

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE
LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE RIO GRANDE/RS**

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 008/2016

VIAÇÃO NOIVA DO MAR LTDA., sociedade empresária, com sede na Rua Jockey Club, nº 338, em Rio Grande/RS, inscrita no CNPJ sob o nº 87.746.913/0001-30, na condição de natural licitante, por ser uma das atuais prestadoras do serviço público de transporte coletivo urbano, com fulcro no art. 41, §2º, da Lei 8666/93, e **EDUARDO PALERMO DE FIGUEIREDO FREITAS**, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço profissional na Rua Jockey Club, nº 338, em Rio Grande/RS, em Rio Grande/RS, na condição de cidadão, Título de Eleitor nº 070034230400, quite com suas obrigações eleitorais, conforme certidão em anexo, com fulcro no art. 41, §1º, da Lei 8666/93, apresentam

IMPUGNAÇÃO / ESCLARECIMENTOS

aos termos do Edital de Concorrência citado, com o intuito de contribuir para o aprimoramento do certame licitatório e permitir que se escolha o melhor prestador para este serviço público tão essencial para a população, nos termos que seguem.

I. Legitimidade ativa

- 1) A Requerente é natural interessada na concorrência em questão, por ser uma das atuais prestadoras do serviço público de transporte coletivo urbano,

Recebido em 06.10.16
às 17h e 20min.
Beatriz Cecchi
Gabinete de Compras, Licitações e Contratos

executando suas tarefas com qualidade, há muitos anos. Já o impugnante Eduardo é cidadão de Rio Grande, tendo interesse em aprimorar o processo licitatório.

II. Violação do princípio da isonomia – não foi devolvida a outorga já paga nem tomada qualquer providência para cumprir as determinações do art. 28, do Decreto Municipal nº 12.598/2014

- 2) A impugnante Noiva do Mar é a empresa líder do Consórcio Rio Grande, vencedora da licitação anterior promovida pelo Município, Concorrência Pública 004/2011, tendo pago R\$5.000.000,00 a título de outorga, em 12 de setembro de 2011. Este valor, apenas corrigido monetariamente pelo INPC, sem quaisquer juros, já remonta R\$ 7.160.319,00.
- 3) Além disso, foram realizados vultosos investimentos para prestar todo o serviço, tudo ainda em fase de amortização, uma vez que o contrato de concessão não chegou na metade do período original, sem sequer contar com a justa expectativa de prorrogação.
- 4) O Município de Rio Grande não restituiu o valor de outorga e não ressarciu os investimentos, descumprindo o seu próprio Decreto Municipal nº 12.598/2014, que transformou a concessão em permissão pelo prazo de 12 meses [art. 25], que se encerraria, em princípio, em 17 de fevereiro de 2015, anunciando a apuração da indenização para o final do período [art. 28], *verbis*:

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III Das Disposições Finais e Transitórias</p> <p>Art. 25 Fica delegado o serviço de transporte coletivo ao Consórcio Rio Grande, em regime de Permissão, por período de 12 (doze) meses.</p> <p>Parágrafo único: O prazo estipulado no caput será necessário para a elaboração do novo modelo de gestão e operação do sistema de transporte coletivo de passageiros, bem como para a construção dos instrumentos necessários ao novo processo licitatório.</p> <p>Art. 26 A Secretaria Municipal de Mobilidade Urbana e Acessibilidade – SMMUA deverá adotar os procedimentos administrativos necessários para adequar os serviços de transporte coletivo realizados pelas atuais concessionárias e permissionárias às condições previstas neste decreto, bem como para a elaboração da nova licitação.</p> <p>Parágrafo único: Na execução das tarefas designadas no caput a SMMUA poderá requisitar o auxílio do Departamento Autárquico de Transportes Coletivos – DATC.</p>

Art. 27 A SMMUA terá o prazo de 360 (trezentos e sessentas) dias para organizar e propor regramento do funcionamento da Câmara de Compensação Tarifária.

Art. 28 O cálculo da eventual indenização por bens reversíveis e investimentos, nos termos do art. 42, § 3º, I, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, e eventual devolução de saldo da outorga, será realizado ao final do prazo da Permissão.

Parágrafo único: Na contabilização dos valores previstos no caput, também será considerado o período em que o Consórcio atuou em regime de permissão.

Art. 29 Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Rio Grande, 18 de fevereiro de 2014.

- 5) Ao invés disso, em 2015, foi editado o novo dispositivo, o Decreto nº 13.541/2015, prorrogando o prazo da "permissão provisória" por 24 meses – podendo ser, em verdade, indefinido -, como segue:



Estado do Rio Grande do Sul

PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO GRANDE

GABINETE DO PREFEITO

DECRETO Nº 13.541 DE 09 DE SETEMBRO DE 2015

ALTERA A REDAÇÃO DO
25 DO DECRETO Nº.
12.598/2014.

O PREFEITO MUNICIPAL DO RIO GRANDE, no uso das atribuições que lhe confere o Art. 51, VI da Lei Orgânica do Município,

DECRETA:

Art. 1º O art. 25 do Decreto 12.598, de 18 de fevereiro de 2014, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 25 Fica delegado o serviço de transporte coletivo convencional do Município do Rio Grande ao Consórcio Rio Grande, em regime de permissão, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

§ 1º - A permissão delegada no ‘caput’ deste artigo tem caráter precário e sem direito de exclusividade dos permissionários.

§ 2º - O prazo estipulado no caput será abreviado ou prorrogado automaticamente caso seja concluída a nova contratação mediante processo licitatório, a ponto de entrar operação, antes ou depois do termo final da mesma delegação.”

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Rio Grande, 09 de setembro de 2015.

- 6) Este novo Decreto deixou em aberto o prazo de permissão, o que é inconstitucional, pois a permissão de serviço público tem caráter contratual, nos

termos da Constituição Federal [art. 175], não podendo ficar sem término fixado. Até mesmo porque não pode a Requerente ser coagida a ficar, eternamente, tendo o "ônus" de cumprir as exigências do contrato de concessão sem qualquer "bônus", ou seja, sem os direitos correspondentes.

- 7) De qualquer forma, supondo-se que a licitação realmente ocorra nos próximos dias, a "permissão" estaria por terminar e ainda não foram iniciados quaisquer procedimentos para apurar os valores a serem restituídos, o que demonstra uma contradição com a norma do artigo 28 do Decreto nº 12.598/2014, que ainda está em pleno vigor.
- 8) Evidentemente, a descapitalização da Requerente por estes relevantes desembolsos realizados para atender ao contrato anterior, coloca-a em uma posição de inferioridade em relação a qualquer outro licitante, o que fere o princípio constitucional e legal da isonomia, positivados nos artigos que seguem:

Constituição Federal:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Lei das Licitações:

"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

- 9) Assim, deve ser imediatamente resolvida esta pendência, sendo efetivamente liquidado o contrato anterior, como estava previsto no art. 28 do Decreto Municipal acima citado, restituindo-se à Requerente o valor da outorga e demais investimentos ainda não amortizados.

- 10) Alerta-se, ainda, estar a anulação da concorrência anterior em análise no Judiciário, mas mesmo se confirmada, a Lei de Licitações não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado:

"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."

- 11) No proc. TCE n. 003925-02.00/14-2 de que foi relator o Conselheiro Pedro Henrique Poli de Figueiredo, em 1º, de setembro de 2014, relativo à licitação de Porto Alegre, o Eminent Relator observou que o impacto orçamentário e financeiro de providências desse teor deve ser previsto antes da licitação e a indenização efetuada por ocasião da extinção do contrato, neste caso, anulado em 3 de abril de 2014. Diz o voto em apreço, com apoio na Lei de Responsabilidade Fiscal:

"Assim, como decorrência da Lei Complementar n. 101/00, é necessária a estimativa do impacto orçamentário e financeiro e a declaração do ordenador de despesa de que a despesa é compatível com os instrumentos normativos do sistema orçamentário. Não há essa estimativa no Edital, o que pode comprometer o Município no futuro. A nova contratação trará como consequência natural o rompimento do vínculo com os atuais operadores do sistema de transporte, o que faz com que a rescisão deva obedecer ao comando do art. 36 da Lei 8.987/95, que impõe seja indenizado o concessionário por ocasião da extinção do contrato."

- 12) E, mais adiante, concluiu o voto do Conselheiro Pedro Henrique:

"Este custo deve ser considerado, sobretudo, em relação aos investimentos realizados com a continuidade e atualidade na prestação do serviço de transporte coletivo, de forma que, ou o Poder Concedente o declara por ocasião do Edital, levando em consideração critérios financeiros, contábeis e patrimoniais, ou impõe ao novo concessionário o dever de arcar com a responsabilidade pelas indenizações cabíveis. Do contrário, estar-se-á trazendo ao Município um déficit incerto para o futuro. Tendo em vista a exiguidade do prazo para a publicação do Edital, propõe-se que esta indenização seja expressamente prevista no Edital, como obrigação do futuro concessionário. É possível, neste particular, um acréscimo na tarifa estimada [propõe-se em torno de 5%], como contingenciamento para o pagamento de possível indenização."

- 13) No caso, o próprio Município estabeleceu que o faria ao termo do prazo de doze meses [Decreto. 12.598/2014, art. 25 c/c/ art. 28], mas não o fez, republicando, agora, o Edital sem cumprir várias determinações legais e criando um passivo deliberado para a administração pública.

- 14) Evidentemente a prudência recomendaria que este Edital aguardasse a decisão da ação judicial referida, mas já que a Administração resolveu lançá-lo, pelo menos deveria cumprir o que dispôs em seu próprio Decreto, liquidando o contrato anterior previamente ao lançamento desta concorrência, para que a Impugnante possa participar em igualdade de condições com o demais licitantes.
- 15) Nesta nova licitação, pelo menos tinha de ser assegurado à Requerente, na hipótese de não devolução do valor de outorga antes da abertura dos envelopes, o direito a utilizar o crédito líquido e certo contra o poder público como lance na nova concorrência. O que não é admissível é o fato de que a Requerente, mesmo tendo um crédito significativo, tenha de pagar por nova outorga.

III. Inadequação da forma de estimar o valor do contrato com a consequente fixação de valores exorbitantes de garantias e multas

- 16) A Lei de Licitações vincula o valor de garantia de proposta e de execução ao valor do contrato de concessão, como segue:

Garantia da proposta

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação."

Garantia da execução

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

(...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo."

- 17) Ocorre que a fixação do valor estimado do contrato é bastante simples quando se trata de aquisição de produtos e serviços pela Administração, pois nestes casos o valor estimado do contrato é simplesmente aquele a ser pago ao vencedor da licitação.
- 18) Já quando se trata de licitação para selecionar empresa para delegar prestação de serviço público a questão envolve certa complexidade, pois não há

pagamento feito pela Administração ao licitante vencedor. A remuneração da empresa corresponde a uma pequena fração do valor da tarifa pública paga pelo usuário.

- 19) Assim, no caso de contratos de concessão, utilizando-se o valor da tarifa bruta paga pelo usuário, multiplicada pelo número de passageiros a serem transportados durante toda a vigência da delegação para estimar o suposto valor da contratação, produz-se um número demasiadamente elevado e irreal.
- 20) No Edital anterior, havia sido justamente este critério, equivocado, que fora adotado para estimar o valor do contrato. No atual, não há uma explicação de como foram obtidos os valores para cada lote, *infra*:

III - DO VALOR DO CONTRATO DE CONCESSÃO

3.1 - O valor estimado da concessão é de **R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais)** para o Lote 01 (Bacia Operacional Sul) e **R\$ 180.000.000,00 (cento e oitenta milhões de reais)** para o Lote 02 (Bacia Operacional Oeste), considerada a projeção do produto da tarifa de remuneração máxima estimada pela respectiva demanda estimada para cada Lote pelo prazo da concessão de 10 anos (120 meses) conforme demonstrado na memória de cálculo constante do Anexo VII - Estudo da Viabilidade Econômica do Contrato de Concessão.

- 21) O Edital faz referência que a demonstração destes valores estão no Anexo VII, mas se verifica uma grande discrepância entre os dois, como se constata abaixo:

PROJEÇÃO DE VIABILIDADE ECONÔMICA - BACIA SUL						
RECEITAS		Pass.Equiv. Mensal	Total Receita Mês			
		640.512				
Tarifa		R\$3,313	R\$2.122.221,66			
DESPESAS		Km Mensal	Custo Mensal			
		464.076				
Custo Km Total		R\$4,573	R\$2.122.221,66			
PERÍODO	TARIFA	Reajuste(1)	RECEITA	Variação	DESPESA S/ REMUN.	REMUNERAÇÃO (2)
ANO 01	R\$3,31		R\$25.466.659,97		R\$24.167.701	R\$1.298.958,61
ANO 02	R\$3,61	9,00%	R\$27.758.659,36	9,00%	R\$26.342.794	R\$1.415.864,88
ANO 03	R\$3,94	9,00%	R\$30.256.938,71	9,00%	R\$28.713.646	R\$1.543.292,72
ANO 04	R\$4,29	9,00%	R\$32.980.063,19	9,00%	R\$31.297.874	R\$1.682.189,07
ANO 05	R\$4,68	9,00%	R\$35.948.268,88	9,00%	R\$34.114.683	R\$1.833.586,08
ANO 06	R\$5,10	9,00%	R\$39.183.613,07	9,00%	R\$37.185.004	R\$1.998.608,83
ANO 07	R\$5,56	9,00%	R\$42.710.138,25	9,00%	R\$40.531.655	R\$2.178.483,63
ANO 08	R\$6,06	9,00%	R\$46.554.050,69	9,00%	R\$44.179.503	R\$2.374.547,15
ANO 09	R\$6,60	9,00%	R\$50.743.915,26	9,00%	R\$48.155.659	R\$2.588.256,39
ANO 10	R\$7,20	9,00%	R\$55.310.867,63	9,00%	R\$52.489.668	R\$2.821.199,47
TOTAL			R\$ 386.913.175,00		R\$367.178.187	R\$19.734.986,83

(1) Média anual do INPC/IBGE + Reserva reajuste dissídio
(2) Remuneração do Capital dividido pelo IPK e multiplicado pelo PEquiv.

PROJEÇÃO DE VIABILIDADE ECONÔMICA - BACIA OESTE							
RECEITAS	Pass.Equiv. Mensal	Total Receita Mês					
	458.233						
Tarifa	R\$3,318	R\$1.520.416,31					
DESPESAS	Km Mensal	Custo Mensal					
	230.766						
Custo KM Total	R\$6,588	R\$1.520.416,31					
PERÍODO	TARIFA	Reajuste (1)	RECEITA	Variação	DESPESA S/ REMUN	REMUNERAÇÃO (2)	DESPESA TOTAL
ANO 01	R\$3,32		R\$18.244.995,74		R\$17.183.728,64	R\$1.061.267,08	R\$18.244.995,72
ANO 02	R\$3,62	9,00%	R\$19.887.045,36	9,00%	R\$18.730.264,22	R\$1.156.781,12	R\$19.887.045,33
ANO 03	R\$3,94	9,00%	R\$21.676.879,44	9,00%	R\$20.415.987,99	R\$1.260.891,42	R\$21.676.879,41
ANO 04	R\$4,30	9,00%	R\$23.627.798,59	9,00%	R\$22.253.426,91	R\$1.374.371,65	R\$23.627.798,56
ANO 05	R\$4,68	9,00%	R\$25.754.300,47	9,00%	R\$24.256.235,34	R\$1.498.065,10	R\$25.754.300,43
ANO 06	R\$5,11	9,00%	R\$28.072.187,51	9,00%	R\$26.439.296,52	R\$1.632.890,96	R\$28.072.187,47
ANO 07	R\$5,56	9,00%	R\$30.598.684,38	9,00%	R\$28.818.833,20	R\$1.779.851,14	R\$30.598.684,34
ANO 08	R\$6,07	9,00%	R\$33.352.565,98	9,00%	R\$31.412.528,19	R\$1.940.037,74	R\$33.352.565,94
ANO 09	R\$6,61	9,00%	R\$36.354.296,92	9,00%	R\$34.239.655,73	R\$2.114.641,14	R\$36.354.296,87
ANO 10	R\$7,21	9,00%	R\$39.626.183,64	9,00%	R\$37.321.224,74	R\$2.304.958,84	R\$39.626.183,59
TOTAL			R\$ 277.194.938,03		R\$ 261.071.181,48	R\$16.123.756,19	R\$ 277.194.937,67
(1) Média anual do INPC/IBGE + mais reserva reajuste Dissídio							
(2) Remuneração do Capital dividido pelo IPK e multiplicado pelo PEquiv.							

22) E como este valor serve de referência para diversos outros temas, como garantias e multas, **a distorção se irradia e contamina toda a contratação**, como será demonstrado no tópico apropriado.

23) Maçã Justen Filho¹, 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 destes autos**, 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).

¹ Justen Filho, Maçã. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 227/8.

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

“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 **equivoco 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, e de R\$ 63 milhões e 750 mil reais, bem diferente, pois, da estimativa de arrecadação.

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

- 25) Logo, a título de **exemplo**, considerando um lote de 63 ônibus – bacia sul –, com bilhetagem, sistema de informação e garagens, ter-se-ia o seguinte valor aproximado de investimento:

- a) Investimento em Frota = 63 ônibus x R\$325.742,00² = R\$20.521.746,00;
- b) Investimento em bilhetagem = 63 ônibus x R\$15.000,00 + sistema de garagem + servidores e software = R\$945.000,00;
- c) Investimento em garagens (terreno com 50% de área edificada) = 72 ônibus x 60 m² x R\$2.000,00 = R\$7.560.000,00;
- d) Valor total do investimento e do contrato de concessão: **R\$29.026.746,00.**

- 26) O primeiro Edital do transporte coletivo urbano de Porto Alegre havia cometido este mesmo equívoco, corrigindo-o nesta última concorrência, de nº 1/2015, por orientação do Tribunal de Contas do Estado – TCE::

2. DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO POR LOTES

2.1 O valor do CONTRATO tem por base os investimentos iniciais estimados pelo PODER CONCEDENTE a ser realizados pelas CONCESSIONÁRIAS em frota, terrenos, edificações, instalações, equipamentos de garagem e veículos de apoio.

² Este é o valor do veículo híbrido que consta na planilha de cálculo tarifário, mas que não é suficiente para adquirir veículos com ar condicionado.

IV. Exigência de garantia de proposta e de execução

- 27) O Edital exige ser prestada garantia de proposta no valor de R\$500.000,00 para cada lote, como segue:

d) Comprovante de prestação de garantia da proposta prevista no inciso III do artigo 31, da Lei Federal 8666/93, e suas alterações, **no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**, através de documento comprobatório fornecido pela Tesouraria da Secretaria Municipal da Fazenda do Município do Rio Grande tendo sido entregue até o terceiro dia útil imediatamente anterior ao da sessão de entrega dos envelopes, para garantia dos procedimentos licitatórios, unicamente.

- 28) Considerando-se a forma correta de estimar o valor do contrato de concessão, este seria de **R\$29.026.746,00**, para a Bacia Sul, como já mencionado, sendo que a garantia de proposta não pode superar 1% da contratação, estando limitada ao valor de **R\$290.267,46**. Existe, assim, uma **violação da Lei de Licitações [art. 31, III], quanto ao valor exigido de garantia da proposta**.

- 29) O Edital **nada** dispõe sobre garantia de execução, mas a minuta de contrato de concessão, **divergentemente**, assim o faz:

Cláusula 17ª

DA GARANTIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

17.1. Visando assegurar o cumprimento das obrigações contratuais ao longo da vigência do Contrato de Concessão, dentro do prazo de 07(sete) dias, contados da data da publicação convocatória para assinatura do CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA prestará garantia equivalente de R\$ 500.000,00(quinhentos mil reais) preferencialmente em moeda corrente do país, depositada em conta especial vinculada, ou nos termos da Lei de Licitações, cujo saldo será restituído ao final do CONTRATO, com os respectivos rendimentos capitalizados, deduzidos os impostos, taxas e multas impostas durante a realização do mesmo.

- 30) A título de comentário, no Edital anterior havia obrigatoriedade de que a garantia fosse prestada em dinheiro, o que é ilegal, sendo que neste foi inserida a expressão "preferencialmente" em moeda corrente. Não foi corrigido, ainda, o fato de o Edital **não** referir absolutamente nada sobre a garantia de execução, que segue apenas sendo mencionada na minuta do contrato de concessão.
- 31) A concorrência de 2011, vencida pelo Consórcio Rio Grande, exigia garantia de contrato de R\$1.000.000,00, **para um lote único do dobro do tamanho atual**, sendo que o Procurador do Município, no Parecer que fundamentou a anulação daquela licitação, criticou a falta de justificativa desta exacerbada exigência:

X – EXIGÊNCIA DE GARANTIA SEM ESTUDO TÉCNICO QUE JUSTIFIQUE SEU VALOR

119. A exigência de garantia prévia em licitações é facultada à administração como critério de habilitação econômica (art. 31, III, da Lei 8.666/1993).

120. Entretanto, tal exigência, com o fito de evitar a restrição do caráter competitivo da licitação, deve ser amparada em estudos de natureza técnico e científico para a justificação, especialmente na identificação clara e objetiva do valor estimado do objeto.

121. Novamente não vislumbramos tais estudos, o que torna o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) previsto no Edital passível de contestação. A ausência de motivação na nulidade da exigência. Como a exigência foi afastada da licitação no despacho de fl. 141, entendemos o cálculo neste ponto específico como prejudicado.

- 32) Ora, não consta neste novo Edital qualquer estudo sobre o critério de fixação desta garantia, razão pela qual não se entende como houve a aprovação do Procurador, que antes censurara a falta de motivação do ato, que seguiu exatamente o mesmo critério antes adotado, apenas dividindo metade do valor em cada lote.

V. Critério de julgamento inadequado para escolher a proposta mais vantajosa

- 33) O objeto da licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, como determina a Lei de Licitações, *infra*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

- 34) O Edital, entretanto, adota como critério de escolha a combinação de menor tarifa com maior outorga, sem especificar o tipo e a idade da frota a ser utilizada, o que pode levar a escolha da proposta menos vantajosa para a Administração.

- 35) A título de exemplo, analisam-se duas propostas, "A" e "B", com as seguintes ofertas:

	Proposta "A"	Proposta "B"
Outorga	R\$3.000.001,00	R\$3.000.000,00
Tarifa	R\$2,80	R\$2,80
Idade média da frota	5 anos	Zero quilômetro

- 36) Não há dúvida que a proposta "B" é mais vantajosa, pois oferta um Real menos a título de outorga, mas prestará o serviço com uma frota nova. Contraditoriamente, pela regra editalícia, será escolhida a proposta "A".
- 37) Para confirmar a inadequação do critério de pontuação estabelecido, avaliam-se outras duas propostas hipotéticas:

	Proposta "A"	Proposta "B"
Outorga	R\$3.000.000,00	R\$300.000.000,00
Tarifa	R\$2,80	R\$2,81

- 38) A proposta "B" oferece uma tarifa de um centavo maior que a "A", mas em compensação oferece outorga de R\$300.000.000,00 que será revertida a melhorias do sistema de transporte, que permitirá implantar sistema de BRT's em todo o Município de Rio Grande.
- 39) Apesar disso, pelo critério formulado no Edital, contrariando a Lei das Licitações, a escolhida será a proposta "A".

VI. Falta de critério de exequibilidade das propostas

- 40) A Lei das Licitações impõe que serão desclassificadas as propostas inexecutáveis, nos termos abaixo:

"Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação."

- 41) O Edital diz o seguinte:

12

8.1.2. Nos termos do Art. 48, inciso II, da Lei Federal nº 8666/1993 serão desclassificadas as propostas de **tarifa de remuneração dos serviços** manifestamente inexequíveis, assim consideradas aquelas que não observem os dados operacionais constantes do Projeto Básico – Anexos II, III e IV nos termos do **Modelo 09 do Anexo XI**;

- 42) Como se percebe, não há critério objetivo de avaliação da exequibilidade das propostas, pois Edital não dá um valor mínimo aceitável, nem exige a apresentação de um fluxo de caixa para mostrar a viabilidade da tarifa e outorga ofertada.
- 43) Ademais, o Edital diz que o licitante deve cumprir os requisitos do Projeto Básico, nos termos do Modelo 09 Anexo XI, mas este modelo é apenas a oferta de tarifa.

VII. Ilegalidade da “receita pública” em caso de Delegação do Serviço

VII.1. Introdução

- 44) O Edital mantém a regra de que a receita dos serviços concedidos será uma **receita pública** [itens 2.4 a 2.7], que será recolhida aos cofres municipais, tendo o Município até sete dias para repassá-la à concessionária, tudo nos seguintes termos:

2.4. Para garantir a modicidade das tarifas e o equilíbrio econômico e financeiro dos Contratos de Concessão a receita resultante da arrecadação da tarifa pública, antes da apuração da prestação dos serviços efetivamente prestados pelas empresas concessionárias, é considerada Receita Pública e deverá estar à disposição do Poder Concedente em conta específica constituída para tal fim.

2.5. A fim de garantir que a receita auferida pela tarifa pública seja aplicada na forma como estabelece o artigo 9º da Lei Federal 12.587/2012, a organização e a gestão da comercialização das tarifas será realizada pelo Poder Concedente que, para tanto, poderá realizá-la diretamente, delegar à outro órgão público, delegar às empresas concessionárias ou ainda contratar terceiros, neste caso, por meio de procedimento licitatório.

2.6. Considera-se, igualmente, receita pública, as sobras e saldos das receitas auferidas pela tarifa pública e que não forem empregadas no pagamento das empresas concessionárias. Estes saldos, se houverem, deverão ser aplicados integralmente na melhoria e qualificação dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros.

2.7. As empresas concessionárias somente terão direito ao crédito dos valores correspondentes à remuneração dos serviços, após apurada a prestação dos serviços pelo Poder Concedente. Independente da realização da medição dos serviços, os repasses das tarifas de remuneração às concessionárias serão efetivados em período não superiores a 07 (sete) dias da realização dos mesmos.

- 45) Essas cláusulas, além de ilegais, como se verá, desfiguram a própria natureza da concessão, uma vez que a receita de um serviço concedido a pessoa jurídica privada jamais poderá ser classificada como receita pública. Assim, a caracterização da receita privada como pública é uma exigência ilegal. A apropriação da receita ofende, ainda, o princípio da moralidade e o da segurança jurídica.

VII.2. Parecer de José Afonso da Silva

- 46) O novo Edital repete radical alteração nas regras da concessão ao estabelecer, como **pública, a receita privada dos serviços delegados**. Esse entendimento é profundamente equivocado, como se pode aprender de parecer do constitucionalista José Afonso da Silva, dado à SABESP, Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, sociedade de economia mista operadora dos serviços públicos de saneamento naquele Estado [in RDA 146/273].
- 47) As perguntas formuladas ao professor foram as seguintes: A receita da SABESP pode ser classificada como receita pública? As receitas da SABESP devem ser incluídas no orçamento anual do Estado?
- 48) Considerou o eminente professor:

"Receita operacional de uma empresa prestadora de serviço constitui-se com as entradas provenientes da remuneração dos serviços prestados. Assim, se esses serviços são remunerados por via de tarifas, pode-se dizer que a receita operacional bruta coincide com a receita tarifária auferida.

Porque se trata de remuneração de serviço público, tal receita entra no conceito de receita pública?

A resposta só pode ser negativa pelas razões que se expõem em seguida."

Invoca, então, a lição do clássico ALIOMAR BALEEIRO:

"Receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo" [Uma Introdução à Ciência das Finanças, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1.981, p. 116].

Mais adiante, afirmava:

"Só são receitas públicas as entradas orçamentárias [Lei n. 4.320/64, arts. 3º [3], 7º [4]§ 2º e 57 [5]] no erário de uma pessoa jurídica estatal, pois as

³ Art. 3º A Lei de Orçamentos compreenderá todas as receitas, inclusive as de operações de crédito autorizadas em lei. Parágrafo único. Não se consideram para os fins deste artigo as operações de crédito por antecipação da receita, as emissões de papel-moeda e outras entradas compensatórias, no ativo e passivo financeiros.

⁴ Art. 7º A Lei de Orçamento poderá conter autorização ao Executivo para: § 2º O produto estimado de operações de crédito e de alienação de bens imóveis somente se incluirá na receita quando umas e outras forem especificamente autorizadas pelo Poder Legislativo em forma que juridicamente possibilite ao Poder Executivo realizá-las no exercício.

entradas percebidas pelas empresas estatais [sociedades de economia mista e empresas públicas], **mesmo quando prestadoras de serviço público** [que isso não lhe muda a natureza], constituem **receitas privadas dessas pessoas jurídicas de direito privado**. Aliás, como prestadoras de serviço público, tem a natureza de concessionárias de serviço público, consoante já vimos com arrimo no prof. Celso Antônio Bandeira de Mello".

Concluía então:

"Enquanto recursos da tesouraria dela, tais quantias constituem receitas privadas, não receitas públicas. Desse tipo é a receita operacional [receita tarifária] ou qualquer outra, auferida pela SABESP".

- 49) Como consequência desse raciocínio, o Parecer concluía que as receitas tarifárias da concessionária não podem ser incluídas no orçamento anual do Estado por não constituírem receita pública.
- 50) Agrega a Impugnante: mesmo no caso de empresa pública, como a ECT, prestadora de serviço público em caráter de monopólio, a receita dos serviços é privada: **pública será somente a receita dos lucros** da empresa distribuídos ao acionista público.
- 51) Na Revista Controle, do TCE do Ceará, confirma-se a doutrina antes exposta:

"Empresas de água, energia elétrica e telefonia eram de propriedade exclusiva do Estado. Cobravam tarifas. Para alguns, assemelhava-se a preço público. Porém, as receitas provenientes das empresas não se caracterizam como do Estado. Este teria direito apenas ao lucro, quando existisse. Só que muitas vezes o ente público misturou os caixas do Estado com os das Empresas e não respeitou a distinção de personalidade jurídica. Tal quebra do princípio da entidade contribuiu para a confusão no estabelecimento das claras diferenças entre taxa, tarifa e preço público. Com o advento das privatizações e abertura de setores dantes privativos de empresas estatais para concessionárias e permissionárias privadas, torna-se patente a caracterização da tarifa como receita da concessionária de serviços públicos. Revista Controle – Tribunal de Contas do Ceará, fls. 344/5 Delano Carneiro da Cunha Câmara, Especialista em Controle Externo da Administração Pública. Mestre em Direito Constitucional. Professor Universitário de Graduação e Pós-graduação. Auditor TCE/PI.

- 52) Tal cláusula do Edital, finalmente, fere o art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93, porque é um fator que restringe o princípio da competição, pois ninguém certamente desejará que sua receita passe pelos cofres do Governo, **ficando refém** da lisura das administrações públicas dos próximos 10 anos e da sua responsabilidade quanto ao cumprimento de prazos.

⁵ Art. 57. Ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 3º desta lei serão classificadas como receita orçamentária, sob as rubricas próprias, todas as receitas arrecadadas, inclusive as provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no Orçamento.

VII.3. Enriquecimento indevido e confisco

- 53) Essas cláusulas – gestão comercial dos serviços pelo poder concedente, receita das empresas depositadas nos cofres públicos, são disposições inequivocamente inconstitucionais, a começar pela liberdade do exercício do trabalho, ofício ou profissão [CF, art. 5º, XIII], que vem a ser profundamente afetada quando a empresa privada não tem poder sobre a gestão da sua própria receita.
- 54) Ademais, o uso da arrecadação da concessionária por sete dias ou até sete dias, seja qualquer um o número de dias, implica um indisfarçável confisco [CF, art. 5º, XXII e XXIV], v.g., um enriquecimento ilícito do poder público. O dinheiro tem custo – expresso pelas taxas de juros pelo uso da pecúnia alheia. O uso gratuito não passa de uma espécie de “pedalada” e não tem amparo na legislação de direito financeiro.
- 55) Além do mais, num regime inflacionário, depois de sete dias, o repasse já terá perdido a sua equivalência intrínseca e, nesse sentido, passa a ser uma apropriação indébita, pela administração pública, do patrimônio da concessionária, com violação do direito de seu direito de propriedade [CF, art. 5º, XXII e XXIV].
- 56) Sete dias de retenção da receita da concessionária equivale a quase 25% da arrecadação do mês - que sai do seu giro e vai alimentar o caixa do Município – o que, ao contrário do afirmado no Edital – afeta o equilíbrio econômico financeiro da concessão e a modicidade tarifária. A própria autoridade afirma que a arrecadação mensal da Impugnante seria de 4 milhões de reais [DOC. 11, fls. 2, letra b], de modo que a retenção de 7 dias equivale a um 1 milhão de reais por mês, o que torna a empresa inadministrável.

VII.4. Conflito com a Lei municipal 5.602

- 57) Quando a cláusula 2.5. do Edital atribui ao poder concedente a **gestão comercial da arrecadação** está dizendo que a venda de vales-transporte e passes escolares, como ocorre hoje, passa a ser efetuada pelo poder público que poderá delegá-la. No entanto, a Lei 5.602 [DOC.12], no art. 19, é clara ao prescrever que **competete à operadora “emitir, comercializar e controlar passes e vale transporte”** [inc. IV]. Logo, o Edital contraria a lei local ao atribuir a gestão comercial da arrecadação ao poder concedente.

VII.5. Conflito com a Lei 7.418/85

- 58) Já a Lei 7.418/85, que institui o vale-transporte, prescreve que a sua comercialização é **obrigação** da operadora do sistema de transporte, ou seja, no caso de concessão, é a concessionária, *infra*:

Art. 5º - A empresa operadora do sistema de transporte coletivo público **fica obrigada a emitir e a comercializar** o Vale-Transporte, ao preço da tarifa vigente, colocando-o à disposição dos empregadores em geral e assumindo os custos dessa obrigação, sem repassá-los para a tarifa dos serviços. (Renumerado do art. 6º, pela Lei 7.619, de 30.9.1987)

- 59) Quem pode delegar, ao contrário do Edital, não é o poder concedente, mas a própria concessionária como resulta do art. 5º, § 1º, da Lei 7.619:

§ 2º - Fica facultado à empresa operadora delegar a emissão e a comercialização do Vale-Transporte, bem como consorciar-se em central de vendas, para efeito de cumprimento do disposto nesta Lei.

VII.6. Conflito com a Lei de Desestatização

- 60) Além do mais, ressalta-se que a concessão é um processo de desestatização. Diz a Lei n. 9.491/97:

Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:

III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

- 61) Já o § 1º enfatiza:

§ 1º Considera-se desestatização:

b) a transferência, **para a iniciativa privada**, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

- 62) Logo, no momento em que os serviços **públicos** são **transferidos** para a iniciativa privada, o [con]cedente não pode intitular-se gestor da receita dos serviços, sob pena de caracterizar uma falsa transferência que descaracteriza a figura da concessão.

VII.7. Conflito com a Lei de Concessões [Lei 987/95]

- 63) Isso, de resto, fica extremamente claro no art. 31, VIII, da Lei Nacional de Concessões [n. 8.987/95], que dispõe:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

...

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

VII.8. Conflito com o art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93

- 64) Estas normas do Edital contrastam, ainda, com art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93, pois ferem o caráter competitivo da licitação, por afastarem candidatos do certame em razão das **previsíveis** dificuldades de gestão da empresa sem o controle sobre a totalidade de sua receita diária.

VIII. Divergências quanto à quantidade de ônibus nas duas bacias

- 65) O Edital estabelece a frota operacional, quilometragem média e demanda projetada de passageiros/mês de cada lote, como segue:

1.3. O Lote 01 é caracterizado pela Bacia Operacional Sul constante no Projeto Básico - Anexo III e é composto por 14 linhas, frota operacional de **57 veículos**, uma quilometragem mensal média de 464.076 quilômetros/mês e uma demanda projetada de passageiros mensal de 778.110 passageiros/mês. A tarifa de remuneração máxima calculada para o Lote 01 é de **R\$ 3.313**;

1.4. O Lote 02 é caracterizado pela Bacia Operacional Oeste constante no Projeto Básico - Anexo IV e é composto por 12 linhas, frota operacional de 46 veículos, uma quilometragem mensal média de 230.766 quilômetros/mês e uma demanda projetada de passageiros mensal de 556.673 passageiros/mês. A tarifa de remuneração máxima calculada para o Lote 02 é de **R\$ 3.318**.

- 66) Já o Projeto Básico [Anexo II, PDF, fl. 23], apresenta as frotas **operacionais** e **totais** de cada lote, sendo o total da Bacia Sul **63** ônibus e da Bacia Oeste **51**:

ESPECIFICAÇÕES DA FROTA NECESSÁRIA

A partir da definição das linhas, itinerários, extensão das linhas e tempos de viagens foi dimensionada a frota necessária para o atendimento do objeto da presente delegação dos serviços.

A frota projetada necessária é de **122 veículos operacionais**, admitindo-se **10% de frota reserva** o que chega-se a uma **frota total de 135 veículos** conforme demonstra o quadro resumo abaixo:

Quadro – Frota Operacional e Reserva

FROTA	OPERACIONAL/RESERVA			
	Bacia Ope Sul	Bacia Ope Oeste	Remanescente	Total
Operacional	57	46	19	122
Reserva	6	5	2	13
Totais	63	51	21	135

- 67) Na Planilha de Cálculo do Anexo VI, todavia, consta que a frota total da Bacia Sul é de **55** veículos, ao invés de **63**, ou seja, conflitante com o Edital e o Projeto Básico, como segue:

PLANILHA GEIPOT DE CÁLCULO TARIFÁRIO					
SISTEMA PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DO RIO GRANDE - TARIFA BACIA SUL					
I - CUSTOS VARIÁVEIS:					
A - COMBUSTÍVEL:					
TIPO DE VEÍCULO	Nº DE VEÍCULOS	PREÇO LITRO COMBUSTÍVEL	COEFICIENTE DE CONSUMO	CUSTO	P/KM
LEVE	10	R\$2,7929	0,3700	R\$10,33	
PESADO	35	R\$2,7929	0,4500	R\$43,99	
PESADO COM AR COND.	10	R\$2,7929	0,5000	R\$13,96	
TOTAL DA FROTA	55				
CUSTO PONDERADO DA FROTA			1,2416		

- 68) E na planilha da Bacia Oeste a frota total consta como 46, ao invés de 51:

PLANILHA GEIPOT DE CÁLCULO TARIFÁRIO					
SISTEMA PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DO RIO GRANDE - TARIFA BACIA OESTE					
I - CUSTOS VARIÁVEIS:					
A - COMBUSTÍVEL:					
TIPO DE VEÍCULO	Nº DE VEÍCULOS	PREÇO LITRO COMBUSTÍVEL	COEFICIENTE DE CONSUMO	CUSTO	P/KM
LEVE		R\$2,7929	0,3700		
PESADO	36	R\$2,7929	0,4500	R\$45,24	
PESADO COM AR COND.	10	R\$2,7929	0,5000	R\$13,96	
TOTAL DA FROTA	46				
CUSTO PONDERADO DA FROTA			1,2872		

- 69) Estes erros se repetem em diversos outros pontos da planilha de cálculo tarifário:

Bacia Sul:

PONDERAÇÃO DA RODAGEM:				
TIPO DE VEÍCULO	Nº DE VEÍCULOS	PREÇO PNEU	PREÇO	TOTAL
LEVE (6 unidades)	10	R\$9.570,00		R\$95.700,00
PESADO (6 unidades)	35	R\$9.570,00		R\$334.950,00
PESADO COM AR (06 unidades)	10	R\$9.570,00		R\$95.700,00
TOTAL DA FROTA =	55			
VALOR DA RODAGEM PONDERADA				R\$9.570,00

PREÇO DO VEÍCULO NOVO PONDERADO DO SISTEMA MENOS RODAGEM	R\$312.998,00
COEFICIENTE MENSAL DE REMUNERAÇÃO EMPREGADO NA FROTA	0,2613
TOTAL DA FROTA	55
REMUNERAÇÃO MENSAL DO CAPITAL EMPREGADO NA FROTA	R\$1.486,74

Bacia Oeste:

PREÇO DO VEÍCULO NOVO PONDERADO DO SISTEMA MENOS RODAGEM	R\$316.172,00
COEFICIENTE MENSAL DE REMUNERAÇÃO EMPREGADO NA FROTA	0,2185
TOTAL DA FROTA	46
REMUNERAÇÃO MENSAL DO CAPITAL EMPREGADO NA FROTA	R\$1.501,82

70) Ou seja, no cálculo da tarifa, que é um elemento essencial do procedimento licitatório, consta um número menor de veículos do que no Edital e no Projeto Básico. **Esta divergência, evidentemente, influi no cálculo da tarifa que é o balizador para a elaboração das propostas por parte dos licitantes.**

71) Assim sendo, a fim de evitar a apresentação de propostas inexecutáveis, deve ser corrigida esta irregularidade e republicado o Edital com o mesmo número de frota total em todos os pontos do Edital e seus anexos.

IX. Organização e gestão da comercialização das tarifas

- 72) O item 2.5 do Edital estabelece o seguinte:

2.5. A fim de garantir que a receita auferida pela tarifa pública seja aplicada na forma como estabelece o artigo 9º da Lei Federal 12.587/2012, a organização e a gestão da comercialização das tarifas será realizada pelo Poder Concedente que, para tanto, poderá realizá-la diretamente, delegar à outro órgão público, delegar às empresas concessionárias ou ainda contratar terceiros, neste caso, por meio de procedimento licitatório.

- 73) A organização e a gestão da comercialização das tarifas, entretanto, não é objeto desta licitação, não podendo ser posteriormente delegada às concessionárias, sob pena de violação da obrigatoriedade de licitação, sujeitando os gestores públicos e os empresários às sanções da Lei de Improbidade Administrativa e às penas dos crimes licitatórios previstos na Lei 8.666/93.
- 74) Deve, portanto, ser corrigido este item do Edital, a fim de evitar futuras violações às normas legais.

X. Ausência de critério para aferir a Qualificação técnica – Edital, cláusula 7.4.1

- 75) O item 7.4 do Edital de Licitação, que trata do requisito de habilitação qualificação técnica estabelece:

7.4 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

7.4.1 A LICITANTE deverá apresentar atestado(s) emitido(s) em seu nome ou das empresas componentes do consórcio licitante, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros compatíveis com o objeto da presente licitação, especificando a quantidade de veículos (ônibus ou micro-ônibus) e o tempo de prestação dos serviços.

- 76) Ocorre que não estão definidos os quantitativos de ônibus, número de passageiros e tempo de prestação de serviços. Isto faz com que a qualificação técnica seja aferida por um critério subjetivo e vago, ferindo o princípio do julgamento objetivo.
- 77) A regra acima não é suficiente para assegurar a experiência necessária para um licitante que pretende habilitar-se a prestar este serviço público essencial. Por isso a inteligência da Lei de Licitações ao determinar que a comprovação de experiência deva dar-se por meio da apresentação de atestado

comprobatórios de realização de serviços anteriores, em características, prazo e quantidades compatíveis com o objeto da licitação, como segue:

"Art. 30

(...)

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

- 78) Nas licitações deste tipo, é usual exigir-se a comprovação de uma experiência anterior em operação de serviço público de transporte por pelo menos metade do período com metade da frota.

XI. Possibilidade de participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Edital, cláusula 3.7

- 79) No item 3.7 o Edital trata da participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, referindo que estas deverão apresentar prova de registro no Registro de Empresa Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e prova de faturamento nos casos do art. 3o da referida Lei Complementar 123 de 14/12/2006 e Lei Complementar 147 de 07/08/2014.
- 80) Ocorre que pelo elevado valor do estipulado para o contrato de concessão não faz sentido a possibilidade de participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, pois tão logo assinem o contrato deixaram de sê-lo.

XII. Equívocos na avaliação do híbrido, em função da não diferenciação do custo de aquisição de ônibus com ar condicionado

- 81) O Projeto Básico exige 20% de veículos com ar condicionado, acrescendo 5% ao ano até completar 50% do total da frota cadastrada, como segue:

Exigência de Ar Condicionado nos Veículos

A frota destina a prestação dos serviços público de transportes coletivos de passageiros deverá possuir um mínimo de 20% (vinte por cento) de veículos com ar condicionado no primeiro ano, acrescendo 5% (cinco por cento) ao ano até completar 50% (cinquenta por cento) do total da frota cadastrada.

- 82) Na Planilha de Cálculo Tarifário é feita a diferenciação no que tange ao consumo de combustível do veículo com e sem ar condicionado, mas não há qualquer consideração sobre o custo deste veículo [o ar condicionado acresce aproximadamente R\$35.000,00 no valor do ônibus]:

Bacia Oeste:

FROTA PESADA:				
PESADO	46	R\$165.742,00	R\$160.000,00	R\$325.742,00
TOTAL FROTA PESADA	46			R\$325.742,00

Bacia Sul:

FROTA PESADA:				
PESADO	45	R\$165.742,00	R\$160.000,00	R\$325.742,00
TOTAL FROTA PESADA	45			R\$325.742,00
FROTA ESPECIAL:				
ESPECIAL				
TOTAL FROTA ESPECIAL				
FROTA TOTAL	55			
VALOR VEÍCULO HÍBRIDO		R\$322.568,00		

- 83) Ademais, todo o cálculo tarifário considera veículos com idade entre 4 e 5 anos, mas não há disponibilidade de ônibus com ar condicionado nesta faixa etária, sendo necessários adquirir novos, o que provocará uma maioração tarifária significativa a medida que forem sendo acrescidos veículos com ar condicionado.

XIII. Critérios de Reajuste e Revisão de Tarifa – o INPC não reflete o custo do sistema, principalmente no que tange ao incremento da frota com ar condicionado

- 84) O Edital, no item 18.1, estabelece ser obrigação do Poder Concedente o reajuste das tarifas pública e de remuneração, como dito no item abaixo:

h) o reajustes da tarifa pública e das tarifas de remuneração das concessionárias visando a garantia do equilíbrio econômico e financeiro do Contrato de Concessão;

- 85) Já a Lei Municipal n ° 5602/2002 prevê que a tarifa seja calculada com base em planilha de custo, que reflita o custo do quilômetro rodado, *verbis*:

“Art. 24- O cálculo da tarifa será efetuado com base na planilha de custos, elaborado pelo Poder Concedente, que deverá levar em conta o custo por quilômetro rodado e o índice de passageiros por quilômetro, atualizados.”

- 86) Contrariando a norma acima, a minuta do Contrato de Concessão, repetindo equívoco da do Edital anterior, constante do Anexo VIII, diz que a tarifa “poderá” ser reajustada anualmente, mas limitada a variação do INPC:

6.3. A tarifa de remuneração dos serviços poderá ser reajustada, anualmente, nos limites do Índice Nacional de Preço ao Consumidor (INPC) aferido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ou por outro índice que vier a substituí-lo.

- 87) Com a devida vênia, sabidamente o INPC não reflete a variação do custo do transporte coletivo urbano, pois não são avaliados preços de carroceria e chassi de ônibus, de salários de motorista e cobrador, de diesel e pneus. O índice leva em conta nove grupos de produtos e serviços, como segue:

PESO DOS GRUPOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS		
Tipo de Gasto	Peso % do Gasto (até 31.12.2011)	Peso % do Gasto (a partir de 01.01.2012)
Alimentação e bebidas	30,67	28,27
Transportes	16,14	17,30
Habitação	16,10	16,87
Saúde e cuidados pessoais	9,01	9,67
Despesas pessoais	7,16	6,90
Vestuário	8,36	8,15
Comunicação	4,56	2,78
Artigos de residência	4,82	5,64
Educação	3,18	4,42
Total	100,00	100,00

- 88) O INPC mede a inflação para uma parcela da população com rendimentos mensais entre 1 e 5 salários mínimos, residentes nas regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Curitiba, Salvador, Recife, Fortaleza e Belém, além do Distrito Federal e do município de Goiânia, não refletindo o custo setorial da execução de serviço de transporte coletivo de passageiros.

- 89) Isto viola a Lei das Licitações e da Mobilidade Urbana, pois ambas especificam que o reajuste deva corresponder a variação de custo, nas palavras que seguem:

Lei das Licitações:

"Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;"

Lei da Mobilidade Urbana:

"Art. 9º

(...)

§ 1º A tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo deverá ser constituída pelo preço público cobrado do usuário pelos serviços somado à receita oriunda de outras fontes de custeio, de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado ao usuário por operador público ou privado, além da remuneração do prestador."

- 90) Ademais, a palavra "poderá" – que significa que talvez não ocorra - fere a periodicidade anual dos reajustes dos serviços públicos que foi estabelecida quando da promulgação da lei do Plano Real [Lei 9.069/94], cujo art. 70 diz:

"Art. 70. A partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos preços públicos e das tarifas de serviços públicos far-se-ão:

I - conforme atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda; e

II - anualmente.

§ 1º O Poder Executivo poderá reduzir o prazo previsto no inciso II deste artigo.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, à fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, reajustes e revisões de que trata a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993."

- 91) Essa lei foi posteriormente reforçada pela Lei nº 10.192/2001, que estabeleceu medidas complementares ao Plano Real, reafirmando o princípio da anualidade [art. 2º, §§ 1º e 2º].
- 92) A anualidade ajusta a legislação anti-inflacionária com a lei trabalhista, uma vez que as convenções, acordos e dissídios coletivos obedecem à mesma lógica da revisão periódica anual. No caso dos transportes públicos, o custo de pessoal responde por parte relevante do todo. Por isso, a observância da periodicidade anual é **requisito essencial** para a manutenção do equilíbrio entre receitas e encargos das operadoras dos serviços.
- 93) Ademais, o primeiro cálculo de tarifa leva em consideração uma frota com 20% com ar condicionado, mas existe determinação expressa de acréscimo de 5% a mais em cada ano, sendo que estes ônibus consomem mais combustível, tem despesa de manutenção maior e, principalmente, precisam ser adquiridos novos a preços bem superiores aos considerados no valor do veículo híbrido.
- 94) Nada disso é captado por um mero reajuste pela aplicação da variação do INPC, o que certamente demandará revisões extraordinárias anuais, ocasionando um enorme desgaste entre concedente e concessionário.

XIV. Falta de especificações de garagem

- 95) A Lei das Licitações exige a indicação das instalações suficientes e necessárias para garantir a adequada prestação dos serviços, *infra*:

"Art. 30.

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade ... e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;"

- 96) A garagem para abrigar empresas de transporte coletivo urbano deve ter aproximadamente 60 m² de pátio por ônibus, para permitir o recolhimento da frota no final do dia, devendo ter pelo menos 1 rampa de manutenção a cada 15 ou 20 carros, deve ter local para funilaria, lavagem etc.
- 97) O Edital não traz nenhuma especificação dos requisitos mínimos necessários da garagem, o que é um convite para atrair aventureiros, quer prestam serviços de qualidade duvidosa sem instalações adequadas.

XV. Bilhetagem eletrônica a cargo do Poder Concedente – necessária verba orçamentária para tal fim

- 98) O Anexo XII do Edital, denominado Critérios Básicos do Sistema de Bilhetagem, estabelece que a bilhetagem será de responsabilidade do Poder Concedente:

ESPECIFICAÇÕES DO SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA

O transporte coletivo deverá ter bilhetagem eletrônica, com instalação de validadores nos veículos e demais equipamentos de apoio nas garagens, visando a permitir o pagamento da tarifa e o controle de acesso do passageiro por meio de cartão inteligente.

A implantação, operação e manutenção do sistema de Bilhetagem Eletrônica – SBE e sua manutenção serão de responsabilidade do Poder Concedente que poderá, implantar o sistema através de órgão da Administração Municipal, delegar as próprias concessionárias garantindo o ressarcimento dos custos, ou contratar outra empresa especializada, neste último caso, por meio de licitação pública.

- 99) O texto prevê que a implantação, operação e manutenção poderão ser de três maneiras:
- a) diretamente, através de órgão da Administração;
 - b) delegado às próprias concessionárias, com o posterior ressarcimento dos custos; ou
 - c) contratada empresa especializada, por meio de nova licitação.
- 100) O usual nas licitações do gênero, como ocorreu na Capital, é que a bilhetagem eletrônica seja considerada parte integrante do sistema de transporte coletivo urbano, como mais um insumo, como é o ônibus, o ar condicionado, os pneus, combustível etc. A bilhetagem é apenas um meio de pagamento e identificação do usuário, sendo remunerada, sua implantação, operação e manutenção pela própria tarifa, razão pela qual é lançado o seu custo na planilha de cálculo tarifário. **Não é o caso desta licitação, onde não há esta rubrica na planilha.**
- 101) Passa-se, então, a comentar as três hipóteses estabelecidos no texto do anexo acima reproduzido.
- 102) A **primeira**, de ser feito direto por órgão da Administração, é inviável, pois ela não fabrica sistema de bilhetagem eletrônica e nem tem técnicos para fazer a implantação e manutenção ao longo dos dez anos do contrato de concessão.
- 103) Já a **segunda**, de delegação desta atividade autonomamente aos futuros operadores, assegurando-lhes o ressarcimento dos custos da implantação,

operação e manutenção, sem qualquer concorrência superveniente, viola a Lei de Licitações.

- 104) A título de exemplo, para demonstrar o equívoco conceitual, imagine-se que o Município exerça esta opção, ordenando ao futuro concessionário que adquira os validadores e, depois, este apresente um nota fiscal pedindo o ressarcimento do valor. Ora, evidentemente o Município não poderá efetuar tal reembolso sem cotar o equipamento com outros fornecedores, por meio de licitação, só que a aquisição já foi efetivada pelo operador e o compromisso é de ressarcí-lo.
- 105) Finalmente, a terceira possibilidade, de contratação de empresa especializada, esta "seria" viável, mas já teria de haver processo licitatório em curso, inclusive com indicação de previsão orçamentária, como prescreve a Lei de Licitações:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.
- (...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

- I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

- 106) Sendo o contrato com o fornecedor de serviços do sistema de bilhetagem pelo período do contrato de concessão, ou seja, dez anos, impõe-se, ainda:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

- I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

- 107) Na Lei Municipal nº 7436/2013, que dispõe sobre o Plano Plurianual do Município de Rio Grande para o período de 2014-2017, com as suas

respectivas emendas, não se localizou qualquer previsão orçamentária para os investimentos em sistemas de bilhetagem eletrônica.

- 108) Além disso, em se tratando de final de mandato, necessário observar a Lei de Responsabilidade Fiscal, que estipula:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

- 109) Pelo acima exposto, não estando o custo do sistema de bilhetagem coberto pela tarifa paga pelo usuário, ele deve ser objeto de licitação própria, com a devida e necessária previsão orçamentária.
- 110) Recorda-se que quando da implantação do sistema de vídeo-monitoramento, determinado no Decreto nº 13.953/2016, cogitou-se a possibilidade de que operador assumisse este ônus para ser posteriormente ressarcido, o que foi rechaçado pelo Ministério Público.
- 111) Parte do sistema terminou sendo adquirido pelo Município, mas algumas câmeras e a implantação terminaram sendo custeadas diretamente pela Requerente, que até o presente momento não foi ressarcida.

XVI. Ausência de critérios para avaliação da qualidade dos serviços

- 112) O Edital anuncia que a Lei Municipal nº 5602/2002 é a base legal local para o sistema de transporte. Este dispositivo, entre outras coisas, determina que o contrato contenha indicadores, fórmulas, e parâmetros de avaliação da qualidade dos serviços, *verbis*:

"Artigo 10- O termo de permissão ou contrato de concessão deverá conter, como cláusulas, as relativas:

I- ao objeto: área de abrangência, itinerário e prazo;

II- ao modo: forma e condição da prestação do serviço;

III- aos critérios: indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV- ao equilíbrio econômico-financeiro dos serviços: através de critérios de reajuste e revisão das tarifas;

V- aos direitos e garantias e obrigações do poder público e da permissionária ou concessionária, inclusive os relacionados à necessidade de futuras alterações e expansão dos serviços;

VI- aos direitos e deveres dos usuários;

VII- ao exercício da fiscalização pelo poder público municipal;

VIII- as penalidades de prorrogação contratuais e administrativas;

IX- aos casos de extinção da permissão ou concessão;

X- ao foro e modo de resolução das divergências contratuais.

- 113) Nem o Edital, nem o contrato de concessão, estabelecem critérios de avaliação da qualidade dos serviços, contrariando a Lei Municipal citada.

XVII. Requisito de qualificação técnica imprecisos

- 114) O Edital, como requisito de qualificação técnica, exige a apresentação de atestado comprovando experiência anterior, como segue:

8.4 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

8.4.1 A LICITANTE deverá apresentar atestado(s) emitido(s) em seu nome ou das empresas componentes do consórcio licitante, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros compatíveis com o objeto da presente licitação, especificando a quantidade de veículos (ônibus ou micro-ônibus) e o tempo de prestação dos serviços.

- 115) Ocorre que a regra acima não é suficiente para assegurar a experiência necessária para um licitante que pretende habilitar-se a prestar este serviço público essencial, operando 70 ônibus por 10 anos, pois uma empresa de um único ônibus, que tenha realizado um único fretamento, poderia facilmente apresentar atestado para cumprir este requisito.
- 116) Por isso a inteligência da Lei de Licitações ao determinar que a comprovação de experiência deva dar-se por meio da apresentação de atestado comprobatórios de realização de serviços anteriores, em características, prazo e quantidades compatíveis com o objeto da licitação, como segue:

"Art. 30

(...)

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

- 117) Nas licitações deste tipo, é usual exigir-se a comprovação de uma experiência anterior em operação de serviço público de transporte por pelo menos metade do período com metade da frota.

XVIII. Garantia da proposta e multa adicional caso não assinar o contrato

- 118) A Lei de Licitações criou um mecanismo para punir o licitante que apresenta uma proposta e depois desiste, que é a garantia de proposta, como previsto no artigo abaixo:

"Art. 31

(...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação."

- 119) O Edital exige prestação de garantia da proposta no valor de R\$500.000,00, conforme item 8.3.d, que é executada caso o licitante não cumpra sua proposta.
- 120) Já em outro item o Edital prevê sanção de R\$250.000,00 pelo mesmo motivo:

13. DAS PENALIDADES

13.1 O descumprimento de quaisquer condições ofertadas, ou quesitos de atendimento obrigatório, ou a recusa da adjudicatária em assinar o Contrato de Concessão dentro do prazo estabelecido, sem justificativa aceita pela Concedente, acarretará na desclassificação da mesma, na aplicação de multa de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), corrigidos desde a data de abertura do Envelope, até a data do efetivo pagamento, nos termos do artigo 81 da Lei nº 8.666/93, e na aplicação das demais penalidades legais pertinentes, sendo convocado o próximo licitante melhor classificada, nos termos do Edital.

- 121) Destarte, esta dupla penalidade caracteriza no direito penal o que se denomina *bis in idem*, considerado ilegal.

XIX. Outras multas sem suporte legal

- 122) A minuta do Contrato de Concessão que consta no Anexo VIII está recheada de multas exorbitantes, no valor de R\$500.000,00, sem nenhuma base legal. Já a Lei Municipal nº 5602/2002 estabelece diversas sanções, sendo a mais grave no valor aproximado de R\$2.500,00 [Art. 40, Grupo D: multa de 892,86 URM].

- 123) A Constituição Federal consagrou o Princípio da Legalidade, gênero do qual é espécie o Princípio da Reserva Legal, aquele impondo limites de atuação ao Estado e este exigindo lei específica para regular determinadas situações, principalmente para imposição de sanções aos administrados.

- 124) Assim, no art. 5º, II, que trata dos direitos e garantias individuais, a Constituição Federal consagra o Princípio da Legalidade, *infra*:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

- 125) E ainda, no mesmo artigo, estabelece o Princípio da Reserva Legal, consagrando o brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, como se vê do inciso abaixo:

"XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

- 126) No campo do direito administrativo, a Carta, no art. 37, também adotou o Princípio da Legalidade como norte para balizar a atuação da administração pública, abaixo reproduzido:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte..."

- 127) Já no direito tributário, aí sob o ângulo da Reserva Legal, a Constituição Federal torna obrigatória lei específica para exigir ou aumentar tributo, *verbis*:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;"

- 128) De outra banda, quando se fala na edição de lei, equivale a dizer que se trata de ato reservado ao Poder Legislativo, indelegável, em homenagem ao Princípio da Separação de Poderes, insculpido na Lei Maior, *verbis*:

"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

- 129) Para deixar clara a obrigatoriedade do respeito a este princípio, o Constituinte, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, hialinamente vetou qualquer possibilidade de o Executivo exercer competências assinaladas pela Carta ao Legislativo, revogando as delegações então existentes, como se constata do artigo abaixo transcrito:

"Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:

I - ação normativa;"

- 130) Como ensina a doutrina da abalizada obra de Alexandre de Moraes, só por meio de legislação pode-se criar imposições, nos termos que seguem:

"Tal princípio visa a combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões da vontade geral."⁶ [grifos adicionados]

- 131) Dessa forma, em homenagem ao Princípio da Legalidade, é necessário submeter à Câmara de Vereadores projeto de lei alterando a Lei Municipal nº 5602/2002, para criar tais sanções, que também devem ter tipificações mais precisas.
- 132) Ademais, como já dito, há outra vez a prática do *bis in idem*, pois a garantia de contrato, no valor de R\$500.000,00, exigida neste certame, serve justamente para garantir que o contratado execute o que prometeu, não sendo cabível nova penalidade de mais R\$500.000,00 de multa pelo mesmo fato.
- 133) Finalmente, a previsão de descontar eventuais multas do valor depositado a título de garantia, prevista no item 13.4 do Edital, fere a uníssona jurisprudência que diz ter o Executivo meio processual para executar os seus devedores, sendo descabidas formas coativas de cobrança, fora do devido processo legal.

XX. Indefinição quanto ao momento de pagamento da outorga

- 134) Em uma parte o Edital fixa o pagamento da outorga dessa forma:

⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2005. p. 36.

8.2.2 O pagamento correspondente ao valor da outorga oferecido pelo Licitante vencedor deverá ser feito em uma única parcela, em conta bancária indicada pelo Município, a vista, no prazo de até 07 (sete) dias úteis anteriores a assinatura do contrato.

135) E adiante:

14.2.1 A proponente vencedora deverá assinar o Contrato de Concessão, em até 10 (dez) dias úteis a contar da publicação convocatória na imprensa local, conforme minuta que integra o presente no Anexo X do Edital. A publicação convocatória será efetuada somente depois de procedida a homologação, adjudicação e os demais trâmites legais pertinentes.

14.2.2 A proponente vencedora deverá, no prazo do item anterior, previamente a assinatura do Contrato de Concessão, comprovar o depósito em favor do Município do Rio Grande/RS referente ao valor de outorga oferecido, na conta corrente bancária indicada pelo Poder Concedente.

136) Assim, necessário esclarecer se é 7 ou 10 dias o prazo para pagamento.

XXI. Reversão

137) O Edital, na minuta de contrato de concessão que consta do Anexo VIII, estabelece que os bens serão revertidos ao Poder Público, nas condições que se leem no item abaixo:

16.4. A frota de veículos utilizados no serviço terá reversão gratuita caso os custos de capital investido na mesma sejam inteiramente amortizados pela tarifa.

138) Esta discussão é complexa e vai além do escopo de uma mera impugnação, mas cumpre salientar que a remuneração do capital é justamente o ganho do concessionário, que como qualquer empreendedor, quando faz um negócio, pretende sair com o que entrou [a sua frota, com a reposição da depreciação] e algum ganho [remuneração de capital].

139) Ademais, sabidamente sempre há um valor residual, sendo descabida a reversão gratuita, como estabelecida na minuta de contrato.

XXII. Deficiências do Projeto Básico

140) Existem equívocos nos somatórios das distâncias percorridas, bem como falta de informação de horários de algumas linhas, como sintetizado no quadro que segue:

24

Divergências do Projeto Básico (Anexo II) com os horários dos Anexo III e Anexo IV

Projeto Básico Pág. 21						Anexo III do Edital					Divergências do Edital	
	Passageiros	Viagens	Pas./Viagem	Extensão	Km total	Úteis	Sábado	Domingo	Média	Viagens Tabelas	Dif. Viagens	Diferença KM
Circular Cassino	37004	1202	31	14,3	17182	80	46	28	68	2031	-829	-11861
Trevo Humaitá	9868	283	35	21,8	6177	12				360	-77	-1679
Barra	178946	1801	99	70,6	127176	71	33	33	60	1804	-3	-232
Bernadeth	9109	263	35	2,5	658	12			9	257	6	15
Cassino Cidade Nova	67301	775	87	48	37183	29	28	28	29	861	-86	-4149
Cassino	175866	1998	88	44	87923	67	74	74	69	2070	-72	-3168
Furg	104851	1704	62	22,4	38166	39	37	15	35	1059	645	14458
Circular Mangueira	9364	311	30	17,2	5349	13	13	0	11	334	-23	-401
Santa Tereza	14529	578	25	12	6933	22	20	14	21	617	-39	-470
Lar Gaúcho	12913	592	22	10,4	6162	22	22	16	21	634	-42	-440
Corujão	761	55	14	62,5	3450	2	2	2	2	60	-5	-313
Barra via Socoowiski	25254	138	183	74	10212	5	6	4	5	150	-12	-888
Trevo Porto	14176	512	28	43,9	22456	20	18	0	17	506	6	276
Quinta	118168	1303	91	56	72952	não tem os horários						
TOTAL SUL											-532	-8850

Projeto Básico Pág. 22						Anexo IV do Edital					Divergências do Edital	
	Passageiros	Viagens	Pas./Viagem	Extensão	Km total	Úteis	Sábado	Domingo	Média	Viagens Tabelas	Dif. Viagens	Diferença KM
Circular Shopping	6270	2142	3	3,9	8354	57	57	57	57	1710	432	1685
Circular Cidade Nova	45695	811	56	9,3	7541	33	24	0	27	810	1	9
Circular Av. Brasil	1546	112	14	13,3	1492	2				44	68	904
Bosque	85529	1074	80	21,3	22885	não tem os horários						
Polivalente Portugal	79470	1052	76	30,7	32306	34	35	26	33	990	62	1903
Polivalente Buarque	77609	1030	75	31,3	32245	34	34	27	33	990	40	1252
Av. Pelotas	31008	1148	27	15,8	18131	36	44	44	38	1149	-1	-9
Buarque de Macedo	53897	1122	48	13,7	15371	35	43	43	37	1119	3	47
Junção via Prado	14441	281	51	15,5	4348	22	22	19	22	647	-366	-5675
Junção via PV	17971	65	276	13,7	885	23	23	19	22	673	-608	-8328
Marluz Furg	44852	464	97	21	9746	20	10	0	16	471	-7	-156
Castelo	98385	1749	56	38	66473	não tem os horários						
TOTAL OESTE											-376	-8367

Obs.: Considerado para o cálculo da média: 5 dias úteis, 1 sábado e 1 domingo por semana e o resultado multiplicado por 30 dias para ver o total de viagens por mês

Na Bacia Sul foi encontrado uma diferença de mais de 8.800Km por mês. Pelo anexo III do Edital, que considera que o custo por Km da Bacia Sul é de R\$ 4,5730, a diferença mensal é de aproximadamente R\$ 40.000,00. No ano, resulta numa diferença de R\$ 480.000,00

Na Bacia Oeste foi encontrado uma diferença de mais de 8.300Km por mês. Pelo anexo VI do Edital, que considera que o custo por Km da Bacia Oeste é de R\$ 6,5879, a diferença mensal é de aproximadamente R\$ 54.600,00. No ano, resulta numa diferença de R\$ 655.000,00.

Tem ainda a gravidade de não ser encontrado no Anexo III do Edital os horários da linha 415 Quinta, pertencente a Bacia Sul.

Já na Bacia Oeste, no Anexo IV do Edital não forma encontrados os horários das linhas 318 Castelo Branco Santa Rosa e 203 Bosque.

A linha Bernadeth tem atualmente viagens diariamente. Pelo edital, sóhaverá essa linha nos dias úteis, deixando de circular aos sábados, domingos e feriados.

141) Outro equívoco grave está na projeção de demanda de passageiros, pois o período informado no enunciado é de setembro/2013 a agosto/2014, enquanto o quadro mede outro período, como segue:

PROJEÇÃO DE DEMANDA DE PASSAGEIROS

A metodologia adotada para a projeção do número de passageiros foi a identificação da demanda da série histórica de 12 (doze) meses de passageiros por tipo visando identificar o número total. Para a composição da média anual de passageiros foi adotado o levantamento realizado através do sistema de bilhetagem eletrônica. O período de tempo levantado para a composição da média mensal foi de setembro de 2013 a agosto de 2014 conforme indica o quadro abaixo:

PROJEÇÃO DE PASSAGEIROS - BASE ANO 2015

	Integral	Integração	Escolar	Gratuito	Total
JAN	1.241.074	73.848	36.882	162.067	1.513.871
FEV	1.133.609	63.990	26.308	148.926	1.372.833
MAR	1.266.723	102.170	283.692	183.542	1.836.127
ABR	1.139.296	90.851	280.923	173.372	1.684.442
MAI	1.190.183	91.397	205.353	203.634	1.690.567
JUN	1.104.757	87.825	194.855	192.815	1.580.252
JUL	1.125.300	84.606	163.173	172.181	1.545.260
AGO	1.088.167	89.254	249.224	173.155	1.599.800
SET	976.688	80.507	215.402	186.458	1.459.055
OUT	1.098.315	89.851	254.235	226.064	1.668.465
NOV	1.100.479	92.245	276.127	192.304	1.661.155
DEZ	1.169.472	78.433	151.238	216.983	1.616.126
Total	13.634.063	1.024.977	2.337.412	2.231.501	19.227.953
Média Mensal Passageiro Total					1.602.329

XXIII. Conclusão

- 142) O Edital e seus anexos contem diversas questões que devem ser esclarecidas ou corrigidas, todas relevantes para formulação das propostas, devendo ser republicado, forte no art. 21, §4º, Lei das Licitações, *verbis*:

“§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

- 143) Ora, a correção ou esclarecimento de qualquer dos pontos levantados na presente impugnação **tem direta influência na elaboração da proposta**, que precisa ser minuciosamente revisada, sendo impossível fazê-lo sem a reposição do prazo. Até mesmo porque ainda que não houvesse imprecisões o prazo é por demais diminuto para uma licitação desta complexidade.


- 144) 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 5602/2002 - **e ainda com a ressalva que a licitação anterior está sub**

judice - requer digne-se Vossa Senhoria, no prazo legal [Lei nº 8666/93, art. 41, §1º], de.

- a) acolher a presente impugnação / esclarecimento que tem o intuito de aprimorar o certame licitatório, determinando o suspensão desta Concorrência, a fim de corrigir o Edital para depois republicá-lo [Lei nº 8666/93, art. 21, §4º];
- b) restituir, com a devida atualização, o valor pago a título de outorga na licitação de 2011;
- c) restituir os recentes custos de implantação de parte do sistema de vídeo-monitoramento;
- d) efetuar o procedimento de liquidação do Contrato de Concessão 231/11/SSMSTT, fazendo o levantamento e apuração das indenizações devidas à Impugnante, nos termos da Lei nº 8.987/95, art. 35 e art. 42, este com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.445/2007, bem como da Lei nº 8666/93, art. 59, parágrafo único, bem como com as determinações contidas no Decreto Municipal nº 12.598/2014, art. 25 e seguintes;
- e) apurada a indenização, pagá-la previamente a nova licitação, sob pena criar prejuízo irreparável à Impugnante, alijando-a de competir e provocando o encerramento de suas atividades, com a demissão de centenas de colaboradores.

Rio Grande, 5 de outubro de 2016.

Termos em que pedem deferimento.


VIAÇÃO NOIVA DO MAR LTDA.


EDUARDO PALERMO DE FIGUEIREDO FREITAS