2016.

Conduta: deflagrar certame licitatório contendo restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações relativas à qualificação técnica.

Alega o Ministério Público de Contas que o Edital traria restrição indevida por prever, em seu item 12.4 e subitens, a apresentação de documentos de habilitação técnica que, na ótica do Representante, redundariam em imposições excessivas, particularmente o item 12.4.1 e os subitens 12.4.1.1 e 12.4.1.6.

Conforme expõe a ITC 1946/2016, a irrisignação do Representante “[...] refere-se aos seguintes pontos: a) o não estabelecimento, no Edital do certame, das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação sobre as quais deveria recair a exigência; b) a exigência de que o desempenho anterior tenha se dado em linhas urbanas, municipais ou intermunicipais de característica metropolitana; c) a permissibilidade de somatório ilimitado de atestados para a comprovação da exigência disposta no item 12.4.1.6”.

Quanto ao primeiro ponto, concernente ao item 12.4.1 do Edital, não se pode verificar da análise dos autos qualquer tipo de justificativa mais contundente por parte dos responsáveis. Na realidade, os gestores apenas se limitaram a citar editais com objeto semelhante, lançados em outros estados da federação, para argumentar que é “[...] razoável a exigência de qualificação técnica exigida”.

Da análise dos autos e da manifestação da área técnica e do parecer elaborado pelo Ministério Público de Contas, depreende-se que as exigências feitas por intermédio das cláusulas editalícias se referem à comprovação da capacidade técnica-operacional, aferição esta que se dá no âmbito da verificação da qualificação técnica do licitante, que deverá, dentre outras coisas, demonstrar ter condições técnicas para executar o objeto licitado.

Ocorre que tal comprovação deveria se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado e não às parcelas ou componentes de baixo valor ou de pouca relevância técnica, na medida em que estas não autorizam a restrição causada pela exigência de capacidade técnica operacional.

Conforme expõe a ITC 1946/2016, “o Edital em tela, muito embora contenha, no item 12.4.1, a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional, não

cuidou de definir quais as parcelas do objeto licitado detêm, conjuntamente, maior relevância técnica e valor significativo, sendo, assim, procedente a Representação quanto a este apontamento”.

Assim sendo, em consonância com os argumentados aventados pelo Representante e pela área técnica, entendo que este ponto da irregularidade tratada deva ser reconhecido.

Por outro lado, quanto ao segundo ponto, que trata da exigência de que o desempenho anterior do licitante tenha se dado em linhas urbanas, municipais ou intermunicipais de característica metropolitana, é coerente o posicionamento da área técnica deste Tribunal de Contas no sentido de que as referidas estipulações editalícias não eram capazes de ferir a competitividade do certame. Entre as razões apresentadas, e que acolho nesta fundamentação, cito as seguintes:

As razões de nosso posicionamento pela regularidade da condição estabelecida acerca das características da experiência anterior exigida do licitante no Edital da Concorrência nº 02/2014 são as seguintes: **a) o objeto licitado diz respeito à prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória, portanto, evidencia-se que o serviço deverá ser executado em área urbana que, em nosso entender, guarda características distintas da prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros em área rural; b) o item 12.4.1 editalício se refere à “[...] linhas urbanas, municipais ou intermunicipais de característica metropolitana [...]”, deixando margem para que fossem apresentados atestados que contemplassem o serviço público de transporte coletivo de passageiros em áreas com características metropolitanas e não, necessária e especificamente, em área metropolitana; c) conforme preceituado na mencionada Súmula TCU nº 263 a exigência de comprovação da capacidade técnica-operacional deve se referir à experiência anterior em obras ou serviços “[...] com características semelhantes, devendo [...] guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”, donde se verifica que o entendimento jurisprudencial aponta no sentido de que o serviço ou obra, a serem atestados como**

**prova da experiência progressa do licitante, devem ser proporcionais - inclusive no tocante ao nível de dificuldade operacional – àqueles que deverão ser executados caso vença a licitação; d) também o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93 é claro ao prescrever que a comprovação da aptidão do licitante deve encetar relação de pertinência e compatibilidade com as “[...] características, quantidades e prazos [...]” do objeto licitado de modo a garantir o bom e fiel cumprimento do contrato; e) por derradeiro temos a dicção do § 3º do art. 30 da Lei 8.666/93, que sinaliza sobre a necessidade de que as obras e serviços executados anteriormente pelo licitante – e que estarão sendo apresentados como prova de sua experiência anterior – tenham complexidade tecnológica ou operacional equivalente ou superior aos licitados [...]**<sup>17</sup>.

(grifei)

Da mesma forma, no que diz respeito ao quantitativo mínimo de veículos em serviços prestados anteriormente - correspondente a 50% (cinquenta por cento) do número de veículos previstos para a frota inicial - exigido no item 12.4.1.1 do Edital, é patente o entendimento do TCU no sentido de que a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado, não devendo, entretanto, ultrapassar 50% do quantitativo previsto para os itens de maior relevância técnica e valor significativo.

Logicamente, se a previsão desta cláusula editalícia comportar a porcentagem estabelecida neste julgado (que é de até 50%), a regra criada para o caso julgado pelo TCU se torna aplicável ao caso vertente, na medida em que ambos, neste ponto temático, versam sobre a regularidade do estabelecimento de percentuais de quantitativos a executar para a comprovação de experiência pelo licitante.

É o que ocorre no caso em tela, haja vista que o Edital de Concorrência nº 02/2014 em seu item 12.4.1.1 previa justamente esta porcentagem limite.

<sup>17</sup> Fls. 1086-1087, ITC 1946/2016.

Por conseguinte, quanto a este segundo ponto, acolho o posicionamento da área técnica de que não teria ocorrido irregularidade no Edital.

Ademais, no tocante à permissibilidade de somatório ilimitado de atestados para a comprovação da exigência disposta no item 12.4.1.6, possibilidade esta combatida pelo Representante no caso concreto, em conformidade com o TCU, entendo que, em regra, deve-se permitir o somatório de atestados, sob pena de estar-se diante de indevida restrição ao caráter competitivo do certame, muito embora, em casos plenamente justificados, seja possível exigir-se que a experiência seja comprovada através de atestado único.

Assim sendo, no presente caso verifica-se que:

[...] o Edital exige do licitante, em sede de habilitação técnica, a comprovação de experiência anterior na prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, em linhas urbanas, municipais ou intermunicipais de característica metropolitana (item 12.4.1), em quantitativos que correspondam a, no mínimo 50% (cinquenta por cento) do "[...] número de veículos da frota inicial prevista no [...] Edital [...]" (item 12.4.1.1).

Em outras palavras o licitante deveria comprovar que tem experiência na prestação do serviço de transporte coletivo com um número de veículos equivalente a, pelo menos, metade da frota exigida em cada um dos lotes licitados, sendo que o Lote 1 previa um total de 739 veículos e, o Lote 2, um total de 768 veículos.

Note-se que a experiência anterior relaciona-se a um critério material, qual seja, a atuação com um número expressivo de veículos destinados ao transporte coletivo de passageiros a ser atestada por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço. **Desse modo, a exigência, em um único atestado, de comprovação da atuação do licitante com o quantitativo descrito – superior a 360 veículos – revelar-se-ia, ao nosso ver, claramente restritiva.**

**Ademais convém lembrar que o Edital contempla a possibilidade de formação de consórcios de empresas para atuarem na concorrência.**

**Sendo assim, seria no mínimo incongruente com os próprios termos do instrumento convocatório vedar-se a possibilidade do consórcio licitante somar os quantitativos ou atestados das empresas que lhe são componentes. Nesse passo, entendemos que a possibilidade de somatório de atestados, adotada no item 12.4.1.16 do Edital, é adequada ao objeto licitado e se mostra consentânea com posicionamento jurisprudencial não havendo, portanto, irregularidade quanto a este ponto.**

(grifei)

Diante de todos os argumentos trazidos e analisados quanto a estes indicativos de irregularidades, me posiciono em consonância com a área técnica, de modo que entendo que deve remanescer tão somente o indício de irregularidade atinente à omissão na definição das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

Demais disso, entendo que deva ser determinado ao gestor responsável pela SETOP que, nos próximos procedimentos licitatórios, exija a comprovação de capacidade técnico-operacional ou capacidade técnico-profissional, e que observe que deverão ser definidas quais as parcelas do objeto licitado que detêm, conjuntamente, maior relevância técnica e valor significativo.

### **2.2.13. OBSCURIDADE/COMPLEXIDADE DA FÓRMULA PARA CÁLCULO DA TARIFA**

Base Legal: Artigo 5º, III da Lei Estadual nº 9.757/2011.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório contendo fórmula obscura/complexo da fórmula para cálculo da tarifa.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: deflagrar certame licitatório contendo fórmula obscura/complexo da fórmula para cálculo da tarifa.

Alega o Ministério Público de Contas que haveria obscuridade/complexidade na fórmula estabelecida no Anexo VIII do Edital, para fins de cálculo da Tarifa Usuário.

De acordo com o Representante, as fórmulas encontradas no referido anexo seriam muito complexas “[...] restando vislumbrada a clara intenção da Administração Pública de obstaculizar a obtenção de dados imprescindíveis para o controle dos valores estipulados para a tarefa”.

Afirma, também, que o item 16.2 da Minuta Contratual, “[...] traz fórmula para o cálculo do reajuste do preço/km de referência para a remuneração da concessionária, obstaculizando as atividades do Conselho Gestor dos Sistemas de Transportes Públicos Urbanos de Passageiros da Região Metropolitana da Grande Vitória – CGTRAN/GV e indo de encontro com a redação do inciso III do art. 5º da Lei n. i Estadual 9.757/2011”.

Quanto a este último ponto, a área técnica deste Tribunal de Contas é bastante objetiva em sua análise ao assegurar que “o fato da Minuta Contratual estabelecer (em seu item 16.2) fórmula do cálculo para reajuste do preço/Km não afasta a atuação do CGTRAN/GV”<sup>18</sup>.

Demais disso, no que se refere tange à suposta complexidade das fórmulas matemáticas previstas no edital para o cálculo da Tarifa Usuário e da remuneração das concessionárias, é pertinente a observação de que este indicativo de irregularidade se baseia simplesmente num perspectiva subjetiva, que varia de acordo com quem observa possibilitando, portanto, entendimentos de que se tratam de fórmulas complexas ou então de fórmulas simples.

É bom destacar que “as fórmulas presentes no Anexo VIII do Edital têm seus componentes identificados por legendas e demandam a aplicação de operações

---

<sup>18</sup> Fl. 1094, da ITC 1946/2016.

matemáticas simples (divisão, soma, subtração e multiplicação) não se vislumbrando, data vênua, excesso de complexidade para a sua resolução”<sup>19</sup>.

Assim, em consonância com a ITC 1946/2016, entendo que deva ser afastado este indicativo de irregularidade.

#### **2.2.14. ASSUNÇÃO DE RISCOS PELO PODER CONCEDENTE**

Base Legal: Artigo 2º, II da Lei nº 8.987/95.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório contendo cláusula de assunção de riscos pelo Poder Concedente que seriam próprios das empresas/consórcios contratadas.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: deflagrar certame licitatório contendo cláusula de assunção de riscos pelo Poder Concedente que seriam próprios das empresas/consórcios contratadas.

Quanto a este indicativo de irregularidade, alega o Representante que a Cláusula XI, itens 11.1 e 11.2 da Minuta Contratual, afrontaria o disposto no artigo 2º, II, da Lei 8.987/95, por prever, supostamente, indevida assunção de riscos pelo Poder Concedente, na medida em que alocaria riscos próprios das concessionárias ao Poder Concedente. A seguir, os itens questionados pelo Ministério Público de Contas:

CLÁUSULA XI

DO RISCO GERAL DE REDUÇÃO DA QUANTIDADE DE PASSAGEIROS

---

<sup>19</sup> Fl. 1094, da ITC 1946/2016.

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.

No que se refere à cláusula 11.1 da Minuta Contratual, que estipula que cabe ao Poder Concedente “o risco pela redução da quantidade de passageiros pagantes em relação aos números apresentados no PROJETO BÁSICO”, assegurando o reequilíbrio econômico financeiro do contrato no caso de diminuição da demanda projetada, em conformidade com a ITC 1946/2016, observa-se que a eventualidade da ocorrência de necessidade de reequilíbrio econômico financeiro do contrato está sujeitada à redução do número de passageiros apresentados no Projeto Básico.

Conforme expõe a ITC 1946/2016, o Projeto Básico não é claro quanto ao número de passageiros pagantes do Sistema Transcol, tendo em vista que as tabelas anexadas ao Edital, a respeito deste assunto, não elucidam “[...] se o quantitativo consignado refere-se somente a passageiros pagantes eis que, também, não é esclarecido se a “receita total” de cada linha se refere apenas à arrecadação das tarifas ou se inclui, em adição, o subsídio pago pelo Estado para fazer face às gratuidades do Sistema. Também não há informação sobre a metodologia adotada para a coleta dos dados não se podendo dizer se os dados obtidos referem-se a uma média histórica”.

Não obstante, é coerente o posicionamento da área técnica desta Corte de Contas que, fundamentando-se na repartição objetiva de riscos entre as partes, nos moldes do art. 4º, VI e 5º, III, Lei 11.079/2004 (Lei das PPP's), defende a tese de que esta previsão também se aplica ao caso concreto, tendo em vista que a Lei 8.987/1995 não impede esta repartição objetiva de riscos.

De fato, no caso em tela é imperiosa a necessidade de se cogitar algum erro de projeção de demanda no Projeto Básico, o que, a meu ver, tem o condão de justificar

a possibilidade e viabilidade jurídica de uma repartição objetiva de riscos entre os contratantes. Ademais, é oportuna a manifestação da área técnica no seguinte sentido:

Pois bem, alguns pontos devem ser trazidos à discussão acerca da referida cláusula. O primeiro deles diz respeito ao fato de que a projeção de passageiros pagantes foi realizada pelo próprio Poder Concedente, de sorte que, não se apresenta razoável imputar o risco de uma errônea projeção ao particular.

Outro ponto que chama a atenção refere-se aos limites contidos na própria cláusula 11.1 da Minuta Contratual. Note-se que seu teor refere-se, expressa e objetivamente, apenas ao risco de redução da quantidade de passageiros projetada pelo Concedente, não havendo assunção – pelo Poder Concedente – do risco de redução da demanda por alteração do cenário macroeconômico, risco esse, assumido pela concessionária a teor do disposto na cláusula 10.1<sup>20</sup> da Minuta.

Lado outro, no que diz respeito à cláusula 11.2, que estabelece que o risco causado por conduta comissiva do Poder Concedente ou por evento ao qual a lei ou o contrato assegure a recomposição do equilíbrio econômico financeiro não será atribuído à concessionária, deve-se ter em mente que o seu conteúdo expressa o que a doutrina especializada aborda como sendo uma álea administrativa oriunda de um “fato da administração”.

Esse tipo de álea, como bem se sabe, faz menção aos casos em que, em virtude de uma ação ou omissão do Poder Público contratante que atinge diretamente o contrato, este é inviabilizado ou retardado em seu cumprimento ou tornado exageradamente oneroso.

Vê-se que não há que se falar em nenhuma irregularidade, tendo em vista que apenas se reproduz com outras palavras uma possibilidade pacificamente aceita para a devida recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato avençado.

---

<sup>20</sup> 10.1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, em decorrência deste CONTRATO, integral responsabilidade pelos riscos inerentes à CONCESSÃO, ressalvados os casos expressamente previstos no presente CONTRATO e as situações previstas em Lei.

Dessa forma, no que tange aos dois pontos questionados no item 3.14 da Instrução Técnica Inicial ITI 1631/2015, em conformidade com as razões supramencionadas e com a ITC 1946/2016, entendo que deva ser afastado o indicativo de irregularidade.

### **2.2.15. POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO PARA TERCEIROS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO**

Base Legal: Artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal; artigo 27 da Lei nº 8.987/95, caput e parágrafo único da Lei Estadual nº 5.720/98.

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório contendo cláusula que possibilita a transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

Conduta: admitir, tolerar, fazer constar em edital cláusula que possibilita a transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação.

Alega o Representante que a possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação conferida pela cláusula XXV, item 25.2, da Minuta Contratual, ofende o disposto nos artigos 37, XXI e 175 da CF/88, que preveem a realização de prévia licitação, sobretudo quando a contratação visada se referir à concessão ou permissão de serviços públicos. A seguir a cláusula combatida:

#### **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.

Nota-se que a redação da referida cláusula faz menção ao art. 27 da Lei 8.987/1995, que trata da "transferência de concessão" e da "transferência do controle societário da concessionária. Nesse sentido, já se pode constatar que a defesa da irregularidade deste item da Representação, põe em xeque a possibilidade da transferência de concessão realizada pela própria concessionária sem prévia licitação, mas desde que simplesmente haja expressa e prévia anuência do Poder Concedente.

É sabido que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, em trâmite no Supremo Tribunal Federal (ADI 2946/DF), trata justamente deste objeto, porém, conforme afirmado pela área técnica, o pedido de concessão de medida cautelar para a suspensão dos efeitos do dispositivo em questão não foi deferido.

Isso significa que, por ora, a referida norma legal goza de presunção de constitucionalidade, de modo que "a norma impugnada segue em vigor, não se podendo falar em irregularidade de item editalício que reproduz ou se adequa ao seu conteúdo, a exemplo da objurgada cláusula XXV, item 25.2, da Minuta Contratual e parte integrante do Edital ora em análise"<sup>21</sup>.

Destarte, afasto o presente indicativo de irregularidade.

### **2.2.16. AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE CONCESSÃO**

Responsáveis:

Identificação: Fábio Ney Damasceno - Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas

Conduta: autorizar a deflagração de certame licitatório com ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão.

Identificação: João Victor de Freitas Espíndula - Presidente da Comissão Especial de Licitação

---

<sup>21</sup> Fl. 1120, da ITC 1946/2016.

Conduta: deflagrar certame licitatório com ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão.

Segundo o Representante, o teor da Minuta Contratual (Anexo I do Edital) não conteria cláusula essencial estabelecida pela Lei 8.987/1995, precisamente em seu art. 23, inciso XIV, que trata da exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária.

Os defendentes alegam que a subcláusula 20.1.29 da Minuta Contratual atenderia a exigência legal de existência de cláusula dispendo sobre a publicidade das demonstrações financeiras, o que por si só atenderia aos fins legais de proporcionar aos usuários o exercício da fiscalização do serviço público concedido, bem como o acesso às informações relevantes para a defesa dos interesses individuais e coletivos preconizados na legislação vigente.

De acordo com a ITC 1946/2016, a subcláusula 20.1.29 se refere, na realidade, "à obrigação do concessionário realizar a prestação de contas ao Poder Concedente, dando cumprimento, isto sim, ao preconizado no inciso XIII do art. 23 da Lei 8987/95". Logo, não seria esta a questão questionada pelo Representante, que na verdade, se referiria cujo conteúdo, em verdade, se à publicação das demonstrações financeiras para a consecução dos fins legais supracitados.

Dessa forma, entendo que deva ser mantido o presente indicativo de irregularidade, e, ainda, determinado ao gestor responsável pela SETOP que nos próximos procedimentos licitatórios, observe o disposto no art. 23, da Lei 8.987/1995, acerca das cláusulas essenciais que deverão figurar no contrato de concessão.

### **3. DECISÃO**

Ante o exposto, acolho parcialmente a proposta de encaminhamento da área técnica e o parecer do Ministério Público de Contas, de modo que **VOTO** no seguinte sentido:

**3.a) Preliminarmente,** seja considerado **prejudicado** o incidente de inconstitucionalidade tratado no item 2.1.1 desta decisão, devendo este apontamento

ser sobrestado até o julgamento definitivo da ADI 2946/DF pelo Supremo Tribunal Federal, bem como **não seja acolhido** o incidente de inconstitucionalidade tratado no item 2.1.2 desta mesma decisão.

**3.b)** Sejam **mantidas** as seguintes irregularidades:

3.b.1) Disposição editalícia indevida que permite que as próprias concessionárias operem a câmara de compensação tarifária, e, por consequência, defina o valor do subsídio e o sistema de bilhetagem eletrônica;

3.b.2) Cláusula restritiva vedando a participação de empresas em recuperação judicial;

3.b.3) Cláusula restritiva vedando a participação de microempresas e empresas de pequeno porte;

3.b.4) Visita técnica obrigatória;

3.b.5) Restrição ao caráter competitivo do certame em decorrência das documentações relativas à qualificação técnica;

3.b.6) Ausência de cláusulas essenciais do contrato de concessão.

**3.c)** Sejam **afastadas** as seguintes irregularidades:

3.c.1) Incoerências do estudo de viabilidade técnica e econômica apontadas pela Secont e não sanadas pelo órgão licitante;

3.c.2) Ausência de motivação da escolha do critério de julgamento no ato de justificação da concessão;

3.c.3) Exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame;

3.c.4) Adoção de critério de julgamento dissociado do princípio da modicidade;

3.c.5) Previsão editalícia de taxa de gerenciamento inconstitucional;

3.c.6) Possibilidade de criação de novas linhas de transporte de passageiros sem deflagração de licitação;

3.c.7) Ausência de critério objetivo para desclassificação das propostas financeiras;

3.c.8) Obscuridade/complexidade da fórmula para cálculo da tarifa;

3.c.9) Assunção de riscos pelo poder concedente;

3.c.10) Possibilidade de transferência da concessão para terceiros sem prévia licitação.

**3.d)** Sejam **rejeitadas** as razões de justificativa apresentadas pelos senhores Fábio Ney Damasceno (Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas – exercício 2014) e João Victor de Freitas Espíndula (Presidente da Comissão Especial de Licitação – exercício 2014), bem como das teses de defesa carreadas pelos Consórcios Atlântico Sul e Sudoeste (terceiros interessados), confirmando-se as irregularidades mantidas nos itens 3.b.1, 3.b.2, 3.b.3, 3.b.4, 3.b.5 e 3.b.6 desta decisão.

**3.e)** Seja julgada **parcialmente procedente** a representação na forma dos arts. 94 c/c 99, § 2º, e 95, inciso II, da LC n. 621/2012;

**3.f)** Seja aplicada **multa pecuniária individual**, no valor correspondente a R\$ 3.000,00 (três mil reais) Sr. Fábio Ney Damasceno e ao Sr. João Victor de Freitas Espíndula, ante a infringência dos dispositivos legais atinentes à irregularidades mantidas nesta decisão, bem como pela da constatação de prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, prevista no artigo 135, II, da Lei Complementar 621/2012, e artigo 389, II, da Resolução TC 261/2013;

**3.g)** Com fulcro no art. 71, inciso X da Constituição Estadual, bem como, no art. 1º, inciso XVI, da Lei Complementar 621/2012, **seja fixado o prazo de 30 (trinta) dias**, com fundamento os artigos 114, inciso III<sup>22</sup> e 208<sup>23</sup> do RITCEES (aprovado pela

---

<sup>22</sup> Art. 114. Ao proceder à fiscalização de ato, contrato, convênio, acordo, ajuste e instrumentos congêneres, o Relator ou o Tribunal de Contas:

[...]

III - fixará prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, se constatada irregularidade ou ilegalidade de ato ou contrato, para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, observado ainda o disposto nas Subseções III e IV desta Seção.

<sup>23</sup> Art. 208. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até trinta dias, se outro não for fixado pelo Plenário, para que o responsável adote as providências

Res. TC 261/2013), **para que** a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas (SETOP) **proceda**, com a devida publicação na Imprensa Oficial e comunicação imediata do ato a este TCEES:

3.g.1) á **supressão**, eis que nula, da expressão "**administração**", do item 3.4"a" do Edital de Concorrência Pública 002/2014 e da Cláusula 6.7 "a" dos Contratos nsº 008/2014 e 009/2014;

3.g.2) **na hipótese da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas (SETOP) não atender à determinação deste Tribunal no prazo assinado**, seja aplicada ao Secretário da Pasta a penalidade de **multa** de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento nos artigos 135, inciso IV<sup>24</sup>, da LC 621/2012, e 208, § 1º, inciso III e 389, inciso IV<sup>25</sup>, estes últimos do RITCEES.

**3.h) Seja determinado** ao atual gestor para que nos próximos procedimentos licitatórios:

3.h.1) observe o disposto no § 3º do art. 3º da Lei 8.666/93, franqueando livre acesso aos editais no sítio eletrônico da Secretaria Estadual sem exigência de prévio cadastro

3.h.2) se abstenha de exigir certidão negativa de recuperação judicial, permitindo-se

---

necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo da observância do disposto no inciso VI do art. 207 deste Regimento.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal e ao Chefe do Poder Executivo;

III - aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso IV do art. 135 da sua Lei Orgânica.

<sup>24</sup> Art. 135. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

[...]

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal de Contas;

<sup>25</sup> Art. 389. O Tribunal poderá aplicar a multa pecuniária prevista no art. 135 de sua Lei Orgânica, atualizada na forma prescrita no seu § 3º, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

[...]

IV - não-atendimento no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal: multa no valor compreendido entre três e vinte e cinco por cento;

a apresentação de certidão de recuperação judicial onde deverá constar o estado em que se encontra a referida recuperação judicial para que possibilite análise da situação fática/jurídica da empresa;

3.h.3) se abstenha de impedir a participação de microempresas ou empresas de pequeno porte, podendo, entretanto, desde que justificado no procedimento licitatório, vedar o deferimento do tratamento diferenciado de que tratam os artigos 47 e 48 da LC 123/2006;

3.h.4) observe que: a) a visita técnica é, em regra facultativa, devendo o instrumento convocatório prever a substituição do atestado de vistoria por simples declaração do licitante no sentido de que tem pleno conhecimento das condições referentes à execução do objeto licitado; b) caso a visita técnica seja indispensável ante a complexidade do objeto licitado deve esta condição estar concretamente demonstrada no procedimento licitatório, observando-se ainda que: b.1) não se admite imposição de que a vistoria seja realizada por engenheiro; b.2) deve ser estabelecido prazo razoável para que se proceda à visita; b.3) a visita deve ser realizada de modo individual pelo licitante, evitando-se, assim, a reunião de licitantes capaz de dar-lhes conhecimento prévio sobre o universo de concorrentes.

3.h.5) caso o edital preveja a comprovação da capacidade técnico-operacional, sejam os quesitos respectivos plenamente justificados no instrumento convocatório, bem como, limitados às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo a teor do disposto no art. 30, inciso II e § 2º, da Lei nº 8.666/93;

**3.i)** Seja **determinado** ao atual gestor para que nos próximos procedimentos licitatórios cujo objeto se refira à concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros observe que o critério de julgamento a ser adotado deverá ser o da oferta de menor valor da tarifa, previsto no inciso I do art. 15 da Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995);

**3.j)** Seja **determinado** ao atual gestor para que nos próximos procedimentos licitatórios cujo objeto se refira à concessão de serviço público observe o disposto no art. 23, da Lei 8.987/1995, acerca das cláusulas essenciais que deverão figurar no contrato de concessão.

**3.k)** Seja dada **ciência** ao Representante, na forma do art. 307, § 7º do RITCEES.

**3.l)** Seja dada **ciência dos atos processuais subsequentes** ao advogado dos Consórcios Atlântico Sul e Sudoeste (terceiros interessados), Dr. Roberto Moraes Dias (OAB/ES 8.915)<sup>26</sup>, em conformidade com o disposto no art. 359, § 8º<sup>27</sup>, do RITCEES.

Vitória, 20 de dezembro de 2016.

Sérgio Manoel Nader Borges

**Conselheiro Relator**

---

<sup>26</sup> Instrumentos procuratórios às fls. 808 e 860 (vol. V).

<sup>27</sup> Art. 359. [...] omissis [...]

§ 8º Quando a parte for representada por advogado, a comunicação dos atos processuais, exceto a citação, deve ser dirigida ao representante legalmente constituído nos autos;