

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE
LICITAÇÃO

EDITAL DE CONCORRÊNCIA 09/2015

TRANSPORTE PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS

ENOC BRAGA GUIMARÃES, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 49.671, com escritório profissional nesta cidade na Rua Santa Cruz, 1.694 – Centro, portador da cédula de identidade civil nº 1041305143, inscrito no C.P.F. sob o nº 756.182.060-72, e-mail: enocadv@hotmail.com formula, NA CONDIÇÃO DE CIDADÃO, a presente impugnação a diversos termos do Edital 09/2015 e seus anexos, em razão de

I. Duas questões preliminares

- a) Publicação incompleta do Edital: atas notariais anexas.
- b) Falta de pronunciamento do Conselho Municipal de Transportes: ata da sessão de 7 de outubro de 2.015

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

I.1. Publicação incompleta do Edital: republicação [Lei 8.666, art. 21, § 4º]

- 1) O Edital se compõe de cinco anexos, sendo que o mais importante deles, sem o qual não se pode formular a proposta financeira, é o ANEXO IV, assim constituído:

IV – Manual do Cálculo Tarifário

IV-1 – Planilha de Cálculo Tarifário – Tarifa Teto

IV-2 – Planilha de Cálculo Tarifário – Proposta Financeira.

- 2) A concorrência obedecerá a duas fases, como se vê do Preâmbulo e a proposta financeira está atrelada ao disposto no ANEXO IV do Edital:

O julgamento será realizado em duas fases: das PROPOSTAS FINANCEIRAS e dos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO. Após o julgamento das PROPOSTAS FINANCEIRAS, a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO analisará os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO.

- 3) A proposta financeira, por sua vez, tem de ser formulada **conforme o modelo** do Edital constante do ANEXO IV:

15 - DA PROPOSTA FINANCEIRA

15.1 - A PROPOSTA FINANCEIRA deve ser elaborada de acordo com a orientação padrão do Anexo IV e apresentada no Envelope nº 1, **conforme modelo previsto neste EDITAL (Planilha de Cálculo tarifário – anexo IV.2)**, tanto em meio físico quanto em meio digital editável (em mídia CD ou DVD).

17.1.2 Esta licitação é do tipo menor preço e o julgamento será realizado pela Comissão Especial de Licitações, levando em consideração o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, **obtida a partir da Planilha de Cálculo – Proposta Financeira (Anexo IV.2)**, considerado o valor até a terceira casa decimal.

- 4) Isso quer dizer que, sem o modelo e sem as planilhas, não é possível formular a proposta financeira. Trata-se de documentos **essenciais** e a proposta financeira que não estiver rigorosamente de acordo com as regras do ANEXO IV será desclassificada:

17.1.6 Será desclassificada a PROPOSTA FINANCEIRA LICITANTE:

a) que não apresentar os documentos exigidos para o ENVELOPE 01, na forma e condições estabelecidas neste EDITAL, **em especial no Anexo IV**,

- 5) Conforme se vê das atas notariais inclusas, certificadas pelo 2º Tabelionato desta cidade, **até a data desta impugnação**, o sítio eletrônico da Prefeitura

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

ainda não disponibilizou peças do ANEXO IV do Edital 09/2015, sem as quais, como se disse, não é possível formular a proposta financeira.

- 6) A preparação da proposta financeira é o ponto crítico mais importante da licitação e a falta de sua divulgação, **dentro do prazo legal**, constitui uma violação do devido processo legal [CF, art. 5º, LIV] e constitui um fator sigiloso para as Impugnantes [Lei 8.666/93, art. 44, § único] que, dessa forma, não conseguem analisar a tarifa teto, apresentada pelo Município, nem elaborar o cálculo de sua proposta financeira, em o elemento sonogados. Essa conduta fere o disposto no art. 44 da Lei 8.666:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º—É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

- 7) Ademais, o que pode ser sigiloso ou reservado para a maioria, pode ser conhecido de quem, eventualmente, detenha **informação privilegiada**, criando uma situação de desigualdade entre os interessados na competição.
- 8) Em tais condições, o Edital deve ser republicado **integralmente, com todas as peças do ANEXO IV**, pelo mesmo prazo de trinta dias do anterior, como ordena o art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, a fim de assegurar a **integridade do prazo legal** para preparação dos atos exigidos pela lei interna da competição.

1.2. Obrigatoriedade da audiência do CMT

- 9) O art. 3º, parágrafo único, da Lei 5.854, estabelece, relativamente ao Conselho Municipal de Trânsito e Transporte:

"As decisões do referido órgão gestor municipal deverão ser precedidas de parecer do Conselho Municipal de Trânsito e Transporte, dentro de suas atribuições de assessoramento ao Poder Executivo e como forma de **garantir o processo democrático na gestão do transporte público em Pelotas**".

- 10) O Conselho Municipal de Transportes é uma instituição típica do Estado **Democrático de Direito**, criada pela Lei Orgânica [arts. 160/1] e tem como finalidade, entre outros objetivos, "**garantir a participação popular**" [sic] no processo de licitação [art. 161, IV] e incentivar a economicidade e qualidade do sistema [art. 161, VI].
- 11) O Conselho foi regulamentado pela Lei 4.860/2002, que enumera os 17 membros efetivos do órgão consultivo, deles participando um representante do

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1 57E

Poder Legislativo e outro da UPACAB – União Pelotense de Associações Comunitárias e Associações de Bairros.

- 12) O Conselho esteve inativo por longos anos e seu funcionamento acabou sendo regulamentado pelo decreto municipal que instituiu o seu Regimento Interno [Decreto 5.835, de 8 de junho de 2.015], sendo marcada a data de 8 de julho para apreciação do processo licitatório do transportes públicos do Município. Nessa data, contudo, não foi possível a efetuação do exame por falta de documentos essenciais, como se vê da Ata dessa data, em que consta:

"...passado ao debate do tema, foi manifestado pelo presente a necessidade de receberem cópias das minutas do Edital, do Contrato e da Planilha da Tarifa Máxima para poderem melhor analisar o processo, ficando a secretaria do Conselho encarregada de enviar por e-mail o material solicitado".

- 13) Na sessão seguinte de 15 de julho, o Edital – **embora incompleto como se encontra até esta data** - teve parecer favorável do Conselho. Da sessão, contudo, participara, uma entidade nomeada pelo Prefeito sem autorização da Lei 4.860 – a União das Associações Comunitárias e Associações Afins, em substituição da União Pelotense das Associações Comunitárias e de Associações de Bairros, extinta. Ademais, alguns membros do Conselho sequer tinham sido indicados [Sindicato dos Trabalhadores e Sindicato dos Mototaxis].
- 14) Diante dessas irregularidades formais, em 30 de julho, o Gerente de Transportes da Secretaria dos Transportes, representante do Executivo no Conselho, deixou claro que estava sem efeito o parecer de 15 de julho, ao declarar que,

"depois de indicados os nomes dos três novos representantes e respectivos suplentes – Câmara e Sindicatos tem dez dias para fazê-lo – o CMT deve reunir-se para votar o **novo regulamento** e eleger uma **nova diretoria**.

Em seguida, seria encaminhada **novamente** a votação do edital de licitação",

esperando o Município que fosse confirmada a apreciação do edital efetuada pelo Conselho, ficando, assim, **revalidado o ato**.

- 15) Os atos praticados, inclusive essa análise preliminar do Edital [incompleto, como está até hoje], foram tornados sem efeito **também** em razão de
- a) liminar, em mandado de segurança impetrado pela Câmara de Vereadores, que, tendo um membro no Conselho, dele fora excluída por ato unilateral do Poder Executivo, sendo, assim, impedida de opinar

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

sobre o assunto [embora o mandado tenha sido, mais tarde, julgado improcedente em 21 de agosto];

- b) Parecer da Procuradoria Jurídica do Município, de 28 de agosto de 2.015, que concluiu pela "...**impossibilidade fática e jurídica** de convocação de representantes de uma entidade que não mais funciona, o que atende ao comando legal é excluir das convocações qualquer das duas para as reuniões ou assembleia do indigitado Conselho Municipal, **devendo** ser elaborada nova Portaria do Executivo" [sic].
- 16) Na pendência dos atos de regularização do Conselho, o Prefeito Municipal, em 1º de setembro, aodadamente, efetuou convocação do Conselho Municipal para 2 de setembro, **24 horas após**, para deliberar sobre o parecer de exclusão da União Pelotense das Associações Comunitárias e Associações Afins – UPACAF e sobre o processo de licitação, mesmo sabendo que a reunião não tinha como realizar-se sem a edição do novo decreto regulamentador do funcionamento do Conselho.
- 17) A reunião, por isso, não se realizou pelo fato de que o novo Decreto que reestruturou o Conselho, excluindo, em definitivo, a representação da Câmara de Vereadores e a UPACAF só veio a ser editado em 15 de setembro de 2015 [Decreto n. 5.863, de 15 de setembro de 2.015]. O Conselho, então, mesmo sem **ato formal de solicitação do Prefeito** [Decreto 5.863, art. 16], convocou reunião para o dia 7 de outubro do corrente mês para exame da questão licitatória.
- 18) Uma semana depois da edição do Decreto 5.863 e da reabertura do Conselho, para surpresa de todos, o Chefe do Poder Executivo veio a público para declarar que

"...publicará nesta terça-feira, 22 de setembro de 2015, o Aviso do **novo** Edital da Licitação do Transporte Coletivo da cidade".

Continua a notícia do Portal do Transporte, confessando a **incompletude do édito**:

"A abertura dos envelopes dos candidatos a prestar o serviço ocorrerá no dia 29 de outubro. Até um mês antes, dia 29 de setembro, o edital **completo** estará à disposição dos interessados, no site da Prefeitura".

- 19) Para justificar a não audiência do Conselho, obrigatória pela Lei Orgânica, a notícia oficial assim se manifesta:

"A Prefeitura decidiu **não esperar pelo parecer** do Conselho Municipal de Transporte devido ao não cumprimento de prazos para apreciação do edital. A lei determina que a entidade tem 15 dias para apresentar parecer sobre a

matéria. Mais de 30 dias depois do pedido de apreciação por parte da Prefeitura sem nenhuma manifestação, o Prefeito Eduardo Leite considera que o Conselho desrespeitou o prazo legal e perdeu a legitimidade para opinar sobre o processo..."

- 20) Como a regulamentação de funcionamento do Conselho datava de 15 de setembro e os atos editalícios **ainda não estavam completos em 21 de setembro** [como não estão até este momento], percebe-se que houve nítido propósito de desprezar a audiência do Conselho e passar por cima da Lei Orgânica do Município.
- 21) Em razão disso, em 7 de outubro, o Conselho reuniu-se e, por ampla maioria, decidiu
- "que o tema seria retirado de pauta por entender que houve perda de objeto em função da publicação do edital de Licitação. Durante o debate, o conselheiro Paulo Osório [representante da Secretaria dos Transportes] afirmou que, no seu entender, a Prefeitura não depende do parecer do Conselho para realização do seu ato" [sic – ata de 7.10.2015].
- 22) A ilegalidade, pois, é manifesta [Lei 5.854, art. 3º, § único] e o lançamento do edital deve ser anulado e determinada a audiência prévia do Conselho Municipal de Transportes, com a remessa àquele órgão de controle popular do **texto integral** do Edital 09/2015, inclusive com os **ANEXOS faltantes ainda nesta data**, conforme certificação das **Atas Notariais** inclusas.

II. Violação do art. 5º da Lei 8.987/95

- 23) A licitação não obedeceu à regra impositiva do art. 5º da Lei 8.987 que dispõe: "O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo."
- 24) Na verdade, o Decreto 5.805, de 20.01.2015 – que é apresentado como justificativa - se limita a dizer que preferiu o regime de delegação à iniciativa privada em face dos elevados investimentos que seriam exigidos dos cofres públicos no caso de exploração direta. **A justificativa, porém, ficou apenas nisso.**
- 25) **Não há nenhuma palavra acerca da inobservância da Lei 5.854, arts. 31 e 33]** e sobre a conveniência de se afastar o critério da **licitação onerosa** em favor de uma licitação simples, em que o vencedor ganha o contrato sem nada dar ao poder concedente.

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

- 26) O objetivo dessa publicação preliminar é permitir, pelos motivos, estudos, dados e projeto básico dos serviços, o controle de sua necessidade, conveniência e de sua legalidade. Trata-se de pressuposto de validade da licitação, conforme se vê da doutrina.
- 27) Ensina Blanchet:
- "O dispositivo não objetivou apenas possibilitar a impugnação por via administrativa, mas também o controle mais amplo, inclusive pelo Poder Judiciário. O poder concedente deve, enfim, não apenas justificar a conveniência da outorga de permissão ou concessão, mas também motivar o ato, inclusive porque ao se demonstrar a conveniência de alguma atitude é logicamente imperativa a identificação do motivo que a torne necessária ou conveniente. A exposição do motivo do ato já traz implícita a finalidade colimada, possibilitando, conseqüentemente, além da avaliação do *mérito administrativo* controlável exclusivamente pela própria Administração, também a avaliação da *legalidade*, a qual se submete ao controle mais amplo: além do interno pela própria Administração, também o externo pelo Poder Judiciário. A eventual incompatibilidade entre as peculiaridades do motivo e as do objeto, da área ou do prazo, por exemplo, fatores que por exigência explícita deste artigo 5 devem constar na justificativa, já estariam denunciando que o agente da Administração estendeu sua liberdade de escolha para além dos limites do mérito administrativo, comprometendo a legalidade de sua atuação"¹.
- 28) A publicação deste ato – conclui o mesmo tratadista - tem por escopo o controle da legalidade e não apenas a divulgação e já torna possível a impugnação de definições e dados não revestidos da necessária juridicidade."² "Trata-se de ato preparatório e obrigatório do processo de concessão ou de permissão"³.
- 29) Marçal Justen confirma que "não será válida outorga de concessão ou permissão sem ato prévio que formalize essa decisão" e conclui:

"...o Estado apenas poderá editar ato justificativo da outorga se tiver desenvolvido, previamente, estudos adequados a demonstrar a satisfatoriedade dessa solução"⁴.

¹ Blanchet, Luiz Alberto. Concessão e Permissão de Serviços Públicos, Ed. Juruá, Curitiba, 1995, p. 38

² Blanchet, op. cit., p. 75.

³ Tolosa Filho, Beneditto de. Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Comentada e Anotada. Aide Editora. Rio de Janeiro. 1995, p. 30.

⁴ Concessões de Serviços Públicos. Ed Dialética. SP. 1.997, p. 119.

- 30) No caso concreto, o Edital admite que não fez os estudos adequados, transferindo para os licitantes a obrigação de fazê-los, o que se comprova pela redação do item 9.1 do Edital que atribui aos licitantes

“realizar, por sua própria conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação das propostas”.

- 31) Ocorre que essa atribuição fere o art. 6º, inc. IX, segundo o qual essa atribuição é do poder concedente:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos **necessários e suficientes**, com **nível de precisão adequado**, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos **estudos técnicos preliminares**, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que **possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução...**

- 32) Sendo assim, eivado de nulidade está o edital por falta deste requisito prévio que não é suprido pela ocorrência de **uma** audiência pública em que nenhuma dessas questões foi debatida.

III. Lei municipal regedora da licitação – Lei 5.854

- 33) As licitações são regidas por leis de normas gerais (CF/88, art. 22, inc XXVII) e por normas especiais de cada ente concedente. Normas Gerais, entre outras, são a Lei 8666/93 e a Lei 5987/95. No caso da cidade de Pelotas, a Lei Municipal 5854/2011 contém normas complementares adequadas ao transporte público do Município, editadas nos termos dos incisos I e II do art.30 da Constituição ⁵. O Edital, no preâmbulo, invoca expressamente a Lei 5.854 como uma das que regem o processo de licitação. Acontece, contudo, que o Edital contém várias disposições que demonstram que a Lei Municipal 5.854 foi simplesmente desprezada.

III.1. Violação do art. 31 da Lei 5.854

- 34) A regra do art. 31 da Lei 5.854 não foi considerada no Edital ora impugnado, embora esteja em pleno vigência:

⁵ Dispõe o art. 30 que compete aos municípios “Legislar sobre assuntos de **interesse local**” [inc. I] e “**suplementar** a legislação federal e a estadual no que couber” [inc. II].

Art. 31 O **edital de licitação** estabelecerá que a nova empresa ou consórcio contratado, deverão manter no seu quadro funcional todos os trabalhadores já vinculados ao Sistema de Transporte Coletivo urbano, preservando os direitos adquiridos que integram o patrimônio jurídico trabalhista dos mesmos e garantindo a estabilidade, no mínimo, por dois(02) anos do emprego dos mesmos.

- 35) Essa regra tem nítida inspiração constitucional no art. 4º, inc. IV, segundo o qual os **“valores sociais do trabalho”** constituem um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito ao par da **“busca do pleno emprego”** [CF, art. 170, VIII]. A norma protege os trabalhadores mais velhos que, de repente, poderão não ser reempregados pelos vencedores da competição, donde a necessidade da garantia de estabilidade, nos serviços públicos, por dois anos.

III.2. Violação do art. 33 da Lei 5.854

- 36) O art. 33 também foi completamente ignorado, dispondo ele:

Art. 33 Eventual indenização às atuais permissionárias será feita pela empresa ou consórcio vencedor da concorrência pública para operação no transporte coletivo urbano, pelos **valores que forem apurados nos termos do artigo 35 e dos parágrafos 2º à 6º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987, de 13.02.1995, com a nova redação que lhe foi dada pelo artigo 58 da Lei Federal n. 11.445, de 05.01.2007, com as seguintes adaptações suplementares...**

- 37) Esses valores foram apurados pelo Município através de uma série de providências: nomeação de Comissão Tripartite; licitação para contratação de auditoria para levantamento de valores; reexame do laudo dos valores apurados; acordo para redução dos valores que acabaram fixados em torno de R\$52.000.000,00. Segundo os incisos do art. 33, o pagamento das indenizações pela desmobilização das atuais empresas seria incluído no valor de outorga

I – O valor de outorga será composto da soma de **duas parcelas**: uma destinada ao **pagamento das indenizações relativas à desmobilização das atuais permissões, apuradas por auditoria e acordadas com as permissionárias, e outra** destinada a investimentos em transporte e trânsito pelo município, podendo o valor excedente ao das indenizações ser pontuado conforme critério a ser estabelecido no edital de licitação até o limite do valor de outorga.

- 38) O Município, nos termos da lei municipal, poderia, ainda, obter um *plus* nesse procedimento, podendo incorporar aos cofres municipais qualquer diferença a maior relativa ao valor fixado no edital:

II – Até a data de assinatura do contrato de concessão, deverá o vencedor do certame comprovar o depósito do valor correspondente ao preço de

outorga fixado no edital, em dinheiro ou em dois cheques administrativos, **um do valor da indenização e outro, da oferta excedente até o limite fixado**, a fim de que o município repasse as permissionárias participantes que foram vencidas até a data da assinatura do contrato, mediante plena, geral e irrevogável quitação destas, **o valor das indenizações auditadas e acordadas na forma do art. 42 da Lei 8.987/95, incorporando aos cofres municipais a diferença a maior relativo ao valor fixado no edital.**

- 39) Os atuais operadores, por sua vez, utilizariam seu crédito, devidamente auditado, como lance, de modo que o MUNICÍPIO, nessa operação, sairia quitado em qualquer das duas hipóteses, evitando, de resto, uma discussão judicial em torno dos valores indenizatórios apurados:
- III – Para efeito do inciso anterior, as permissionárias atuais que participarem da licitação, isoladamente ou em consórcio, poderão utilizar como parte do lance, **o valor do crédito, auditado e acordado**, com declaração de, caso vencedoras, darem quitação plena, geral e irrevogável ao município das obrigações subjacentes que deram origem aos valores indenizatórios, podendo as permissionárias que não participarem da licitação, ceder seu crédito aos participantes.
- IV – No caso de não cumprimento da obrigação de comprovação de depósito no valor de outorga, até a assinatura do contrato, na forma dos parágrafos anteriores, o licitante vencedor será desclassificado e convocado o segundo classificado e assim por diante.
- V – O valor pago diretamente ao município como outorga no processo licitatório e prorrogação de contrato será investido integralmente na melhoria do sistema de transporte urbano e municipal.
- 40) Ora, ao adotar o tipo licitatório da menor tarifa, o Edital simplesmente ignora essas regras que apontam para um tipo que contenha **valor de outorga**, como o dos arts. 15, II; 15,VI ou 15, VII da Lei 8.987/95. Em todos esses poderia ser enquadrada a disposição das Lei 5.854, art. 8º, inc. I:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

- 41) Não há **nenhuma justificação** jurídica para o conflito entre as regras do Edital e os comandos da lei municipal: o Município simplesmente preferiu ser réu de uma ação judicial de cobrança dos valores indenizatórios **apurados e reconhecidos** a liberar-se dele por via do mecanismo determinado pela legislação municipal que determinava que o tipo licitatório escolhido pelo Executivo incluísse um **valor de outorga**.
- 42) Com isso, contudo, as autoridades responsáveis incidem na Lei de Responsabilidade Fiscal por constituir a desobediência ao art. 33 da lei municipal uma espécie do gênero **renúncia de receita** [LC 101, art. 14] e, por outro ângulo, essa conduta administrativa gera um formidável aumento do passivo do Município [LC 101, art. 16] que poderia ser eliminado se fosse observado o disposto no art. 33 da Lei 5.854 [LC 101, art. 16, § 4º, inc. I].
- 43) Ademais, podendo quitar o Município valores apurados em procedimento regular e por ele reconhecidos, o Prefeito Municipal pratica infração político-administrativa, quer por desobedecer à Lei 5.854, quer por negligenciar na defesa dos interesses do erário, como prescreve o DL 201/67:

Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

I (...)

VII - Praticar, **contra expressa disposição de lei**, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;

VIII - Omitir-se ou **negligenciar** na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura;

- 44) Observe-se que o Tribunal de Contas, **mal informado acerca do minucioso procedimento de apuração das indenizações**, mesmo assim, não a imputou como indevida, enfatizando, apenas, a necessidade de "oportuno e exame exaustivo de mérito sobre a matéria":

PROC. TCE N. 2083-02-00/12-0, DE 11.12.2012:

Verifico, ainda, que com base na Lei Federal nº 8.987/1995, com redação dada pela Lei nº 11.445/2007, na nova outorga dessa prestação de serviços procedida pelo ente municipal, poderá incidir o dever de indenizar as concessões anteriormente outorgadas, em valor que deverá ser devidamente apurado em cálculo elaborado por instituição especializada.

Assim, no caso sob exame, permitindo-se o prosseguimento do processo licitatório, torna-se indiscutível a potencialidade de dano ao interesse público, com séria possibilidade de grave lesão constitucional, ao se permitir que se dê continuidade - sem a devida certeza, a ser proporcionada pelo oportuno e exame exaustivo de mérito sobre a matéria, especialmente do montante de R\$52.321.432,29 (fl. 70) a ser indenizado às atuais empresas operadoras do serviço, o qual poderá vir a ser compensado com eventuais créditos que o vencedor do certame tenha direito a receber do Município.

- 45) O TCE assim decidiu porque **não foi informado** pelo relatório simplificado enviado pelo Ministério Público estadual ao MP de Contas de todo o procedimento que conduziu à fixação do valor indenizatório que foi incluído, na forma da Lei 5.854, no Edital anterior, como se pode ver de minuciosos esclarecimentos efetuados pelo Prefeito Municipal da época, adiante transcritos.
- 46) O edital, adotando o tipo do inc I do art. 15 da Lei 8.987 – a menor tarifa – desobedeceu ao art. 33 da Lei municipal 5.854 que determinava uma **licitação onerosa**, com valor de outorga composto por duas parcelas, uma destinada ao pagamento de indenizações "relativas à desmobilização" [Lei 8.666, art. 79, § 2º, inc. III] das empresas e outra destinada a investimentos em transportes. A onerosidade é do maior interesse dos cofres públicos.
- 47) Ora, a licitação por **apenas** menor tarifa exclusivamente fere o propósito do art. 33 *suso* transcrito, instituindo uma licitação simples, em que o vencedor receberá, **gratuitamente**, por quinze anos, a exploração dos serviços de transportes públicos do Município. Um convite para empresas aventureiras.
- 48) Assim agindo, o Edital despreza, sem poder fazê-lo, todas as determinações do art. 33 da Lei 5.854:

Art. 33 Eventual indenização às atuais permissionárias será feita pela empresa ou consórcio vencedor da concorrência pública para operação no transporte coletivo urbano, pelos valores que forem apurados nos termos do artigo 35 e dos parágrafos 2º a 6º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987, de 13.02.1995, com a nova redação que lhe foi dada pelo artigo 58 da Lei Federal n. 11.445, de 05.01.2007, com as seguintes adaptações suplementares:

I – O valor de outorga será composto da soma de duas parcelas: uma destinada ao pagamento das indenizações relativas à desmobilização das atuais permissões, apuradas por auditoria e acordadas com as permissionárias, e outra destinada a investimentos em transporte e trânsito pelo município, podendo o valor excedente ao das indenizações ser pontuado conforme critério a ser estabelecido no edital de licitação até o limite do valor de outorga.

II – Até a data de assinatura do contrato de concessão, deverá o vencedor do certame comprovar o depósito do valor correspondente ao preço de outorga fixado no edital, em dinheiro ou em dois cheques administrativos, um do valor da indenização e outro, da oferta excedente até o limite fixado, a fim de que o município repasse as permissionárias participantes que foram vencidas até a data da assinatura do contrato, mediante plena, geral e irrevogável quitação destas, o valor das indenizações auditadas e acordadas na forma do art. 42 da Lei 8.987/95, incorporando aos cofres municipais a diferença a maior relativo ao valor fixado no edital.

III – Para efeito do inciso anterior, as permissionárias atuais que participarem da licitação, isoladamente ou em consórcio, poderão utilizar como parte do lance, o valor do crédito, auditado e acordado, com declaração de, caso vencedoras, darem quitação plena, geral e irrevogável ao município das obrigações subjacentes que deram origem aos valores indenizatórios, podendo as permissionárias que não participarem da licitação, ceder seu crédito aos participantes.

IV – No caso de não cumprimento da obrigação de comprovação de depósito no valor de outorga, até a assinatura do contrato, na forma dos parágrafos anteriores, o licitante vencedor será desclassificado e convocado o segundo classificado e assim por diante.

V – O valor pago diretamente ao município como outorga no processo licitatório e prorrogação de contrato será investido integralmente na melhoria do sistema de transporte urbano e municipal.

III.3. Violação do art. 42 da Lei 8.987 e lesão ao erário público

- 49) Além do *caput* do art. 33 da lei municipal, o Edital feriu as disposições do art. 42 da Lei 8.987, com a redação do art. 58 da Lei 11.445/2007 e, com isso, atingiu os interesses do erário público, pois o objetivo da **licitação onerosa** era o de liberar o Município das indenizações derivadas de violação de regras da relação com as antigas permissionárias, ou seja, **sem ônus para os contribuintes do Município**. Além da regra do art. 79, § 2º, III, da Lei 8.666 [indenização para desmobilização da operadora].
- 50) A administração anterior cumpriu, rigorosamente, todas as regras de apuração das indenizações relacionadas com esses dispositivos legais.
- 51) Para esse efeito, o procedimento de liquidação, previstos nos §§ do art. 42, da Lei 8.987/95 e no art. 33 da Lei 5.854 - foi precedido de licitação para escolha de auditoria que efetuasse os levantamentos determinados pelas leis em questão; apurados estes, foram submetidos a crítica pelos setores contábeis da Prefeitura; como resultado do contraditório instaurado, as permissionárias concordaram com a redução do valor da indenização, mediante acordo, previsto também no § 3º, inc II, do art 42 da Lei 8.987/95, para 52 milhões; valor considerado no Edital anterior de 2.014.
- 52) O novo Edital simplesmente suprimiu tudo isso, como se não tivesse existido, dando a entender que o fez em razão de decisão do TCE-RS. O TCE, no

entanto, não determinou a exclusão das indenizações, mas, tão somente, que o valor apurado fosse **reexaminado**:

Verifico, ainda, que com base na Lei Federal nº 8.987/1995, com redação dada pela Lei nº 11.445/2007, na nova outorga dessa prestação de serviços procedida pelo ente municipal, poderá incidir o dever de indenizar as concessões anteriormente outorgadas, em valor que deverá ser devidamente apurado em cálculo elaborado por instituição especializada.

Assim, no caso sob exame, permitindo-se o prosseguimento do processo licitatório, torna-se indiscutível a potencialidade de dano ao interesse público, com séria possibilidade de grave lesão constitucional, ao se permitir que se dê continuidade - sem a devida certeza, a ser proporcionada pelo oportuno e exame exaustivo de mérito sobre a matéria, especialmente do montante de R\$ 52.321.432,29 (fl. 70) a ser indenizado às atuais empresas operadoras do serviço, o qual poderá vir a ser compensado com eventuais créditos que o vencedor do certame tenha direito a receber do Município.

- 53) **O MUNICÍPIO interpusera recurso, na Corte de Contas, em que deixava claro que havia interesse da Fazenda Pública na aplicação das regras do art. 33 da Lei 5.854 e art. 42 e §§, da Lei 8.987/95**, daí a correta opção pela **licitação onerosa** para os vencedores da concorrência e para o Município que, assim, seria **desonerado** de qualquer responsabilidade por infração das regras que regularam as permissões anteriores. Disse o Município:

"O acordo celebrado pelo Município foi altamente vantajoso ao erário municipal. O valor total levantado pela auditoria, para o período de vinte anos estabelecido pelo artigo 42, alcançava cerca de cento e vinte milhões de reais, incluindo quinze a vinte milhões de bens reversíveis. Estes, porém, foram excluídos de indenização pela Lei 5854, dentro do espírito do acordo efetuado. Mesmo assim, a indenização ficaria em torno de cem milhões de reais, sendo a redução, portanto, superior a cinquenta por cento.

Cabe destacar, que nos cálculos apresentados pela Aurel, a pedido da comissão Tripartite, somente a parcela de diferenças tarifárias atingira a importância de R\$ 57.524.875,16 [item nº 30 do Relatório da Aurel], o qual, corrigido, passou para R\$ 67.504.081,54 [item 31], para os últimos cinco anos. O acordo celebrado, em torno de cinquenta e dois milhões de reais, foi, portanto, bastante inferior à parcela indenizatória de diferenças tarifárias que seriam devidos para os últimos cinco anos."

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

- 54) O Edital, portanto, só podia ser lançado **depois** que os valores fossem **conferidos**, o que não ocorreu, supondo-se, assim, que estavam **confirmados**.
- 55) De observar, ainda, que o Ministério Público de Contas, na Representação n. 002/2012, ao criticar o Edital anterior, sustentou que **"o tipo de licitação....deveria ser realizado pelo melhor preço..."**, ou seja, manifestando sua opinião pela licitação onerosa.
- 56) Quanto à indenização, invoca decisão do STJ – sob alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil – no qual, *obiter dictum*, se afirma a inexistência do direito à indenização por inexistência de prévia licitação, que seria obrigatória, "seja antes ou após a vigência da Constituição Federal" [REsp 443.796/MG, 2ª. Turma, DJ de 3.11.2003]. Mas essa decisão **é anterior ao art. 58 da Lei 11.445, de 2.007, que veio a instituir o procedimento de liquidação das delegações precárias**, entre as quais se situavam as desta cidade. O Acórdão é de 2003 e a modificação do art. 42 é de 2.007.
- 57) Essa decisão sequer era tranquila mesmo quando proferida, pois o mesmo STJ, no Resp 221, de 1.989, defendera que, "Antes da CF/88, o ato de permissão do serviço público não exigia prévia licitação, razão pela qual não foi contemplado no art. 4º da Lei nº 4.717/65, que enumera as hipóteses de lesividade presumida."
- 58) No mesmo STJ, após a decisão invocada pelo MP de Contas, o direito à indenização foi deferido à empresa aérea VARIG [REsp. 628.806, de 14.12.2004], antes, também, à TRANSBRASIL, sendo que **nenhuma delas**, em época alguma, passou por procedimento licitatório.
- 59) Ambas, para complementar, tiveram seu direito à indenização confirmado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o da TRANSBRASIL em 17 de junho de 1.997 [RE 183.180] e o da VARIG, recentemente, em 12 de março de 2.014 [RE 571.969]. Neste, colhem-se algumas observações dos Ministros, conforme noticiário do julgamento pelo serviço de imprensa do STF:

"O ministro Luís Roberto Barroso acompanhou a posição da relatora para concluir que há responsabilidade civil do Estado **no caso do congelamento das tarifas da Varig**. "O caráter geral das políticas econômicas não autoriza a União a descumprir cláusulas de contrato de concessão, em especial **quando é a Constituição que exige a manutenção do equilíbrio econômico financeiro**", afirmou o ministro. A ministra Rosa Weber endossou os argumentos apresentados pelo ministro Barroso para seguir o voto da relatora.

O ministro Celso de Mello, decano do STF, seguiu essa corrente, afirmando que reconhece a responsabilidade civil da União, considerados os prejuízos

sofridos pela Varig em razão de planos econômicos do poder público. "Os elementos produzidos nos autos suportam a pretensão da Varig de que a implementação dessa política durante o período do Plano Cruzado erige-se como causa de desequilíbrio contratual que gerou os danos, não só apontados e imputados a tais políticas econômicas, mas demonstrado soberanamente nos autos", afirmou, ressaltando que a **política de congelamento gerou insuficiência tarifária**, relação de causalidade que ficou comprovada nos autos.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski também acompanhou integralmente o voto da ministra Cármen Lúcia, ressaltando estar "absolutamente convencido dos substanciosos argumentos" da relatora. Segundo ele, a doutrina é pacífica em relação às teses apresentadas no processo no sentido da responsabilidade do Estado por atos legislativos e também **nas situações em que o Estado causa desequilíbrio econômico e financeiro** no contrato de concessão, em prejuízo aos concessionários."

- 60) Entre nós, a Egrégia 1ª Câmara Cível do TJ do Estado, em 24 de abril de 2.013, por ocasião do AI n.º 70051067494 Comarca de Bento Gonçalves, sendo relator o Eminentíssimo Des. Canibal:

"Agravo de instrumento. Licitação e contrato administrativo. Liminar para a suspensão do certame. Ausência dos requisitos. Revogação da medida.

Não padece de vício o edital convocatório capaz de macular o processo licitatório. Exigências que, *prima facie*, não frustram o caráter competitivo do certame.

Liminar que determinou a suspensão do processo de licitação
Recurso provido.

- 61) No corpo do Acórdão, invocando-se as regras do art. 42, lê-se:

"Assiste razão ao Município.

Primeiro, tendo em vista o teor do art. 42, § 6º, da Lei nº 8.987/95:

§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

Com efeito, **trata-se de norma cristalina, de recente edição**, introduzida ao fim de viabilizar as indenizações atinentes às concessões extintas, por força do art. 42, § 3º. Vale dizer que a **regra do edital ostenta fundamento em lei**.

Segundo, porque, de rigor, não se caracteriza benefício indevido em favor da atual concessionária, na medida em que, cuidando-se de crédito devidamente reconhecido e quantificado, é curial que se aplique a compensação.

Nesse passo, concorre a oportuna análise realizada pelo Tribunal de Contas de São Paulo, que não constatou ilegalidade na prática, merecendo destaque a transcrição operada pelo Município agravante:

Já quanto à obrigação de pagamento integral e à vista do valor pela outorga, bem como a possibilidade de a licitante vencedora compensar eventuais créditos que possua contra a Administração de Jahu, consoante os itens "26.1.2" e 26.1.3, do edital, não ficou demonstrado um caráter de benefício concedido em detrimento de outrem, pois eventual crédito existente decorre do fato de alguma pessoa jurídica não ter percebido algum valor monetário a que tinha direito, ou seja, decorre de algum prejuízo experimentado em determinada ocasião.

Partindo-se de tal premissa, e considerando que o sistema jurídico adota o instituto da compensação de crédito, temos que, ao menos na análise apriorística que é própria ao rito do exame prévio de edital, não há sinais de algum prejuízo concreto à isonomia ou à competitividade, de maneira que poderá a Administração prosseguir com tais cláusulas editalícias, sem prejuízo da verificação de qualquer evento do caso concreto, em rito próprio. (TC - 035304/026/11 e TC-002791/003/11) (fls. 19/20)

Significa que, de rigor, não se caracteriza a pretensa violação do princípio da competitividade, já que, nos termos alvitados, em tese, incorre qualquer favorecimento indevido à atual concessionária.

Contudo, caberá observar cautela, a cargo dos órgãos e entes de fiscalização. Ocorre que o depósito deverá se realizar com estrita observância do prazo contemplado no edital, de modo que a compensação prevista somente terá cabimento se, na data, já houver o poder concedente quantificado a indenização cabível em prol da atual concessionária, sem o que não haverá falar em direito à compensação.

Ou seja, cumprirá manter a devida atenção, por ocasião do pagamento da outorga, para que não se proceda em valor incompleto, eventualmente, na expectativa de futuro crédito. À evidência, porém, a essa altura, não se antevê qualquer lesividade aos demais licitantes, que recomende a modificação da redação do edital.

IV. Esclarecimentos do Município de Pelotas ao TCE

- 62) O Município de Pelotas fez minucioso relatório sobre as cautelas adotadas para o estabelecimento dos valores indenizáveis, dentro do objetivo de uma licitação onerosa por via da qual o Município, de uma forma ou outra, sairia quitado da obrigação. Leia-se o que o Município escreveu:

¶ Breve histórico.

A licitação, ora suspensa por esse Egrégio Tribunal, está estritamente relacionada com a aplicação do art. 42 da Lei 8.987/95 às permissões do transporte urbano da cidade. A incidência das regras do referido art. 42 foi reconhecida pelo Acórdão da Segunda Câmara Cível do TJ RS, na apel. civ. 70006747927, de 23 de junho de 2.004, que deu provimento a recurso das permissionárias locais, anulando decisão administrativa do Município que decretara a extinção das permissões. O fundamento da decisão judicial foi, exatamente, de que a regra do art. 42 não tinha sido observada pelo Município [DOC. 1].

O Ministério Público estadual, depois do trânsito em julgado daquela decisão, pretendeu fixar

prazos para realização da licitação e, no curso da ação, sobreveio, em 5 de janeiro de 2.007, a alteração da regra do art.42 pelo pelo art. 58 da Lei 11.445/2007. Além de alterar o texto do art. 42, nele incluiu diversos parágrafos e estabeleceu procedimento de liquidação das concessões e permissões, mediante prévia apuração de eventuais indenizações devidas às empresas.

Em face disso, o Ministério Público desistiu da primitiva ação civil e abriu inquérito civil, em 10 de março de 2.009, agora com foco na nova redação do art. 42 e seus §§.

Nesses autos de inquérito civil acerca da situação dos transportes urbanos da cidade, o MP, preliminarmente, indagava do Município "se foi cumprido alguma das condições previstas no art. 42, § 3º, da Lei 8.987/95" [DOC. 1 – Ofício firmado pelo Promotor Jaime Nudilemon Chatkin].

O Município recebeu o ofício em 13 de março do mesmo ano. O mesmo ofício, nos mesmos termos, foi renovado em 13 e 28 de abril de 2.009 [fls. 41/42, 43/44 e 53/54 da Ação Civil Pública nº 022/1.09.0032232-3] [docs. 2, 3, 4 e 5].

Por três vezes, portanto, o Ministério Público insistiu na observância do novo procedimento de liquidação das delegações, instaurado pela nova redação do art. 42 dada pelo art. 58 da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2.007.

O § 3º do art. 42 prescrevia no inc.I que, até 30 de junho de 2.009, os poderes públicos deveriam efetuar levantamento da infraestrutura de bens reversíveis [no caso das permissões da cidade não havia previsão de bens reversíveis] e de "dados financeiros, contábeis e comerciais"

relativos a investimentos ainda não amortizados" prevendo, ainda, o § 5º, a inclusão de "outras

indenizações”, prorrogando as delegações até 31 de dezembro de 2.010.

Esse prazo – 31 de dezembro de 2.010 - por razões de ordem operacional e técnica de força maior – não conseguiu ser observado por nenhuma entidade concedente no País. O Governo Federal, por exemplo, com a concordância do TCU e do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para poder efetuar os estudos necessários à licitação do transporte interestadual, transformou as permissões em autorizações especiais [Lei 10.233/2001, art. 49], prevendo a realização dos atos licitatórios até 31 de dezembro de 2.012 e o encerramento do período de transição até maio de 2.013 [Resolução da ANTT de 3.751, de 20 de dezembro de 2.011, Anexo III [disponível no sítio da ANTT]. Muito além do prazo de 31 de dezembro de 2.010 tornado inviável em razão da complexidade da matéria.

Em 11 de maio de 2.009, o Município informou ao MP que, em atenção ao ofício recebido, determinara a notificação das empresas locais acerca do teor do § 3º, do art. 42, e seus incisos, bem como dos demais parágrafos, em especial sobre o prazo de 30 de junho de 2.009 [fls. 55 da Ação Civil Pública][doc. 5]

Em 27 de maio de 2.009, a Secretaria de Segurança Transportes e Trânsito, “considerando a recomendação do Ministério Público”, notificou a todas as permissionárias acerca do teor da referida disposição legal – com idêntico teor e forma, foi enviada a todas as permissionárias atingidas pela regra do art. 42 da Lei 8.987/95] [fls. 115 a 124]. O MP foi devidamente cientificado em 30 de junho de 2009– fls. 134 da Ação Civil Pública][docs 6 a 15].

As permissionárias protocolaram, então, dentro do prazo legal [30/06/2009], um laudo com o valor das indenizações por elas apurado [doc. 16 e 17]. O Município, então, nomeou Comissão Tripartite para exame dos números apresentados pelo Sindicato das empresas através da Portaria 029, de 29 de outubro de 2.009, prorrogada em 26 de outubro de 2.010, mas a referida Comissão reconheceu que não tinha condições de auditar os cálculos apresentados [docs. 18 e 19].

Em razão disso, para conferir maior transparência e segurança ao procedimento, o Município resolveu abrir licitação para contratar empresa de auditoria para emitir parecer sobre os cálculos e valores, sendo escolhida dentre sete concorrentes, a empresa AUREL – AUDITORES ASSOCIADOS, de Porto Alegre [doc. 20, 21 e 22], a qual apresentou suas conclusões em 17 de novembro de 2.010 [DOCs. 23 e 24], acusando um valor de R\$119.316.674,59 para o total das indenizações.

O Município, porém, por sugestão da sua Comissão Tripartite [doc. 25], solicitou da empresa de auditoria que limitasse o cálculo a um período de cinco anos, considerando que esse é o período em que prescrevem as obrigações dos poderes públicos e, em 31 de janeiro de 2.011, a empresa AUREL, após várias considerações técnico-contábeis, apresentou laudo complementar que

veio a acusar o valor de R\$55.622.764,38 [doc. 26] que, por sua vez, excluídas permissões distritais, foi fixado definitivamente em R\$52.321.432,79.

Esse valor ficou restrito a aos aspectos indenizatórios, já que o Município pretendia, via projeto e lei, excluir a indenização de frota [por falta de previsão legal anterior] e verba de rescisões dos contratos de trabalho, já que, atendendo ao Sindicato dos Trabalhadores, o

Município iria propor à Câmara a estabilidade, por dois anos, de todos os empregados do setor.

Essa medida tinha por fim de prevenir a categoria profissional contra eventuais demissões em massa como resultado da licitação.

Buscou, então, o Município celebrar acordo de redução dos valores com as permissionárias, previsto no art. 42, com a condição – inspirada em precedente de Curitiba – de que o valor acordado seria incluído dentro de valor de outorga, na licitação,

de modo que o Município seria quitado de sua responsabilidade ou [a] recebendo o crédito das empresas como lance ou [b] pelo pagamento do valor de outorga por terceiros, parte do qual seria destinado a quitar a dívida do erário.

Esse acordo foi celebrado em 26 de maio de 2.011[doc. 27] e, somente por aí, o Município obteve uma redução de suas obrigações em mais de 50%, ficando esta acordada em R\$52.321.432,79. [DOC. anexo].

Logo a seguir, foi o projeto de lei enviado ao Legislativo, seguindo, analogicamente, o procedimento adotado pela cidade de Curitiba.

O acordo celebrado pelo Município foi altamente vantajoso ao erário municipal.

O valor total levantado pela auditoria, para o período de vinte anos estabelecido pelo artigo 42, alcançava cerca de cento e vinte milhões de reais [hoje, seriam quase 140], incluindo quinze a vinte milhões de bens reversíveis. Estes, porém, foram excluídos de indenização pela Lei 5854, dentro do espírito do acordo efetuado, bem como as indenizações por rescisão dos contratos de trabalho. Mesmo assim, a indenização ficaria em torno de cem milhões de reais, sendo a redução, portanto, superior a cinquenta por cento.

Cabe destacar, que nos cálculos apresentados pela Aurel, a pedido da comissão Tripartite, somente a parcela de diferenças tarifárias atingira a importância de R\$ 57.524.875,16 [item nº 30 do Relatório da Aurel], o qual, corrigido, passou para R\$ 67.504.081,54 [item 31], para os últimos cinco anos.

O acordo celebrado, em torno de cinquenta e dois milhões de reais, foi, portanto, bastante inferior à parcela indenizatória de diferenças tarifárias que seriam devidos para os últimos cinco anos.

Sem nenhuma dúvida, quem ganhou com o procedimento do artigo 42, adaptado à legislação local pelo Município, foi o erário público ou os contribuintes em última análise, os quais, pelo procedimento análogo ao de Curitiba, além da redução da dívida em mais de 50 %, seriam quitados sem que os cofres públicos nada despendessem.

É, por isso, altamente preocupante a pretensão do Ministério Público de Contas contra a adoção desse procedimento. Se o Município adotasse o ponto de vista do Ministério Público, estaria onerando os cofres públicos, pois a indenização acabaria sendo cobrada, com graves prejuízos aos contribuintes.

Para evitar essa situação desvantajosa para a Administração Pública, o Município seguiu os mesmos passos da cidade-padrão de Curitiba que, pela Lei n.12.597, de 17 de janeiro de 2008, no art. 40 assim dispôs, invocando o art. 42 e §§ da Lei 8.987/95:

Art. 40 Eventual indenização às atuais contratadas será feita pela URBS na forma do disposto pelos §§ 3º a 6º do art. 42 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com a nova redação que lhe foi dada pelo art. 58 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. [doc. 28 e 29]

Assim, para evitar dúvidas sobre a aplicação das regras gerais do art. 42 da Lei 8.987/95 aos Municípios, o Município, obediente ao disposto no art. 1º, § único, da Lei 8.987/95, propôs Projeto de Lei com a adaptação da legislação do Município ao procedimento de liquidação da lei geral.

A Câmara Municipal, chamada a opinar, aprovou a Lei 5.854, de 30 de novembro de 2.011, que assim disciplinou a questão licitatória em face das adaptações da lei local à lei federal[doc. 30]:

Art. 31 O edital de licitação estabelecerá que a nova empresa ou consórcio contratado, deverão manter no seu quadro funcional todos os trabalhadores já vinculados ao Sistema de Transporte Coletivo urbano, preservando os direitos adquiridos que integram o patrimônio jurídico trabalhista dos mesmos e garantindo a estabilidade, no mínimo, por dois (02) anos do emprego dos mesmos.

Art. 32 As atuais isenções tarifárias continuarão vigendo até a aprovação de novas legislações específicas, após ampla discussão com a sociedade.

Art. 33 Eventual indenização às atuais permissionárias será feita pela empresa ou consórcio vencedor da concorrência pública para operação no transporte coletivo urbano, pelos valores que forem apurados nos termos do artigo 35 e dos parágrafos 2º à 6º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987, de 13.02.1995, com a nova redação que lhe foi dada pelo artigo 58 da Lei Federal n. 11.445, de 05.01.2007, com as seguintes adaptações suplementares:

I – O valor de outorga será composto da soma de duas parcelas: uma destinada ao pagamento das indenizações relativas à desmobilização das atuais permissões, apuradas por auditoria e acordadas com as permissionárias, e outra destinada a investimentos em transporte e trânsito pelo município, podendo o valor excedente ao das indenizações ser pontuado conforme critério a ser estabelecido no edital de licitação até o limite do valor de outorga.

II – Até a data de assinatura do contrato de concessão, deverá o vencedor do certame comprovar o depósito do valor correspondente ao preço de outorga fixado no edital, em dinheiro ou em dois cheques administrativos, um do valor da indenização e outro, da oferta excedente até o limite fixado, a fim de que o município repasse as permissionárias participantes que foram vencidas até a data da assinatura do contrato, mediante plena, geral e irrevogável quitação destas, o valor das indenizações auditadas e acordadas na forma do art. 42 da Lei 8.987/95, incorporando aos cofres municipais a diferença a maior relativo ao valor fixado no edital.

III – Para efeito do inciso anterior, as permissionárias atuais que participarem da licitação, isoladamente ou em consórcio, poderão utilizar como parte do lance, o valor do crédito, auditado e

acordado, com declaração de, caso vencedoras, darem quitação plena, geral e irrevogável ao município das obrigações subjacentes que deram origem aos valores indenizatórios, podendo as permissionárias que não participarem da licitação, ceder seu crédito aos participantes.

IV – No caso de não cumprimento da obrigação de comprovação de depósito no valor de outorga, até a assinatura do contrato, na forma dos parágrafos anteriores, o licitante vencedor será desclassificado e convocado o segundo classificado e assim por diante.

V – O valor pago diretamente ao município como outorga no processo licitatório e prorrogação de contrato será investido integralmente na melhoria do sistema de transporte urbano e municipal [doc. 30].

Assim, estando previamente celebrado o acordo [doc. 27 cit] extremamente vantajoso como já dito, e promulgada a Lei 5854, de 30 de novembro de 2011, o Município se apressou a lançar o Edital de Concorrência Pública nº 01/2012 para concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros [DOC. 31], o que ocorreu em 06 de janeiro de 2012, sendo o aviso publicado no Diário da Manhã de 31 de dezembro de 2.011 [doc. 32; 33 e 34]. O Edital ficou disponível desde 9 de janeiro de 2012 e a licitação aprezada para 23 de fevereiro, observado, portanto, o prazo de 45 dias fixado pelo art. 21, § 2º, inc. I, da Lei 8.666/3.

Foi observado, inclusive, o procedimento de audiência pública ao contrário do afirmado na petição cautelar, realizada em 20 de abril de 2.011, mediante convocação prévia no Diário da Manhã de 5 de abril de 2011 [docs. 35 e 36].

O Edital, como não poderia deixar de fazê-lo, observou estritamente as disposições da legislação especial de concessões [Lei 8.987/95], da legislação geral de Licitações [Lei 8666/93] e da legislação complementar do Município com as regras dos artigos 31 a 33, da Lei 5.854.

A sua vez, o Município, por extrema cautela, deu conhecimento a esse Egrégio Tribunal de Contas da auditoria contratada e realizada para efeito do cumprimento do artigo 42 da Lei Federal 8.987/1995, com a nova redação que lhe deu a Lei Federal 11.445/2007.

Foi, portanto, com estranhável surpresa que, após tanta pressão no sentido do atendimento das regras do art. 42, com origem no MP estadual, e das cautelas adotadas, com contratação de auditoria independente e do acordo de redução das responsabilidades do Município, essa questão do valor de outorga venha a ser questionada por outro setor do Ministério Público, pondo em risco todo o esquema de liberação e quitação da indenização [sem ônus para o erário].

E, adiante:

3.2.

Sobre o direito de indenização e o critério de julgamento das propostas.

O Ministério Público estadual, por três vezes, insistiu com o Município sobre a questão da indenização; o próprio TJ do Estado anulou, anteriormente, decisão do Município por não ter cumprido com as formalidades do art. 42 da Lei 8.987/95.

No mínimo, por isso, foi com surpresa que o Município recebeu a medida cautelar postulada que, num certo sentido, é fruto de desinformação do digno representante do Ministério Público de Contas nessa instância.

A apuração dos valores indenizatórios não resulta de termo “traduzido em uma página e desprovido, ao que se sabe, de qualquer formalidade” [Medida cautelar, fls. 5]. Como se mostrou no histórico, depois de instada pelo Ministério Público acerca

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

da aplicação do art. 42, § 3º, da Lei 8.987 [com a nova redação do art. 58 da Lei 11.445/2007], o Município notificou as empresas; estas, no prazo legal, até 30 de junho de 2.009, apresentaram seus cálculos; o Município nomeou Comissão Tripartite [somente funcionários municipais efetivos] para examiná-los; diante das dificuldades da Comissão para esse exame, o Município abriu licitação e, dentre sete concorrentes, venceu a empresa AUREL – AUDITORES ASSOCIADOS; esta apresentou seu laudo – documento anexo de centenas de folhas – acusando um montante de cerca de cento e vinte milhões de reais e, após, laudo complementar, a pedido do Município, restringindo os cálculos a um período de cinco anos.

De tudo resultou significativa redução do montante, reduzido, mais ainda, por acordo com as permissionárias locais no montante de R\$52.321.432,79,

limitado, apenas, às indenizações pela aplicação da tarifas políticas e gratuidades sem fonte de custeio.

Os documentos anexos mostram a totalidade do trabalho da auditoria. São vários volumes de um trabalho de excepcional seriedade e qualidade.

De resto, seguindo o modelo de Curitiba [lei e edital anexo], o Município enviou à Câmara Projeto de Lei, convertido na Lei 5.854, que criou os mecanismos pelos quais o Município, com a licitação, seria quitado [sem nada despendido] ou mediante pagamento do vencedor ou mediante compensação entre o valor da indenização e o crédito reconhecido às empresas atuais, caso vencedoras.

O pagamento de 52 milhões de reais por um contrato de quinze anos com prorrogação por mais dez, de outro viés, envolve um número absolutamente viável para a transferência de um

serviço de uma cidade de quase 300.000 habitantes durante tal período.

Não há nenhuma restrição ao princípio da competição. No País, há centenas de empresas capazes de disputar, se o quiserem, um contrato por um período de vinte e cinco anos, com retorno assegurado do investimento.

Nada há de especial nessa atribuição de valor às outorgas.

Agora mesmo, a UNIÃO licitou três importantes aeroportos, partindo de valores em nível de bilhões de reais. Ao invés de restringir a competição, o que se viu foi uma disputa que elevou os valores de outorga em mais de 300%.

O valor só é limitativo ou restritivo quando desproporcional ao serviço licitado, o que não é o caso da indenização de 52 milhões em relação ao transporte de uma das cidades mais importantes do Estado.

Pela proposição da medida cautelar, o Município devia entregar o serviço público gratuitamente ao vencedor e fazer os contribuintes pagarem a conta das indenizações apuradas na forma preconizada pelo próprio Ministério Público.

Tal postura não seria compatível com as finalidades dessa Egrégia Corte de Contas.

O Município é titular do serviço público e, para transferi-lo a terceiros, ele lhe atribui um valor que pode perfeitamente ser recuperado durante o prazo da concessão e de sua prorrogação. Não há nenhum vício em se estabelecer valores de outorga.

A inconveniência estava no procedimento anterior, em que o serviço público era licitado em troca de coisa alguma.

Se o Município adotasse a tese da impugnação, ele licitaria por menor tarifa, como o sugere o Ministério Público, e erário teria de pagar a conta da indenização apurada pela auditoria.

A fórmula do art. 33 da Lei 5.854 – semelhante ao modelo adotado em Curitiba – atende aos interesses do erário público e permite que, via processo licitatório, o Município possa quitar uma dívida que, mais cedo ou mais tarde, viria a pressionar as finanças municipais.

Assim, a licitação enseja que o Município, tendo acordado uma vantajosa redução de mais de 50% da indenização, obtenha a sua quitação pelo lance vencedor de terceiros ou das concessionárias locais, mediante o uso do crédito acordado.

Assim, o valor de outorga, dividido entre a indenização dirigida a esse objetivo de interesse público, e à incorporação da outra parte aos cofres públicos para aplicação em melhorias do sistema, em favor da população, é uma fórmula que está rigorosamente de acordo com as orientações do art. 42 da Lei 8.987 e do art. 33 da Lei Municipal 5.854, e fiel ao disposto no art. 3º da Lei 8.666.

A concessão do transporte da cidade de Pelotas tem valor e o investidor que pretende investir no serviço público, deverá avaliar as possibilidades de retorno do capital investido durante o longo prazo da concessão. Não é o poder público que vai demonstrar que o valor é recuperável no prazo do contrato: quem vai efetuar essa conta é o licitante e qualquer contador ou economista está habilitado para dar uma assessoria competente nesse ponto.

A concessão de transporte coletivo de uma cidade de trezentas mil pessoas tem, portanto, valor econômico expressivo e o Município, como titular do serviço público, no exercício da sua competência discricionária, resolveu abandonar o antigo critério de transferir o serviço público sem nenhuma contrapartida de parte do vencedor da licitação.

Pelo art. 15 da Lei 8.987/95, são sete os tipos licitatórios. A menor tarifa, sugerida, é um dos critérios e o menos aconselhável no caso de

serviço público. Neste, a tarifa deve caracterizar-se como tarifa pelo custo mais a remuneração do concessionário. Por outra parte, quando o poder público mantém o controle da tarifa, ele conserva o controle da política de transporte. Menor tarifa aponta para serviço de menos qualidade. Quando o poder público, titular do serviço, pensa uma política de transporte, ele, automaticamente, projeta a tarifa corresponde àquele padrão de qualidade desejada pelo Município.

Quando o Município, como no caso, elege um valor de outorga [pouco importa se o objetivo é quitar responsabilidades do erário ou simplesmente aplicar em melhorias da infraestrutura], ele age no exercício de seu poder discricionário de escolher, dentre várias alternativas, aquela que melhor se ajusta à visão do administrador naquele momento concreto em face dos interesses da cidade e do erário.

No caso da cidade de Pelotas, a indenização, apurada pela auditoria, não inclui bens reversíveis, pois não eram estes previstos nem na legislação anterior nem nos contratos. A indenização, tal como consta dos trabalhos da auditoria, incluem perdas tarifárias resultantes de aplicação de tarifas políticas e indenizações diversas.

Não há nenhuma ilegalidade, portanto, no Edital que, de resto, está rigorosamente afinado com as orientações da lei nacional de concessões e com a lei local.

A proposta mais vantajosa para o Município é essa do Edital; se a crítica fosse acolhida, a licitação se transformaria num ato gratuito de transferência, por vinte e cinco anos, de um serviço de titularidade do Município, absolutamente de graça.

Ou seja, a proposta mais desvantajosa para o Município e mais vantajosa para o licitante. Não há nenhuma ofensa, portanto, ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

A Lei de Licitações é clara: a licitação – diz o art. 3º da Lei 8.666 – destina-se...a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração” [sic].

Depois que Curitiba livrou-se de uma dívida de quase trezentos milhões de reais através de mecanismo semelhante ao adotado no Edital impugnado na cautelar, abriram-se os olhos de todos os poderes concedentes para as alternativas entre licitar gratuitamente ou licitar onerosamente. Até há pouco, somente o serviço público era transferido de graça, sem vantagem alguma para a administração. A recente licitação dos mais importantes aeroportos do País está dentro da linha realista. Ninguém arguiu qualquer violação do princípio da competição.

O critério de julgamento – portanto – distribuído entre o valor de outorga e a proposta técnica – está rigorosamente de acordo com previsão legal do art. 15,inc. VI, da Lei 8.987/95, e constitui o mecanismo mais vantajoso para a administração [Lei 8.666/93, art. 3º], sem afetar o princípio da competição.

Tanto é assim que após a publicação do Edital em tela, vários interessados, pessoas jurídicas de diversas entidades da Federação e do Estado do Rio Grande do Sul, compareceram ao Município e realizaram a visita técnica prevista no Edital e na Lei Municipal 5.854/2011, artigo 8º, parágrafo único, sem nada objetar quanto ao aspecto em apreço.

Finalmente, só anulando a lei municipal 5.854/2011 e os termos do art. 42 da Lei 8.987 seria possível atender à proposição da medida cautelar no sentido de suprimir o valor de outorga e a questão da mão de obra.”

- 63) O Egrégio Tribunal de Contas não chegou a emitir pronunciamento definitivo de mérito sobre essas importantes questões, arquivando a medida cautelar tão somente com recomendações para exaustivo exame das questões formuladas pelo Município – exame esse que a atual administração simplesmente não fez

e preferiu o caminho de ignorar tudo o que foi feito com base na lei municipal em favor dos interesses dos contribuintes locais.

- 64) Com isso, desobedeceu mais uma vez a legislação municipal, segundo a qual, "extinta a concessão, haverá imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente, **procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessárias**" [Lei 5.854, art. 17, § 3º], tal como consta, de resto, do art. 35, § 2º, da Lei 8.987/95, que tem a mesma redação ("Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, **procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.**" As impugnantes tiveram extintas suas permissões e operam, até a licitação, sob regime de autorização especial, de modo que os "levantamentos, avaliações e liquidações", efetuados pela auditoria licitada e contratada, poderiam ter sido revisados pela atual administração, se alguma dúvida houvesse quanto aos números auditados.
- 65) Resultado: as impugnantes se veem no dever de, para resguardar direitos ofendidos por essa conduta, a promover ação de cobrança dos valores acordados contra o Município, reiterando, porém, que retirarão a ação caso o Município modifique o seu comportamento e corrija o edital para nele incluir as cláusulas determinadas pelo art. 33 da Lei 5.854/2011.
- 66) Escreça-se, ainda, que o Município, embora anulando o Edital anterior, **não anulou** o procedimento de apuração dos valores indenizatórios que culminaram com o acordo firmado entre as empresas operadoras e o Município. O Decreto 5.832, de 20 de maio de 2.015, sequer menciona o procedimento administrativo de contratação da auditoria e dos atos dela derivados, inclusive o acordo pelo qual os empresários abriram mão de cerca de 50% das indenizações apuradas, em razão das regras do art. 33 das Lei 5.854. A anulação é restrita à anulação. O texto é claro:

Art. 1º Fica anulada a licitação para a modalidade de concorrência pública para a Prestação e Exploração do Serviço Público de Transporte Coletivo no Município de Pelotas, objeto do Edital n. 001/2012.

Art. 2º O Município de Pelotas promoverá nova licitação para a Prestação e Exploração do Serviço Público de Transporte Coletivo no Município de Pelotas, mediante Edital que será oportunamente divulgado.

- 67) De outro lado, a leitura do Termo de Anulação da Licitação anterior – 01/2012 - também não deixa dúvida de que os atos de levantamentos e liquidações executados para apuração das indenizações cabíveis, nos termos do art. 42 da Lei 8.987 e do ar .33 da Lei 5.854, não foram objeto do ato administrativo referido.

879
J



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE PELOTAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

TERMO DE ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2012

O **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PELOTAS**, Eduardo Figueiredo Cavalheiro Leite, no uso das atribuições legais e regimentais que lhe são conferidas pela Lei Orgânica Municipal, pela Constituição Federal e pela Lei Federal 8 666/93, resolve ANULAR a concorrência pública nº 01/2012, relativa à concessão dos serviços públicos de transporte coletivo urbano de passageiros do Município de Pelotas, nos seguintes termos:

I – O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul instaurou o inquérito civil nº 00852.00001/2012, a fim de apurar eventuais ilegalidades/irregularidades na concorrência pública nº 01/2012, relativa à concessão dos serviços de transporte coletivo urbano de passageiros no Município de Pelotas.

II - Do inquérito civil levado a efeito pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul resultou o envio do ofício nº 341/2013 ao ente público municipal, datado de 27/06/2013 e recebido no dia 01º/07/2013, recomendando a anulação da concorrência pública nº 01/2012.

III – Somado a isto, o Ministério Público de Contas manejou ação cautelar junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul,

de

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE PELOTAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

apontando irregularidades na concorrência pública nº 01/2012.

IV - A ação cautelar foi julgada procedente pela Corte de Contas, a qual recomendou ao atual gestor a anulação da Concorrência Pública nº 01/12.

V - Assim, julgada procedente a ação cautelar nº 1962-0200/12-0, interposta pelo Ministério Público Estadual junto ao Tribunal de Contas do Estado, resta ao Município de Pelotas anular a concorrência pública nº 01/12, cujo objeto trata da concessão dos serviços públicos de transporte coletivo urbano de passageiros no Município de Pelotas.

Pelotas, 25 de julho de 2013


EDUARDO FIGUEIREDO CAVALHEIRO LEITE
PREFEITO MUNICIPAL

- 68) Não resta, pois, dúvida alguma de que os atos prévios de liquidação das relações entre as Impugnantes e o Município não foram atingidos pela anulação nem poderiam sê-lo de forma implícita e, no máximo, conforme a recomendação do TCE, deveriam ser reexaminados os valores apurados para

devida exatidão dos valores. Como o Município não fez nenhuma conferência complementar em torno das conclusões dos laudos de auditoria, é sinal de que nada havia para modificar e, por isso, injustificável que aquele trabalho de auditoria não tenha sido incluído no Edital, como ordenou o art. 33 da Lei 5.854.

- 69) O Edital, inclusive, admite a existência das indenizações, afirmando que **"eventuais indenizações em favor das empresas que atualmente operam o transporte coletivo, serão apuradas caso a caso em procedimento próprio"** [item 9.12]. No caso, o *procedimento próprio* já existia, executado dentro dos prazos legais da legislação da época.

V. Tarifa estudantil

- 70) Edital, no item 5.4., altera, **sem lei autorizativa**, o desconto da tarifa estudantil de 50% para 60%. Nos termos do próprio Edital – item 5.6 e 5.61 – isenções parciais ou gratuidades são apenas as existentes na época da publicação do Edital e novas isenções terão de conter a fonte dos recursos correspondentes.

VI. Valor estimado da contratação

- 71) O item 6.1. acusa como valor da contratação R\$76.782.098,27 sem qualquer justificativa de como se chegou à fixação desse valor dos investimentos. Pelo cálculo dos Impugnantes, o investimento necessário não passaria de metade desse valor. O número, em contradição com a realidade, fere o caráter competitivo da licitação, afastando competidores [Lei 8.666, art. 3º, § 1º, inc. I e art. 3º, *caput*].

VII. Projeto básico dos serviços

- 72) O item 9.1, atribui aos licitantes "realizar, por sua própria conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação das propostas". Ocorre que essa atribuição fere o art. 6º, inc. IX:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos **necessários e suficientes**, com **nível de precisão adequado**, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos **estudos técnicos preliminares**, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que **possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução**, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e **identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;**

b) soluções técnicas globais e localizadas, **suficientemente detalhadas**, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

- 73) Logo, é óbvio que o projeto básico dos serviços deve constar do Edital com esse **nível de precisão adequado**, fundado em **estudos preliminares** efetuados pelo órgão licitante [**e não pelos candidatos**] e que possibilitem o exame de sua viabilidade técnica e econômica, além do impacto ambiental. Transferindo essas atribuições aos licitantes, o Edital fere abertamente o conceito do art. 6º, inc. IX, da Lei 8.666.

VIII. Qualificação técnica sem prazo de experiência

- 74) O item 14.4.11 não atende as exigências do art. 30, II, da Lei 8.666/93, segundo o qual o candidato deverá comprovar seu desempenho em "atividade" pertinente e compatível em características, quantidades e **prazos** com o objeto da licitação" [sic]. Pelo Edital, uma empresa constituída nas vésperas do certame, sem nenhuma experiência de tempo, poderá participar da disputa.

IX. Garantia de execução contratual

- 75) Tal exigência fere o princípio da modicidade tarifária [Lei 8.987, art. 6º, § 1º], não passando de um excelente negócio apenas para bancos e empresas de seguros. A exigência de um seguro anual de quase **quatro milhões de reais** gera um custo obrigatório, transferível para as tarifas dos usuários, **absolutamente desnecessário** e, por isso mesmo, violador do art. 37, inc. XXI, da Constituição, segundo o qual as exigências de qualificação técnica ou econômica devem ser tão somente "**as indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**" [sic].
- 76) A exigência de garantia da execução, pela sua dispensabilidade, fere o princípio da razoabilidade/proporcionalidade. **Nunca** os serviços de transporte

coletivo urbano, em Pelotas ou em qualquer outra cidade do País, até agora,, operaram mediante tal garantia que, historicamente, **jamais** se revelou necessária. Por isso, ela, na verdade, é um negócio apenas para as instituições financeiras ou de seguros, as prováveis inspiradoras dessa exigência.

- 77) Assim, o item 20.6.1., deve ser expungido do édito.

X. Sanções unilaterais

- 78) A Cláusula XXXIX do Contrato impõe que o futuro concessionário "concorda expressamente em se submeter às sanções **fixadas unilateralmente** pelo ÓRGÃO GESTOR..." Essa "concordância!, na verdade, uma imposição tem natureza potestativa e, pois, ilegal, pois qualquer tipo de sanção tem de estar **previamente** estabelecida. É o princípio do *nullum crimen sine lege*. Essa cláusula deve ser suprimida. Além da ilegalidade, é uma cláusula marcadamente anticompetitiva, pois afasta interessados da competição [Lei 8.666, art. 3º e 3º, § 1º, inc. I].

XI. Multas de caráter confiscatório

- 79) Na minuta do **contrato de adesão** [Cláusula **XXXIX, 5**] consta que "o valor das multas variará de 0,001% [um milésimo por cento] a 1% [um por cento] do valor do contrato. Como este foi fixado arbitrariamente em torno de 76 milhões de reais, a multa mínima é de R\$76.000,00 a R\$760.000,00! Um ônibus que transportar excepcionalmente 2.000 pessoas por dia, poderá faturar R\$5.000. A multa por uma infração mínima, como um atraso de horários, pode custar mais de 15 vezes o faturamento do dia. Já a máxima pode valer 152 vezes o valor do máximo faturamento de um dia.
- 80) Dispõe a Lei 8.666/93:
- Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
- (...)
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as **penalidades cabíveis** e os **valores das multas**"
- 81) Complementando, a Lei nº 9784/1999 prescreve a obediência ao princípio da proporcionalidade e da necessidade:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções **em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

- 82) As referidas penalidades são as que constam do art. 87 da referida lei, abaixo transcrito.

Art. 87. Pela **inexecução** total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - **advertência**;

II - **multa**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - **suspensão temporária** de participação em licitação e **impedimento** de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

- 83) Na doutrina, ensina MARÇAL JUSTEN:

"...é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser **compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração**. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham **sanções excessivamente graves**, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Edição, São Paulo: Dialética, 2003. P. 569 e 570).

- 84) Em atenção ao art. 55, incisos VII, da Lei 8.666/1993, o Edital tem de prever, bem assim no contrato, **situações claras de aplicação das penalidades**, estabelecendo **gradações entre as sanções** de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser penalizada, observando o disposto no item 9.1.5 do Acórdão 2.471/2008-TCU – Plenário(II.7). [cf., ainda, AC-1597-24/10-P Sessão: 07/07/10 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI; AC-0137-01/10-1 Sessão: 26/01/10 Grupo: 0 Classe: 0 Relator: Ministro AUGUSTO NARDES - Acórdão 669/2008 TCU – Plenário]. "d) cabe determinar ao MEC que, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da

Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

prudência, inclua, nos contratos relativos à prestação de serviços de tecnologia da informação, celebrados por esse Ministério, cláusulas prevendo **penalidades específicas para possíveis falhas cometidas na execução dos serviços contratados. Devem ser estabelecidas punições proporcionais aos descumprimentos verificados;** (...)

- 85) A Advocacia-Geral da União também já se manifestou sobre o tema, consagrando o mesmo entendimento.

*PARECER Nº 110/2010/DLIC/CGMADM/PFE/INSS/AGU.

Este parecer recomenda que sejam previstas no contrato apenas as sanções administrativas por descumprimento de cláusulas contratuais, deixando para o edital a previsão das sanções decorrentes do descumprimento das regras da licitação.

Recomenda, também, que a Administração passe a **adotar tabelas de penalidades específicas, com punições proporcionais à gravidade**, em atendimento à orientação do TCU contida no Acórdão 669/2008-Plenário, fazendo sugestão da redação da cláusula e da referida tabela, cabendo à Administração sua adequação às particularidades do contrato. No mesmo sentido: PARECER Nº 146/2010/DLIC/CGMADM/PFE-INSS /PGF /AGU.

- 86) No mesmo sentido o STJ, julgando o REsp 914087/RJ entendeu que a escolha, pela Administração, da penalidade a ser aplicada com base na razoabilidade, deve adotar, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.
- 87) Com o mesmo entendimento:

"CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

(...)

3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, **o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.**

4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações)." (REsp 330677 / RS) (cf., ainda, LUNELLI, Rômulo Gabriel M.. Proporcionalidade em multas nos contratos administrativos.

Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3502, 1 fev. 2013.
Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23618>>. Acesso em: 1 out. 2015].

- 88) O Supremo Tribunal Federal, em tempos mais remotos, já admitia a extensão do não confisco às multas, conforme o entendimento do então Ministro Bilac Pinto, proferido no julgamento do RE 80.093-SP: *"Devemos deixar claro, porém, que não apenas os tributos, mas também as penalidades fiscais, quando excessivas ou confiscatórias, estão sujeitas ao mesmo tipo de controle jurisdicional"*. A orientação vale para multas administrativas não tributárias.
- 89) O princípio da vedação do confisco tem como escopo preservar a propriedade dos contribuintes, ante a voracidade fiscal ou administrativa do Estado. Se a instituição do tributo pode vir a ser considerada confiscatória, por não respeitar o mínimo para a existência digna e produtiva do particular, é evidente que a **cobrança de multa em valores desarrazoados** também se subsume à mesma teleologia prevista no princípio cuja positivação referiu-se apenas aos tributos.
- 90) Profligando o caráter confiscatório, ensinava o STF:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 2.º E 3.º, DO ART. 57, DO ADCT DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO QUE DISPÕEM SOBRE MULTA NAS HIPÓTESES DE MORA E SONEGAÇÃO FISCAL. Plausibilidade da irrogada inconstitucionalidade, face não apenas a impropriedade formal da via utilizada, mas também ao evidente caráter confiscatório das penalidades instituídas. Concorrente risco de dano, de difícil reparação, para o contribuinte. Cautelar deferida. Votação unânime. (ADIMC-551/RJ – Rel. Ilmar Galvão – DJ 18.10.91).

- 91) Em trecho do voto condutor, o Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, assim estabelece:
- "Por outro lado, os percentuais fixados extravasam o campo da mera multa, para alcançar o pertinente ao do confisco. O risco decorrente da vigência dos preceitos é revelado pela obrigatoriedade do implemento das cobranças"*.
- 92) No informativo do STF n.º 515, LÉ-SE:

"O Tribunal deferiu, com eficácia ex nunc, medida cautelar em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional de Comércio – CNC, para suspender, até decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do art. 3.º, e seu parágrafo único, da Lei n.º 8846/94, que prevê, na hipótese de o contribuinte não haver emitido nota fiscal relativa a venda de mercadorias, prestação de serviços ou operações de alienação de bens móveis, a aplicação da multa pecuniária de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do

serviço prestado. Considerou-se juridicamente relevante a tese de ofensa ao art. 150, IV, da CF". (sem grifo no original).

"O princípio, segundo o qual é vedado ao Poder Público utilizar tributo com efeito de confisco, consubstanciado no art. 150, inciso IV, da vigente Constituição Federal, pode ser aplicado à multa **no sentido de evitar a desproporcionalidade entre a infração e a falta**, quando extrapolado o dimensionamento necessário ao desestímulo da inadimplência, gerando forte lesão ao direito do contribuinte, com correspondente enriquecimento sem causa da União. Precedente do STF (ADIN 1075-DF, Relator Min. Celso de Mello)". (TRF – 4ª Região, AC nº 565765, Rel. Juiz Luis Carlos de Castro Lugon, DJ: 13/08/2003).

- 93) "Tributário. Administrativo. Multa. Percentual de 300%. Respeito ao Princípio da Proporcionalidade. Pronunciamento do E. STF. ADIN 1075/DF.

No âmbito administrativo, mais especificamente no exercício do poder de polícia, deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Fisco quando da fixação das sanções, dosá-las de forma que não se apresentem como verdadeiro confisco.

- O E. STF, no julgamento preliminar da ADIN 1075/DF, suspendeu, com eficácia ex nunc, até o julgamento final, a execução e a aplicabilidade do art. 3º e seu parágrafo único da Lei nº 8846/94, que previa a aplicação de multa pecuniária no valor de trezentos por cento sobre o valor do bem, objeto da operação ou do serviço prestado, para o contribuinte que não houver emitido a nota fiscal, recibo, ou documento equivalente. - *Remessa oficial improvida". (TRF-5ª Região, MS nº 2001.83.00.0158724, Rel. Juiz Ivan Lira de Carvalho, DJ: 31/10/2002).*

- 94) Invoca-se, a propósito, o magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho: "Sacha Calmon Navarro Coelho:

"uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco".

(...)

Quando esta é tal que agride violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte, caracteriza-se como confisco indireto e, por isso, é inconstitucional."

(COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 p. 69).

- 95) Registre-se que, hoje, no País, a mais alta multa de trânsito está limitada em R\$1.915,40 [CTB, Código 516-91, dirigir embriagado; 516-92, dirigir sob dependência de droga; 527-41, manobra perigosa e outras hipóteses. Num total de 400 infrações, não mais de uma dúzia alcançam à máxima de R\$1.915,40.

- 96) Mas não só por aí o Edital excede os limites da razoabilidade. No ANEXO III – REGULAMENTO OPERACIONAL, o Edital oferece um quadro de TIPIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES – Seção III, arts. 21 A 28, com base nas URM'S [art. 18], que começam com 10 URMS [= R\$930,24; e vão até 50 URM'S [=R\$4.662,00], ou seja, três vezes maior que a maior multa de trânsito para a infração de dirigir embriagado.
- 97) Fica nítido o caráter arrecadatório do sistema de multas do Edital, o qual, além de violar o princípio da legalidade, por inexistência de lei prévia, possui caráter claramente confiscatório, devendo ser tudo revisado em nova versão do édito.
- 98) Marçal Justen Filho⁶, na sua obra intitulada Teoria Geral das Concessões, analisando a questão da exigência de capital social ou patrimônio líquido, recomenda que o valor do contrato deva ser proporcional ao montante de desembolso a ser realizado, ou seja, do valor do investimento, sob pena de tornar as exigências de qualificação desarrazoadas, como no caso da licitação que se pretende corrigir, nos termos que seguem:

"Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquido mínimos. Não interessa renovar a crítica à exigência de capital social mínimo, totalmente injustificada. O relevante é determinar o limite da exigência. O art. 31,§3º, da Lei nº 8.666 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor estimado da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante total das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. **Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato.** A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado de desembolsos. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões).

- 99) Da mesma forma entende o Tribunal de Contas de São Paulo e tantos outros, como se constata decisão, proferida nos autos do TC-9023/026/11, em Sessão de 27/07/11 do Tribunal Pleno paulista, *infra*:

⁶ Justen Filho, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 227/8.

"A correta estimativa deste valor é importante porque servirá de base para as exigências de patrimônio líquido e das garantias legalmente permitidas.

A instrução processual trouxe à colação, desde o primeiro momento, julgados deste tribunal (TC-784/010/09, TC-785/010/09, TC-29697/026/07 E TC-34871/026/09) – e também posição doutrinária -, apontando que há equívoco da Administração de Presidente Prudente, pois, em casos como este, de concessão de serviços públicos, **o que interessa para efeito de garantias a serem exigidas, é o valor total a ser investido pela futura concessionária e não a da estimativa de arrecadação ao longo do período de concessão.** A Prefeitura de Presidente Prudente elegeu, equivocadamente, o valor da estimativa da arrecadação, pelo futuro concessionário, cujo montante alcança o valor de R\$ 1 bilhão e 900 milhões de reais, quando o valor estimativo de investimentos, pelo futuro concessionário, é de R\$ 63 milhões e 750 mil reais, bem diferente, pois, da estimativa de arrecadação.

Deve, assim, a prefeitura, retificar o seu edital. (...)"

XII. Isenções parciais e gratuidades – violação da Lei 12.587/2012, art. 9º, inc.

- 100) O item 5.6 demonstra que o Município não pretende cumprir a Lei da Mobilidade Urbana que passou a proibir o subsídio endógeno ou interno entre usuários do transporte público. Ao manter o sistema atual e não manifestar o propósito de corrigi-lo, o Edital fere a disposição do art. 9º, inc. 5º, segundo o qual o subsídio deverá ser coberto por **receitas extratarifárias:**

§ 5º Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o déficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais **provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte**, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

- 101) No momento em que o Edital mantém as atuais isenções parciais e gratuidades, está confessando que deve praticar subsídio coberto pela receita tarifária, mantendo o iníquo regime atual que faz alguns usuários pagarem pelos que não pagam. Mas, para isso, o Edital deveria dizer que o Município iria propor projeto de lei para gerar recursos para cobrir o custo do transporte das pessoas beneficiárias.

XIII. Falta de incentivo ao transporte público e gratuidades sem fonte de custeio

- 102) A Lei de Mobilidade Urbana, já citada, assim reza:

"Art. 6º **A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes:**

I - integração com a política de desenvolvimento urbano e respectivas políticas setoriais de habitação,

saneamento básico, planejamento e gestão do uso do solo no âmbito dos entes federativos;

II - **prioridade** dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e **dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado;**

103) É compulsória, inclusive, a criação de um Plano de Mobilidade Urbana, *verbis*:

"Art. 24. O Plano de Mobilidade Urbana é o instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana e deverá contemplar os princípios, os objetivos e as diretrizes desta Lei, bem como:

I - **os serviços de transporte público coletivo;**

II - a circulação viária;

III - as infraestruturas do sistema de mobilidade urbana;

IV - a acessibilidade para pessoas com deficiência e restrição de mobilidade;

V - a integração dos modos de transporte público e destes com os privados e os não motorizados;

VI - a operação e o disciplinamento do transporte de carga na infraestrutura viária;

VII - os polos geradores de viagens;

VIII - as áreas de estacionamentos públicos e privados, gratuitos ou onerosos;

IX - as áreas e horários de acesso e circulação restrita ou controlada;

X - **os mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo e da infraestrutura de mobilidade urbana;** e

XI - a sistemática de avaliação, revisão e atualização periódica do Plano de Mobilidade Urbana em prazo não superior a 10 (dez) anos.

§ 1º Em Municípios acima de 20.000 (vinte mil) habitantes e em todos os demais obrigados, na forma da lei, à elaboração do plano diretor, **deverá ser elaborado o Plano de Mobilidade Urbana,** integrado e compatível com os respectivos planos diretores ou neles inserido.

§ 2º Nos Municípios sem sistema de transporte público coletivo ou individual, o Plano de Mobilidade Urbana deverá ter o foco no transporte não motorizado e no planejamento da infraestrutura urbana destinada aos deslocamentos a pé e por bicicleta, de acordo com a legislação vigente.

§ 3º **O Plano de Mobilidade Urbana deverá ser integrado ao plano diretor municipal, existente ou em elaboração, no prazo máximo de 3 (três) anos da vigência desta Lei.**

§ 4º Os Municípios que não tenham elaborado o Plano de Mobilidade Urbana na data de promulgação desta Lei terão o prazo máximo de 3 (três) anos de sua vigência para elaborá-lo. Findo o prazo, **ficam impedidos de receber recursos orçamentários federais** destinados à mobilidade urbana até que atendam à exigência desta Lei."

- 104) A Lei é clara ao conceder 3 anos para confecção do Plano de Mobilidade Urbana, o que já encerrou em janeiro de 2015, impedindo, até mesmo, os municípios inadimplentes – como Pelotas - a ter acesso a recursos orçamentários federais.
- 105) Tal Plano de Mobilidade Urbana deveria preceder o processo licitatório, sob pena de inviabilizar sua futura implantação ou descaracterizar o objeto desta licitação, mas ao que se sabe ele ainda está em gestação, como noticiado pela Prefeitura:


08/04/2015 Reunión entre Sgmu e Embarq discute Plano de Mobilidade Urbana

Notícias :: Prefeitura Municipal de Pelotas

17 Ago 2014 14:37 - Redação(s): Julia Regeneraldi

Reunión entre Sgmu e Embarq discute Plano de Mobilidade Urbana

Atualizada às 16h.



A secretária de Gestão da Cidade e Mobilidade Urbana (Sgmu), Joseane Almeida, esteve reunida, na tarde desta quinta-feira (15/8/2014), com participantes do Observatório da Mobilidade Urbana e representantes da EMBARQ Brasil. A primeira reunião, após ser firmado o termo de cooperação com a associação, serviu para revisar o que foi elaborado no seminário "Do PAC ao Plano de Mobilidade Urbana de Pelotas", o evento que ocorreu em 2013 e reuniu técnicos ligados a esta área durante dois dias em Pelotas foi o passo inicial para delinear o Plano de Mobilidade Urbana.

Segundo Joseane, a Embarq também acrescentará ações ao plano após pesquisas que serão feitas periodicamente com a população para que digam o que deve conter - a última realizada no município foi em 1890. "O Plano de Mobilidade Urbana será executado a longo prazo, porém, não ficará vulnerável a troca de gestão devido ao envolvimento da comunidade através de pesquisas e dados", destacou a secretária. A gestora também adiantou que o projeto será feito com prioridade no uso do transporte público e da bicicleta.

A Sgmu já vem desenvolvendo diversas ações dentro da lógica do Plano de Mobilidade Urbana como o PAC Mobilidade, a licitação do transporte coletivo e a criação de ciclofaixas nas avenidas da cidade. Neste ano, a semana da Mobilidade Urbana ocorre de 18 a 25 de setembro.

XIV. Pedido

- 106) Pelo exposto, diante da necessidade ajustar o Edital às regras da Lei nº 8987/95 e, subsidiariamente, as da Lei nº 8.666/93, bem como a Lei Municipal nº 5.854/11, requer digno-se Vossa Senhoria, **no prazo legal**, de:
- a) Suspender o ato aprazado para 29 de outubro, a fim de ouvir previamente o Conselho Municipal de Transportes, como ordena a Lei

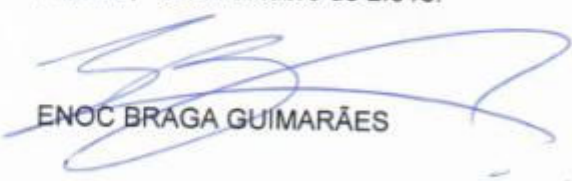
Norte Rebelo Advogados Associados S/S

Registro OAB-RS nº 1.578

- 5.854, art. 3º, § único⁷, remetendo a este a **íntegra** do Edital, até hoje incompleto;
- b) acolher a presente impugnação, que tem o intuito de aprimorar o certame licitatório, determinando o cancelamento da Concorrência Pública nº 001/2015, a fim de corrigir o Edital para depois republicá-lo, **inclusive com o ANEXO IV**;
 - c) como medida prévia ao lançamento do novo Edital, concluir o procedimento de liquidação dos atuais contratos de concessão, nos termos da Lei nº 8.987/95, art. 35 e art. 42, este com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.445/2007, transformando a licitação em licitação onerosa;
 - d) conferido o valor da indenização já apurada e reconhecida, nos moldes do item anterior, permitir que as concessionárias, nos termos do art. 33 da Lei 5.854, possam compensar o crédito resultante para fins de pagamento do valor da outorga, ou receber a justa indenização com o valor arrecadado pelo pagamento feito por outros licitantes, como forma de proteger o erário.
 - e) caso não acolhida tal impugnação, submetê-la à autoridade superior;
 - f) determinar a republicação do édito, com **todos os seus anexos**, pelo mesmo prazo do ora impugnado, fixando nova data para a licitação.

Termos em que esperam deferimento.

Pelotas, 15 de outubro de 2015.


ENOC BRAGA GUIMARÃES

⁷ O art. 3º, parágrafo único, da Lei 5.854, estabelece, relativamente ao Conselho Municipal de Trânsito e Transporte: "As decisões do referido órgão gestor municipal deverão ser precedidas de parecer do Conselho Municipal de Trânsito e Transporte, dentro de suas atribuições de assessoramento ao Poder Executivo e como forma de garantir o processo democrático na gestão do transporte público em Pelotas".

REFERENTE AO PROCESSO N.º MEM011609/2015 – Concorrência n.º 09/2015

ASSUNTO: Licitação para “Concessão do Transporte Público”, no Município de Pelotas/RS

RESPOSTA - IMPUGNAÇÃO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 09/2015

ENOC BRAGA GUIMARÃES, apresentou em 15 de outubro de 2015, às 15h15min, na condição de cidadão, IMPUGNAÇÃO ao Edital de Concorrência n.º 09/2015, com fundamento no § 1º do art. 41 da Lei 8666/93, em razão de duas questões preliminares:

- a) Publicação incompleta de Edital: atas notariais anexas
- b) Falta de pronunciamento do Conselho Municipal de Transportes: ata da sessão de 7 de outubro de 2015.

ALEGAÇÕES

As alegações apresentadas referem-se a violação aos dispositivos legais contidos nas Lei Municipal 5.854/2011, Lei Federal 8.987/95, Lei Federal 8.666/93, Lei Municipal 12. 587/2012 e contra o conteúdo de vários itens do Edital.

Ao final requer se digne:

- Suspender o ato aprazado para 29 de outubro, a fim de ouvir previamente o Conselho Municipal de Transportes, como ordena a Lei 5.854/2011, art.3º, § único, remetendo a este a íntegra do edital, até hoje incompleto;
- acolher a presente impugnação que tem o intuito de aprimorar o certame licitatório, determinando o cancelamento da Concorrência

[Handwritten signatures and initials in blue ink]

Pública nº 009/2015 a fim de corrigir o Edital para depois republicá-lo, inclusive com o **ANEXO IV**;

- como medida prévia ao lançamento do novo Edital, concluir o procedimento de liquidação dos atuais contratos de concessão, nos termos da Lei nº 8.987/95, art.35 e 42, este com as alterações introduzidas pela Lei 11.445/2007, transformando a licitação em licitação onerosa;
- conferido o valor da indenização já apurada e reconhecida, nos moldes do item anterior, permitindo que as concessionárias, nos termos do art. 33 da Lei 5.854, possam compensar o crédito resultante para fins de pagamento do valor da outorga, ou receber a justa indenização com o valor arrecadado pelo pagamento feito por outros licitantes, como forma de proteger o erário;
- caso não acolhida tal impugnação, submetê-la à autoridade superior;
- determinar a republicação do édito, com todos os seus anexos, pelo mesmo prazo do ora impugnado, fixando nova data para a licitação.

CONSIDERAÇÕES

Feito o breve relato, sendo a impugnação tempestiva, prossegue-se a análise das razões apresentadas pelo impugnante e dos termos do Edital, pela Comissão Especial de Licitações, que por seu Presidente e membros, no uso de suas atribuições legais, com a contribuição do Sr. Paulo Osório que respondeu as questões de cunho técnico, sendo estas: I.2, III.2, III.3, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII e XIII, vem prestar as informações necessárias.

I 1. Publicação incompleta do Edital (Lei 8.666/93, art.21, § 4º)-

Por um problema de ordem técnica a publicação no site do Município de Pelotas dos arquivos referentes aos anexos do Edital em comento ficou incompleta. Será necessária a republicação com alteração da data da abertura da licitação.

I 2. Obrigatoriedade da audiência do CMT

No que tange ao Parecer do Conselho, o Município cumpriu com o que determina a Lei 4.860/2002, ou seja, encaminhou a este Órgão solicitação para que

emitisse tal parecer, porém, cabe mencionar que no artigo 7º da já citada Lei, existe um prazo para ser respeitado, e este não foi.

Assim, até a presente, o Conselho não se manifestou. O que no entendimento da Administração representa que ele abdicou do direito de opinar sobre o processo, e a Administração, em defesa do interesse público assumiu a iniciativa de dar início ao processo licitatório, sendo consenso de que a não emissão do Parecer do Conselho é uma forma de decidir.

II. Violação do art. 5º da Lei 8.987/95

Não procede a alegação uma vez que foi publicado, previamente ao Edital, Ato do Prefeito justificando a conveniência da outorga de concessão, conforme exige o artigo referido.

III. Violação da Lei Municipal 5.854/2011 – lei de regência do Edital

A Lei Municipal nº 5.854/2011, claramente, possui dispositivos que não se sustentam frente às determinações das leis federais que regem a matéria.

O papel do Administrador Público, visando o bem comum, o interesse público e o bem a ser administrado, é, com certeza, determinar a não aplicação de regra em dissonância com a Constituição Federal ou às leis hierarquicamente superiores.

III.1 – Violação do art. 31 da Lei 5.854

O conteúdo da referida norma foi previsto integralmente no Edital CC 01/2012 – Concessão do Serviço Público de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Município de Pelotas que veio a ser apontado, Representação n. 002/2012 do Ministério Público de Contas, e alvo de decisão liminar nos autos do Processo n. 1962-02.00/12-0 do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul determinando a suspensão da citada Concorrência até que a Corte de Contas se pronunciasse definitivamente sobre a matéria.

Dentre as irregularidades apontadas constava a “Absorção da mão-de-obra atual” que, segundo o MPC: *“Mostra-se despropositada, também, a exigência de assunção da mão-de-obra das atuais prestadoras de serviços pela licitante vencedora.”* (...) *“está-se diante de condição não passível de ser imposta aos licitantes, eis que desarrazoada e sem base legal, pois a Lei das Licitações assim não refere ao elencar quais documentos devem fazer parte para as empresas se habilitarem...”*

Como apontou a Corte de Contas só podem ser feitas exigências para a habilitação dos licitantes que estejam previstas na Lei 8666/93, em seus artigos 28 à 31.

Nos conteúdos referidos em momento algum encontramos a possibilidade de

ser exigido que, na prestação de serviços, a licitante vencedora deva contratar empregados determinados pelo Edital.

Da mesma forma nenhuma referência à matéria encontramos na Lei Nº 8.987/1995 que dispõe sobre o regime de concessão da prestação de serviços públicos.

A Ação Cautelar n.1962-02.00/12-0 foi julgada procedente pela Corte de Contas, apontando inúmeras irregularidades no corpo do Edital, sendo que o Prefeito veio anular a CC 01/2012.

Atualmente, através de novo procedimento licitatório, esta Comissão Especial elaborou o Edital CC 01/2015 corrigindo todos os itens apontados como irregulares pelo Tribunal de Contas do Estado e pelo Ministério Público.

Quanto ao conteúdo da norma do Art. 31 da Lei nº 5.854/2011 que determina que o edital de licitação estabelece que a licitante vencedora deverá manter em seu quadro funcional todos os trabalhadores já vinculados ao Sistema de Transporte Coletivo Urbano, existe pronunciamento do Chefe do Poder Executivo de Pelotas, através do OFÍCIO GAB – 0154/2015, encaminhado à Câmara de Vereadores, posicionando-se quanto a inaplicabilidade de tal preceito por manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade.

Mais, ainda, quando determina a estabilidade de dois anos para os atuais trabalhadores que deveriam ser admitidos pela empresa vencedora da concessão, matéria de competência da União, prerrogativa da Consolidação das leis do Trabalho que não prevê tal situação.

Entendemos estar plenamente justificada a ausência da exigência no Edital de que a empresa ou consórcio vencedor da licitação do Transporte Coletivo no Município de Pelotas deva ser obrigada a manter em seu quadro funcional todos os trabalhadores atuais vinculados ao Sistema de Transporte Público.

III.2- Violação dos inc. I a V do art. 33 – supressão das indenizações e lesão ao erário, III.3- Violação do art. 42 da Lei 8.987 e lesão ao erário e IV- Esclarecimentos do Município de Pelotas ao TCE

Em Representação do Ministério Público de Contas ao edital de 2012 foi apontado, o item indenização aos prestadores do serviço, como irregular. Foi questionada a legalidade da medida e, sendo admitida como possível, deveria fazer parte de processo independente mas não como exigência do edital e, muito menos, como uma obrigação a ser suportada pela licitante vencedora. Ainda, conforme preceitua item 9.12 do edital: *Eventuais indenizações em favor das empresas que atualmente operam o Transporte Coletivo, se cabível, serão apuradas caso a caso em procedimento próprio.*

V- Tarifa Estudantil

O item 5.6.1 do edital trata da concessão de novos benefícios, o que não se aplica ao benefício dado aos estudantes de Pelotas, uma vez que é o mais antigo benefício concedido no transporte coletivo do Município.

Quanto ao desconto de 60%, este já é praticado desde 2013, estando os seus custos já absorvidos pelo sistema.

VI- Valor Estimativo da Contratação

O valor do contrato foi determinado a partir de estudo técnico que buscou determinar o investimento necessário para adequada prestação do serviço e é parte integrante do processo administrativo que deu origem a este edital, podendo ser acessado pelos interessados através do site, e na sede da UGP através do processo físico.

VII- Projeto Básico dos Serviços

O Projeto Básico apresenta as informações necessárias e suficientes para que as empresas interessadas na prestação do serviço possam elaborar suas propostas. Dele fazem parte os itinerários, tabelas de horários, dados estatísticos de passageiros transportados, passageiros pagantes, quilometragem média mensal, entre outras informações, além da possibilidade da empresa buscar novos esclarecimentos junto à Comissão Especial de Licitações ou por ocasião da visita técnica obrigatória.

Portanto, restou a empresa apenas os estudos inerentes a elaboração da proposta.

VIII- Violação do art. 30, II, §1º e 6º da Lei 8.666/93 – acerca da qualificação técnica.

No item 14.4.1.1 do edital é clara a exigência de atestado(s) que comprovem a prestação de serviço urbano ou interurbano com frota vinculada ao serviço de, no mínimo, 70 (setenta) veículos.

IX- Garantia de execução contratual

A exigência de garantia de contrato, prevista na Lei de Licitações, tem por objetivo complementar a qualificação econômica do licitante.

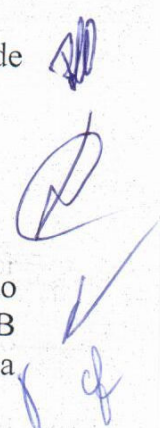
Como se trata de contrato de 15 anos, podendo chegar até 25 anos, entende o administrador público que a análise dos balanços patrimoniais no momento da licitação não são suficientes para garantir a fiel execução de um contrato de tão longa duração.

X- Sanções Unilaterais

Diferente do que alega o impugnante, as sanções de cunho operacional e de qualidade do serviço estão previstas no edital e seus anexos.

XI- Multas de caráter confiscatório

Diferente do que alega o impugnante, as sanções de cunho operacional estão descritas no Anexo III – Regulamento Operacional e no caso citado, código B – 02 “- atrasar ou adiantar horário sem motivo justificado” estaria sujeito a uma



multa de 20 Unidades de Referência do Município, algo da ordem de R\$ 1.800,00, bem diferente dos R\$ 76.000, alegados.

XII- Isenções parciais e gratuidades – violação da Lei 12.587/2012, art. 9º

O edital de licitação ora proposto em momento algum afronta a Lei da Mobilidade, Lei Federal 12.587/2012.

Segundo a Lei Federal o subsídio é fruto da defasagem entre a tarifa pública e a tarifa de remuneração da prestação do serviço. Como no caso em questão a tarifa pública é igual a tarifa de remuneração, não há porque falar em subsídio.

Lei 12.587/2012

Art. 9º O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.

...

§ 5º Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o déficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

XIII- Falta de incentivo ao transporte público e gratuidades sem fonte de custeio

Diferente do que alega o impugnante, a administração municipal vem desenvolvendo uma série de projetos no sentido de incentivar o transporte coletivo, seja na melhoria da infra-estrutura viária, através da pavimentação de vias e a construção de corredores exclusivos ou prioritários, seja na melhoria do mobiliário urbano, através da implantação de abrigos.

Também é evidente que a redução da idade dos veículos, a implantação integração temporal, o monitoramento dos veículos por GPS, a tarifa de mesmo valor em todas as linhas, a implantação de câmeras de vídeo nos veículos, entre outras melhorias decorrentes do processo de licitação contribuirão em muito para melhoria da experiência de utilização do transporte coletivo e no incremento do número de usuários.


No que se refere às gratuidades, cabe esclarecer que o processo licitatório não cria nenhuma nova gratuidade, limitando-se a manter aquelas praticadas de longa data no município de Pelotas.

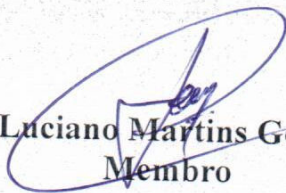
DA DECISÃO


Diante do Exposto, esta Comissão Especial de Licitações julga PROCEDENTE EM PARTE a impugnação interposta por: ENOC BRAGA GUIMARÃES- devendo ser republicado o Edital e anexos, sendo mantidas as condições e exigências descritas no instrumento editalício, com alteração da data de recebimento de envelopes de habilitação e proposta.


Pelotas, 20 de outubro de 2015.

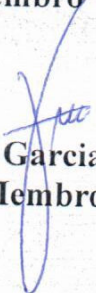
Comissão Especial de Licitações


Roberto dos Santos Ramalho
Presidente


Luciano Martins Gomes
Membro


Paulo Osório


Camila Farias Ferreira
Membro


Kaiser Garcia Fontoura
Membro

