

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

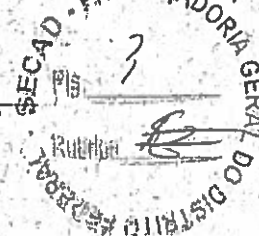
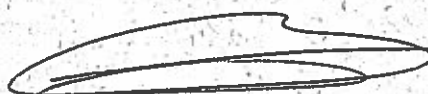
Órgão : Conselho Especial  
Classe : Mandado de Segurança nº 2012.00.2.020456-6  
Impetrante : Viação Jardins S.A.  
Informante : Governador do Distrito Federal, Secretário de Estado de Transporte do Distrito Federal e Presidente da Comissão Especial de Licitação  
Relator : Desembargador Sérgio Rocha

---

### DECISÃO INDEFERIMENTO DE LIMINAR

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Viação Jardins S.A. contra ato do Governador do Distrito Federal, do Secretário de Estado de Transporte do Distrito Federal e do Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Estado de Transporte do Distrito Federal, que tornou público o Edital de Concorrência Pública para a concessão do serviço básico rodoviário do sistema de transporte público coletivo do Distrito Federal.

A impetrante, Viação Jardins S.A. alega que o edital possui diversos vícios e irregularidades que inviabilizam o certame, restringindo a concorrência e beneficiando as empresas que já possuem a concessão, porque: **1)** exige como condição que os interessados tenham por objeto social a atividade de transporte coletivo de passageiros, o que configura restrição ilegal porque existem empresas que desenvolvem essa atividade mas não a possuem prevista em seu contrato social, configurando exigência ilegal e desarrazoada; **2)** não cabe a exigência de certidão de regularidade fiscal quanto a tributos estaduais e municipais, tendo



19

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

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

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

§ 1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º. As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º. Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

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

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

§ 8º. No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º. Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

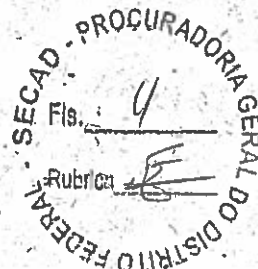

**Art. 31.** A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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.

§ 1º. A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.



pelas futuras concessionárias, sendo que a única fonte prevista, a publicidade, demanda análise e admissão pela concedente; **12)** há contradição no edital quanto à remuneração da concessionária no aspecto relativo ao custeio das gratuidades do transporte público, não se definiu quais serão custeadas pelo poder concedente; **13)** o edital viola o art. 23, XII e 18, I da Lei n. 8.987/95<sup>4</sup> porque traz absoluta liberdade ao poder concedente para optar pela prorrogação ou não do contrato; **14)** o edital não prevê metas a serem atingidas pelas futuras concessionárias; **15)** o edital estabeleceu prazo exíguo para o início das atividades (180 dias) e, que o início se dê com uma frota de 100% dos veículos zero quilômetro, o que afronta o princípio da legalidade; **16)** há violação aos arts. 9º e 15 da Lei n. 8.987/95<sup>5</sup> porque o edital adotou o critério de julgamento da menor tarifa, criando duas espécies de tarifa, a tarifa do usuário e a tarifa técnica; **17)** o procedimento licitatório deve ser invalidado tendo em vista a imprestabilidade da audiência pública que o precedeu, por violação ao art. 39 da Lei n. 8.666/93<sup>6</sup>, porque foi realizada apenas "pro forma",

<sup>4</sup> **Lei n. 8.987/95, Art. 18.** O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitação e contratos e conterá, especialmente:

(...)

I - o objeto, metas e prazo da concessão.

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

(...)

XII - às condições para prorrogação do contrato;

<sup>5</sup> **Lei n. 8.987/95, Art. 9º.** A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

**Art. 15.** No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

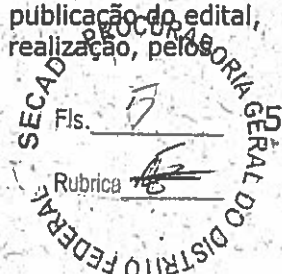
IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

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;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

<sup>6</sup> **Lei n. 8.666/93, Art. 39.** Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos





12

A impetrante pleiteia, em sede de pedido liminar, a suspensão da licitação, cuja data prevista para abertura e entrega de documentação é 14 de setembro de 2012.

É o breve relato.

Numa análise preliminar, não vislumbro a presença dos requisitos previstos no artigo 7º, III da Lei de Mandado de Segurança (12.016/09)<sup>10</sup>, a fundamentar a concessão da liminar pleiteada.

Apesar da extensa argumentação de irregularidades contra o edital que disciplina o certame, não vislumbro fundamento relevante para fundamentar a suspensão do procedimento licitatório.

Inicialmente, quanto a alegação de que é ilegal e desarrazoada a exigência de que as empresas participantes do certame tenham por objeto social a atividade de transporte coletivo de passageiros, não prospera.

Uma licitação que tem por objeto a concessão do serviço de transporte público de todo o Distrito Federal durante um prazo mínimo de 10 (dez) anos, a qual levará a contratação com valores que ultrapassem R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão de reais) cada um dos cinco lotes licitados, não se mostra, de forma alguma, desarrazoada a exigência contida no item 16.1.1<sup>11</sup> do edital que

<sup>10</sup> Lei n. 12.016/2009, Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:  
(...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

<sup>11</sup> "(...) 16.1 - **REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO**



regularidade fiscal em todas as esferas (Federal, Estadual e Municipal), não vislumbro qualquer irregularidade na exigência.

No que tange a alegação de que não foi observada a exigência de que os ônibus sejam dotados de portas dos dois lados, verifico que, diferente do afirmado pela impetrante, o edital trouxe referida previsão.

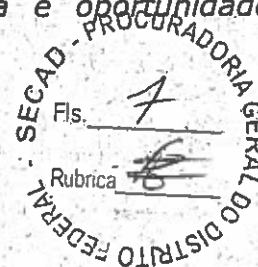
O item 4 do edital, relativo ao objeto da concorrência, prevê a necessidade de que os ônibus que irão atender a rota da EPTG, onde está a faixa verde, tenham porta dos dois lados e que, os custos decorrentes dessa implementação serão calculados em momento ulterior, com a respectiva revisão da tarifa técnica, para a manutenção do equilíbrio financeiro-econômico do contrato, assim, a meu ver, está sendo garantida a isonomia entre os participantes:

**"(...) 4 - OBJETO DA CONCORRÊNCIA**

**(...)**

*4.8 - As linhas cujo itinerário inclua a faixa exclusiva da Estrada Parque Taguatinga - EPTG, bem como quaisquer outras faixas exclusivas destinadas ao tráfego de veículos do STPC/DF, sempre tendo em conta o planejamento operacional, serão atendidas com veículos que viabilizem a operação naquelas vias e, se e quando necessário, que possuam portas em ambos os lados, observada as especificações da Resolução n.º 4.741, de 16 de abril de 2012, do Conselho de Transportes do Distrito Federal.*

*4.8.1 - Para fins de proposta na presente licitação, às **LICITANTES** deverão considerar a utilização apenas de veículos com portas à direita. Durante a vigência da concessão, no exercício de suas prerrogativas legais e de acordo com a conveniência e oportunidade ao*



do Distrito Federal encontra-se em situação emergencial, de forma que não pode ser prorrogada a implantação e inclusão de novos veículos adequados para o transporte da população.

Não prospera a alegação de que é inconstitucional, por ofensa à isonomia, ampla competitividade e moralidade, a previsão editalícia de concessão de nova oportunidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados para apresentação de nova documentação porque essa previsão segue o disposto no art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93<sup>15</sup>, o qual está em plena vigência.

Assim como também há expressa previsão legal na necessidade de anuência do Poder Concedente para a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária – art. 27 da Lei n. 8.9987/95<sup>16</sup>.

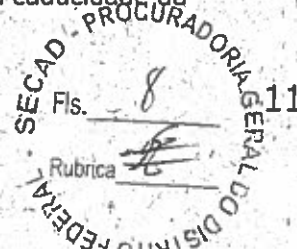
Quanto às receitas acessórias, diferente do afirmado pela impetrante, entendo que o edital prevê sua disciplina, estabelecendo que o concessionário poderá explorar atividade publicitária, *in verbis*:

"(...) 5.6 – A exploração das atividades referidas no subitem anterior deverá ser disciplinada por contrato firmado entre a(s) **CONCESSIONÁRIA(S)** e o terceiro(s), avença que, necessariamente, deverá ser submetida à prévia e expressa anuência do Poder Concedente, por intermédio da **SECRETARIA**, bem

<sup>15</sup> Lei n. 8.666/93, Art. 48. Serão desclassificadas:

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas esboçadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

<sup>16</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.





aquele Tribunal de Contas autorizou o prosseguimento do certame e, entendeu que as retificações realizadas pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal no edital haviam atendido as irregularidades apontadas, *in verbis*:

"(...) O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Revisor, Conselheiro MANOEL DE ANDRADE, decidiu: I - tomar conhecimento: a) do Ofício nº 635/2012-GAB/ST, fls. 2136; b) do Ofício nº 639/2012-GAB/ST, fls. 2137/2145; c) do Ofício nº 53/2012-GAB/ST, fls. 2252/2254; d) dos papéis de trabalho acostados às fls. 2415/2427 e do Anexo XIX; II - em relação ao item III da Decisão nº 3.341/2012, considerar atendido o disposto nos subitens "a.1", "a.2", "a.3", "a.4", "a.5", "a.6", "a.7", "a.8", "a.9", "a.10", "b" e "d"; III - em consequência do item anterior, autorizar o prosseguimento do certame em apreço, condicionando ao cumprimento do item IV; IV - determinar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal - ST/DF que republique o aviso de edital da Concorrência Pública nº 01/2011- ST, reabrindo o prazo inicialmente estabelecido, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993; V - reiterar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal a determinação constante no item II, alínea "e", da Decisão nº 3.984/11; VI - determinar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para as providências pertinentes. Parcialmente vencido o Relator, que manteve o seu voto de fs. 2451-2471. Decidiu, mais, acolhendo proposição do Conselheiro RONALDO COSTA COUTO, mandar publicar, em anexo





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

CONTRA FÉ  
GDC

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR DO CONSELHO ESPECIAL DO  
E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL, A QUEM ESTE RESTAR POR  
DISTRIBUIÇÃO,

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios  
SERPET

06/09/2012

13:08:10

**20808**

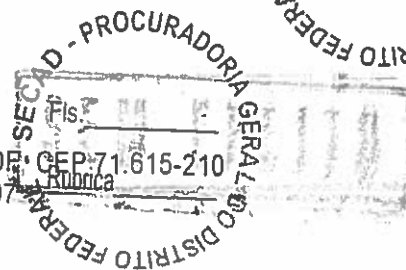
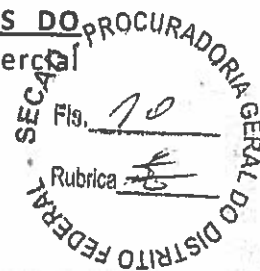


**Mandado de Segurança - Pedido Liminar  
URGENTE**

VIACÃO JARDINS S/A, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) sob o nº: 04.820.730/0001-90, com sede na Rua Cesário Alvim, nº 610, sala 5, Bairro Padre Eustáquio, Belo Horizonte, MG – CEP 30720-270<sup>1</sup>, por seus advogados devidamente constituídos<sup>2</sup>, vem, à presença de V. Exa., com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição da República, bem como nas disposições da Lei Federal nº 12.016/09, impetrar MANDADO DE SEGURANÇA contra ato coator ilegal e arbitrário praticado conjuntamente pelo (i) EXMO. SR. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, Sr. Agnelo Santos Queiroz Filho, com endereço profissional no Palácio do Buriti, s/nº - CEP 70075-900, (ii) ILMO. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SECRETARIA DE TRANSPORTES DO DISTRITO FEDERAL, Sr. José Walter Vasquez Filho, com endereço comercial

- <sup>1</sup> Doc. 01A – Estatuto Social.  
Doc. 01B – Ata de Eleição da Diretoria.  
Doc. 01C – Cartão de CNPJ.  
Doc. 02 – Procuração.  
<sup>2</sup> Doc. 03 – Procuração *ad judicium*.

SHIS QI 07, CONJUNTO 01, CASA 24, LAGO SUL, BRASÍLIA – DF. CEP: 71.615-210  
FONE/ FAX: + 55 61 3248 4343 – 3248 0307







JABBOUR & FERREIRA  
ADVOGADOS

no Anexo do Palácio do Buriti, 15º andar - CEP 70075-900 e (iii) ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, Sr. Galeno Furtado Monte, com endereço comercial no Edifício Anexo do Palácio do Buriti, 15º andar, sala 1509 – CEP 70075-900, o que passa a fazer com base nos seguintes fundamentos:

### I – INTRÓITO

Está em andamento o certame licitatório, na modalidade Concorrência Pública, deflagrado pela Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal (Edital de concorrência nº 01/2011-ST) visando o “a outorga de Concessão para Prestação e Exploração de Serviço Básico Rodoviário do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, por meio de veículos de transporte coletivo de passageiros, distribuída em 5 (cinco) lotes de serviços”<sup>3</sup>.

A sessão pública para entrega e abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação e propostas foi originalmente designada para o dia 19/04/2012.

Contudo, diversos interessados (e o próprio Ministério Público do Distrito Federal), constatando a existência de diversas ilegalidades no edital, formularam representações e questionamentos perante o Tribunal de Contas do Distrito Federal, as quais foram parcialmente acolhidas, com determinação para retificação do instrumento convocatório.

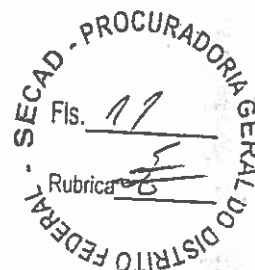
Ocorre que antes mesmo da determinação de retificação do edital por parte do Tribunal de Contas do Distrito Federal, a Secretaria de Transportes do Distrito Federal divulgou comunicado suspendendo o certame e anunciando a retomada dos estudos técnicos para alteração das disposições editalícias.

Após a realização das referidas alterações, em 10/08/2012 a Secretaria de Transportes do Distrito Federal republicou o aviso de licitação tornando pública a nova (atual) versão do instrumento

<sup>3</sup>

Doc. 04 – Edital anexo

SHIS QI 07, CONJUNTO 01, CASA 24, LAGO SUL, BRASÍLIA – DF, CEP 71.615-210  
FONE/ FAX: + 55 61 3248 4343 – 3248 0307





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

convocatório, designando o dia 14/09/2012 (sexta-feira próxima, para a sessão de entrega e abertura das propostas.

Ocorre que já desde a versão anterior do instrumento convocatório a Impetrante, empresa do ramo de transporte público de passageiros, tem buscado se preparar para a participação no certame, iniciando os estudos necessários para a elaboração de sua proposta comercial e para organização dos documentos que comporiam o seu envelope de habilitação.

Ocorre que ao proceder à análise do edital a impetrante se deparou com um sem-número de ilegalidades flagrantes que implicavam em restrição ao universo de licitantes, em indícios fortíssimos de direcionamento da licitação a empresa já pré-selecionada e ao desatendimento a toda uma série de exigências relacionadas às providências que deveriam ter sido implementadas anteriormente à publicação do edital.

Destaque-se ainda que chegou ao conhecimento desta empresa o fato de que o Ministério Público do Distrito Federal encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Governador do Distrito Federal e ao Sr. Secretário de Transportes do Distrito Federal (primeira e segunda autoridades impetradas) a Recomendação nº 02/2012, na qual apontou uma série de ilegalidades flagrantes no instrumento convocatório e recomendou fossem tomadas todas as medidas necessárias a fim de restaurar a legalidade que deve marcar a atuação da Administração.

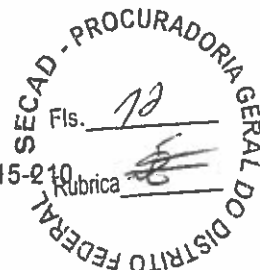
Tal recomendação segue acostada ao presente *mandamus*<sup>4</sup>, destacando-se que a mesma foi disponibilizada no site do Ministério Público do Distrito Federal e pode ser acessada por meio do link "[http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4648&Itemid=1](http://www.mpdft.gov.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=4648&Itemid=1)".

Não restando alternativa a esta empresa que não se socorrer do Judiciário com o fito de assegurar seu direito líquido e certo de participar

<sup>4</sup>

Doc. 05 – Recomendação 02/2012 - MPDFT

SHIS QI 07, CONJUNTO 01, CASA 24, LAGO SUL, BRASÍLIA – DF, CEP 71.615-210  
FONE/ FAX: + 55 61 3248 4343 – 3248 0307





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

de um certame lícito e conforme a legislação de regência, passa-se a demonstrar a existência das ilegalidades verificadas no edital.

## II. DO DIREITO

Como é cediço, o sistema jurídico impõe a obrigação de elaboração de um instrumento convocatório para licitação que se consubstancie em um instrumento veiculador das regras aplicáveis aos casos específicos, conferindo densidade e concreção aos comandos legais.

Os itens que compõem o edital são normas jurídicas com força vinculante para a Administração (órgão licitador) e para todos os interessados (licitantes) daí a clássica afirmação de Hely Lopes Meirelles: *"O edital é a lei interna da licitação"*<sup>5</sup>.

Como diploma normativo infralegal, o edital está sujeito às limitações dos regulamentos e demais atos normativos de índole inferior à lei em sentido formal, tendo por finalidade a fiel execução da lei.

Portanto, em matéria de restrições, não poderá ampliá-las para além daquelas previstas em lei, pena mesmo de se violar não apenas sua vocação complementar da lei, mas também um dos princípios basilares da licitação, que é a ampla competitividade em igualdade de condições.

Todavia, o edital da licitação em exame veicula algumas regras incompatíveis com as leis de regência do certame, de modo que impede - de forma ilegal e arbitrária - a participação da impetrante no certame.

### II.1 – DAS EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS AO UNIVERSO DE LICITANTES

Consoante ficará claro da análise dos tópicos seguintes do presente Mandado de Segurança, as autoridades coatoras, responsáveis pela elaboração do edital e pela deflagração do certame em referência

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 25ª edição. p. 257.







JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

fizeram constar do edital uma série de exigências indevidamente restritivas do universo de licitantes aptos a concorrer.

As disposições editalícias que serão abordadas adiante são indevidamente restritivas tanto em decorrência da inexistência de amparo legal que poderia, em tese, lhes dar sustentáculo, quanto em razão de não guardarem correlação lógica com o objeto licitado.

Assim, é de se reconhecer a ilegalidade das disposições editalícias que serão adiante apontadas, com o consequente reconhecimento de que as mesmas caracterizam ato coator ofensivo ao direito líquido e certo desta impetrante de participar de um certame lícito.

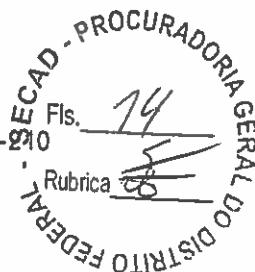
II.1.a. - ILEGALIDADE RELATIVA À EXIGÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO E DE QUALIFICAÇÃO JURÍDICA NÃO PERTINENTE AO OBJETO LICITADO

Dispõem os itens 16.1.1 e 21.2.1.2 do Edital da Concorrência 01/2011-DF, quanto às condições de participação e quanto às exigências para habilitação jurídica no seguinte sentido:

16.1.1 - Poderão participar da Licitação as pessoas jurídicas ou consórcio de pessoas jurídicas que tenham no seu objeto social previsão de atividade econômica que inclua a operação de serviços de transporte coletivo de passageiros, que comprovem o atendimento das condições e demais exigências deste EDITAL e da legislação em vigor.

21.2.1.2 - O objeto social deve incluir a atividade de Transporte Coletivo de Passageiros;

Deflui da leitura dos itens editalícios acima transcritos que o edital estabelece como condição de participação no certame e como condição para habilitação jurídica dos interessados que os licitantes tenham em seu objeto social a atividade de Transporte Coletivo de Passageiros. Indaga-se: é legítima tal condição?





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Se uma licitação é realizada, o é porque a Administração entende que determinado serviço, que originalmente deveria prestar, será melhor prestado por um particular. Mas, por óbvio – esse óbvio se sustenta em princípios como o da impessoalidade, moralidade e afins –, a Administração não pode simplesmente escolher um particular qualquer. Ela deve, por meio da licitação, abrir uma competição, com regras objetivas, que torne possível encontrar o particular que prestará melhor esse serviço.

Como é cediço, distintas modalidades de licitação estabelecem distintos critérios para que se possa caracterizar o particular que possui as melhores capacidades/condições. Mas o objetivo final, em última análise, é a prestação do serviço da melhor forma possível pelo sujeito que tem as melhores condições de fazê-lo.

Sob essa ótica, fica claro que condições de participação que não apresentem qualquer relação com essa finalidade – a melhor execução do objeto licitado – não são justificáveis. Se a participação em uma licitação é condicionada a algo, essa condição deve ter uma razão para existir. Se nos indagarmos “*por que essa condição existe?*”, alguma resposta que tenha relação com a melhor execução do objeto licitado deve ser fornecida. Marçal Justen Filho, com autoridade, leciona nesse sentido:

A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado. Somente se admitem condições específicas que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. Como visto, o direito de licitar existirá quando o sujeito for titular dos requisitos para realizar satisfatoriamente as prestações do futuro e eventual contrato. Portanto, as “condições” da licitação deverão ser fixadas tendo em conta o objeto da licitação.<sup>6</sup>

Logo, se o edital condiciona a participação de empresas em uma licitação e a sua habilitação jurídica à presença em seu objeto social do requisito “atividade de Transporte Coletivo de Passageiros”, deve haver uma razão para que essa condição exista. Ela deve ter alguma relação, por

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. pp. 374-375.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOGADOS

mais remota que seja, com a melhor forma de execução do objeto da licitação.

Neste ponto, indaga-se: é possível que uma empresa que não tenha em seu objeto social a expressão "atividade de Transporte Coletivo de Passageiros" possa desenvolver o serviço que é objeto deste edital?

A resposta a esta indagação certamente será afirmativa. O fato dessa expressão não constar no objeto social de determinada empresa não exclui logicamente a possibilidade que a mesma execute todos os serviços que constituem o objeto deste certame. Ora, é possível que a empresa possua apenas a "atividade de transporte" em seu objeto social e, mesmo assim, demonstre vasta experiência e capacitação técnica para a prestação dos serviços objeto do certame.

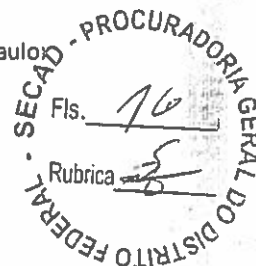
Se não há nenhuma conexão conceitual entre a expressa previsão no objeto social de uma empresa da expressão "atividade de Transporte Coletivo de Passageiros" e a aptidão para a prestação dos serviços objeto deste certame, por qual razão essa exigência se justificaria? Nenhuma razão há.

A respeito da ilegalidade de exigências que não tenham relação alguma com o objeto licitado, recorremos à lição de Marçal Justen Filho:

Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos.<sup>7</sup>

A exigência, portanto, não apenas é evidentemente ilegal, mas também claramente ilógica, desarrazoada e descabida. Destarte, medida de rigor a declaração de nulidade da exigência representada pelo item 21.2.1.2 do edital, concedendo-se a segurança ora perseguida.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 337, grifos nossos.







**II.1."b" - DA EXISTÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO DESVINCULADA DO OBJETO LICITADO**

Destaca-se ainda, em acréscimo ao que já exposto, a existência no edital de exigência habilitatória no presente certame completamente dissociada da natureza do objeto ora licitado. Assim estabelece o item 21.3.1.4 do edital:

21.3.1.4 - Prova de regularidade com a Fazenda Estadual mediante certidão negativa ou com efeito negativo, emitida pela Fazenda do Estado onde está sediada a LICITANTE ou pessoa jurídica consorciada;

21.3.1.5 - Prova de regularidade com a Fazenda Municipal mediante certidão negativa ou com efeito negativo, emitida pela Fazenda do Município onde está sediada a LICITANTE ou pessoa jurídica consorciada, englobando tributos mobiliários;

Como consta do item 21.3.1.4 e 21.3.1.5 do instrumento convocatório acima transcrito, deverá ser comprovada pelas licitantes a sua regularidade fiscal tanto em relação aos tributos municipais quanto em relação aos tributos estaduais.

Ocorre, contudo que, as atividades licitadas (prestação de serviços de transporte público de passageiros), por se consubstanciarem unicamente de atividade de prestação de serviço, ensejam unicamente o recolhimento de tributos mobiliários, no caso, Imposto Sobre Serviços – ISS.

Descabida neste ponto, portanto, por desvinculada da atividade a ser realizada pela licitante, a exigência de comprovação de regularidade fiscal relacionada aos tributos estaduais,

Vale destacar neste sentido julgado do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no qual se decidiu pela inadmissão de exigência de comprovação de regularidade fiscal relativa a tributos que não guardem relação com a atividade a ser desenvolvida pela futura contratada. Neste sentido:



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Trata-se de representação formulada pela COOPERATIVA DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE COLETIVO E DE CARGAS DO ESTADO DE SÃO PAULO contra o edital da Concorrência nº 014/2010, promovida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE DIADEMA, cujo objeto é a outorga de concessão a título oneroso para exploração e prestação de serviços de transporte coletivo público de passageiros na cidade de Diadema.

(...)

No que toca à regularidade fiscal, há evidente excesso da alínea "g", do item "05.2", quando através dela se requisita a certidão negativa de débitos referentes aos tributos municipais imobiliários, ou certidão de inexistência de imóvel, na medida em que a natureza dos tributos imobiliários da Fazenda Municipal da sede da empresa licitante não os torna requisito essencial de existência e aptidão para a prestação dos serviços que constituem o presente objeto.

Tal imposição, aliás, coloca-se em confronto com a pacífica jurisprudência desta Corte, a exemplo das decisões exaradas nos processos TC- 032300/026/08, TC-000746/009/10, TC-000653/009/10 e TC 015356/026/10, que consolidaram o posicionamento de que os parâmetros eleitos pela Administração, como prova da regularidade fiscal, devem guardar pertinência e adequação com as atividades desenvolvidas no segmento ligado ao objeto que se pretende contratar, nos termos da Lei de Regência.

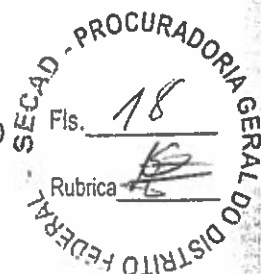
E é do próprio sistema do artigo 29, da Lei Geral de Licitações, que se extrai tal comando, pois ao ser considerado que a prova de inscrição no cadastro de contribuintes será pertinente ao ramo de atividade e compatível com o objeto contratual, é por esta mesma extensão que se dará a prova de regularidade.

Conclusivamente, portanto, deverá ser excluída a prova de regularidade perante os tributos imobiliários da Fazenda Municipal da sede da licitante, tal como se requisita na alínea "g", do item "05.2".<sup>8</sup>

Outros são ainda os precedentes daquela Corte que caminham na mesma linha:

Com relação às previsões do subitem 4.2.5, entendo que assiste razão à representante, porquanto a prova de regularidade para com a Fazenda Municipal em tributos imobiliários não se coaduna com o entendimento jurisprudencial que vem se consolidando nesta Corte, no sentido de que esse requisito da

<sup>8</sup> TC 32676/026/10, Rel. Eduardo Bittencourt Carvalho, julgado em 06/10/2010





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

licitação deve observar a natureza da contratação que se pretende efetivar.

No caso específico, a prestação de serviços de transporte escolar não envolve atividade passível da incidência de tributos imobiliários, devendo o edital ser retificado nesse aspecto.

(...)

Em razão de todo o exposto, meu voto é no sentido de se considerar parcialmente procedente a Representação formulada pela empresa Local Car Locação de Veículos Ltda., formulada contra o edital da Concorrência nº 06/09 da Prefeitura Municipal de Itaquaquecetuba, para o fim de se determinar àquele Executivo a retificação dos seguintes pontos do instrumento impugnado:

a) Correção do Anexo I do edital, eliminando a incongruência quanto ao número de assentos dos ônibus;

**b) ELIMINAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL EM ÂMBITO MUNICIPAL PARA TRIBUTOS IMOBILIÁRIOS, PREVISTA NO SUBITEM 4.2.5.<sup>2</sup>**

Desta feita, pelas razões expostas, há de ser concedida a segurança, com a consequente invalidação do instrumento convocatório que contém exigência ilegal e restritiva no que concerne à comprovação da regularidade fiscal dos proponentes.

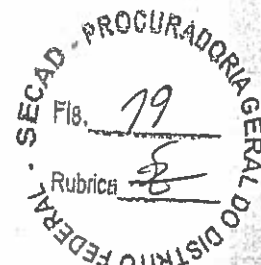
**II.1.c - DA RESTRITIVIDADE DA INADMISSÃO DE ATESTADOS EMITIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO SEM HOMOLOGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO**

De acordo com a disposição do item 21.4.1.1.2 do instrumento convocatório, as proponentes que pretendam apresentar atestado emitido por pessoa jurídica de direito privado deverão adotar o seguinte procedimento:

21.4.1 - A documentação relativa à qualificação técnica, no tocante à demonstração de experiência, consiste em:

21.4.1.1 - A LICITANTE deverá apresentar atestado emitido em seu nome, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público, pertinente e compatível

<sup>2</sup> TC 17698/026/09, Rel. Fulvio Julião Biazzi, julgado na sessão de 27/05/09.







JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

com o objeto da presente licitação, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, em linhas urbanas, suburbanas, intermunicipais e/ou interestaduais, em quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.

**21.4.1.1.2 - Caso a prestação de serviço tenha sido realizada por subconcessão, o atestado fornecido pela subconcedente deverá ser homologado pelo respectivo PODER CONCEDENTE, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei Federal 8.987/1995.**

A exigência constante do referido item editalício é claramente ilegal por afronta ao art. 30, §1º da Lei nº 8.666/93, na medida em que prescreve exigência não contida em Lei para fins de habilitação.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos é expressa ao dispor no sentido de que é possível a formulação de exigência de comprovação de experiência anterior mediante apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público OU de direito privado. Não consta do art. 30, §1º da Lei nenhuma distinção acerca da validade do atestado emitido por uma ou por outra. Vejamos:

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

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

No caso, constou do instrumento convocatório restrição não amparada por Lei, na medida em que se impôs obrigação de que, caso o atestado a ser apresentado tenha sido emitido por pessoa jurídica de direito privado (subcontratante), deve o mesmo ser homologado pela Administração Pública.

Como já destacado, a Lei não possibilita a imposição de nenhuma diferenciação entre os atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, de sorte que a própria Lei presume que os atestados emitidos por uma e por outra devem ser igualmente



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

considerados pela Administração para fins de comprovação da capacidade técnica do licitante, sendo neste sentido o entendimento já manifestado pelo E. Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em acórdão de brilhante lavra que restou assim assentado:

[a regra editalícia] "que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado é incompatível com o artigo 30, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, que expressamente permite a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado".<sup>10</sup>

A melhor doutrina é unânime ao afirmar serem taxativos os róis de documentos inseridos nos artigos 28 a 31 da Lei 8.666/93. Neste sentido, valiosas as lições de Marçal Justen Filho, que inclusive fazendo referência a julgado do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 402711), assim concluiu:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O EDITAL NÃO PODERÁ EXIGIR MAIS DO QUE ALI PREVISTO, MAS PODERÁ DEMANDAR MENOS.

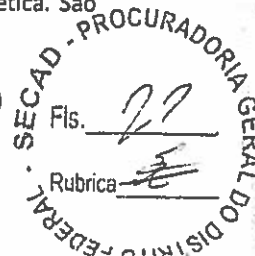
Essa interpretação foi adotada pelo próprio STJ, ainda que examinando a questão específica da qualificação econômica. Determinou-se que "não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art. 31, da Lei 8.666/93" (Resp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 11.6.2002). Os fundamentos que conduziram à interpretação preconizada para o art. 31 são extensíveis aos demais dispositivos disciplinadores dos requisitos de habilitação<sup>11</sup>.

A impossibilidade de ampliação do rol de documentos previsto pelos artigos 28 a 31 da Lei 8.666/93 também foi devidamente ressaltada pelo saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, cujas lições ora trazemos à colação:

Como dissemos precedentemente (v. o item 1.3.1, "Documentação", neste Capítulo), as exigências para a habilitação dos licitantes são balizadas pelo inciso XXI do art. 37

<sup>10</sup> TRF1 – Apelação em MS nº 1999.01.00.0144752-7

<sup>11</sup> Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética. São Paulo: 2005. Pág. 306.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

da Constituição Federal, que veda exigir dos licitantes documentação atinente à capacidade técnica e financeira que não for indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. Como regra geral, para a habilitação dos licitantes a Administração não pode exigir além do rol de documentos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666, de 1993. Exigências maiores têm sido rechaçadas pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive dos Tribunais de Contas.<sup>12</sup>

E o E. Tribunal de Contas da União também possui entendimento pacificado neste sentido:

(...) Abstenha-se de exigir, para habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos artigos 28 a 31 da Lei nº. 8.666/93, caracterizando restrição ao caráter competitivo do certame.<sup>13</sup>

Se, conforme já demonstrado com amparo na doutrina e na jurisprudência pacífica sobre o tema, descabe falar em exigência de documento não previsto nos róis contidos nos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações, com igual justificativa não há como se admitir imposição de exigência habilitatória não prevista em Lei.

No caso, nem mesmo seria admissível eventual, porém frágil, justificativa no sentido de que o atestado emitido pelos entes e órgãos da Administração gozaria de maior confiabilidade em relação àqueles emitidos pelos entes privados.

Isto porque, consoante se infere do art. 43, §3º<sup>14</sup> da Lei nº 8.666/93, sempre será possível a realização de diligências por parte do órgão licitante a fim de verificar se as informações constantes do atestado apresentado são firmes e verídicas.

<sup>12</sup> Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 14ª Edição, p.146.

<sup>13</sup> TCU – Processo nº 020.795/94-7, Decisão nº 202/1996, Plenário.

<sup>14</sup> § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.





JABBOUR & FERREIRA  
A D V O G A D O S

O que é certo é que não se pode impor ao particular obrigação não amparada em Lei, na medida em que as próprias disposições legais aplicáveis ao caso tratam de equiparar os atestados emitidos por entes públicos e privados.

Por fim, vale ressaltar o completo descabimento da eventual alegação no sentido de que o *discrímen* em questão estaria amparado nas disposições do art. 26 da Lei nº 8.987/95, cujo teor é o seguinte:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

Ora, uma leitura minimamente atenta do dispositivo legal acima transcrito leva à conclusão inequívoca no sentido de não decorrer da mesma a necessidade de que sejam "homologados" os atestados emitidos por pessoa jurídica de direito privado em caso de subcontratação.

O que decorre da Lei neste ponto é pura e simplesmente a necessidade de que, caso a concessionária pretenda subcontratar parcela dos serviços, o faça apenas após autorização do poder concedente.

Não se esqueça, conforme já ressaltado, que eventual dúvida quanto à veracidade do atestado (ou mesmo quanto à existência de autorização para subconcessão) poderia ser facilmente solucionada mediante a realização de diligência.

O que não se admite é que se presuma fraude nos atestados emitidos por pessoa jurídica de direito privado para, com base em tal presunção, se formular exigência não prevista em lei para fins de habilitação.

Em suma, a Lei não autoriza a imposição de exigência de homologação de atestado de qualificação técnica emitido por pessoa jurídica de direito privado, de sorte que o instrumento convocatório, ao dispor de maneira diversa, extrapola os limites legais das exigências



JABBOUR & FERREIRA  
A D V O G A D O S

Não há como se negar que, anteriormente à expedição de qualquer certidão negativa de débitos perante o Distrito Federal, a adjudicatária deverá constituir estabelecimento no Distrito Federal, afinal, não há a menor justificativa para exigência de certidão de regularidade fiscal de empresa que não esteja vinculada ao ente que venha a expedir esta certidão.

Desta forma, a exigência editalícia questionada, quando analisada com cautela e considerando o panorama acima destacado, implica na obrigação de que a adjudicatária, no prazo exíguo de apenas 30 (trinta) dias, desloque sua sede ou constitua filial no Distrito Federal e solicite e tenha expedida em seu favor certidão de regularidade fiscal por aquele ente.

Como o prazo estabelecido para adoção de tais exigências é impossível de ser cumprido, o que se constata é que, DE MANEIRA DISSIMULADA, acabou-se por incluir no instrumento convocatório exigência restringindo o universo de licitantes apenas para as empresa previamente situadas no Distrito Federal.

Assim, por mais esta razão deve ser concedida a segurança perseguida.

## II.II – DAS ILEGALIDADES QUE IMPLICAM EM DIRECIONAMENTO DO CERTAME.

Em acréscimo ao que já exposto, vale ressaltar que foram incluídas no edital uma série de exigências ilegais das quais decorre indício de direcionamento do certame, bem como, deixaram de ser fornecidas uma série de informações que são conhecidas unicamente pelos atuais operadores (o que também implica em indevido beneficiamento destas empresas).

O reconhecimento dos vícios acima apontados enseja a invalidação do instrumento convocatório, na medida em que sem as informações relativas á operação dos serviços concedidos (em sentido amplo), os interessados não possuem condições de elaborar propostas



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

comerciais sérias e precisas, estimando os seus custos, investimentos e receitas.

A formulação de propostas sem a disponibilização de todos os elementos necessários para tanto transforma a participação dos licitantes no certame em verdadeira loteria, na qual, com a utilização de raciocínio de adivinhação quanto às reais características da operação, sagrar-se-á vencedor o licitante que tenha apresentado a proposta de menor valor.

Na realidade o que parece é que a Secretaria de Transportes tem guardado os dados necessários para a elaboração de uma proposta e os fornecerá a quem bem entender, ou está a garantir a continuidade da operação pelos atuais contratados, uma vez que são estes os únicos a conhecê-los.

Nem se diga, por sua vez, que por se tratar de certame realizado com fundamento legal na Lei nº 8.987/95, poderia se relegar a elaboração do projeto básico a momento posterior à contratação, o qual ficaria a cargo da empresa que viesse a ser contratada.

Isto porque, não obstante se reconheça que eventuais peculiaridades relacionadas aos serviços licitados possam, eventualmente, ser definidas em conjunto com as empresas contratadas, somente será possível selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração caso a todos os interessados se dê pleno conhecimento das características mínimas relacionadas ao serviço a ser executado.

No caso dos autos foi a explicitação de tais características mínimas ignorada quando da elaboração do edital do certame ora atacado, podendo-se assim afirmar que inexiste qualquer possibilidade de que os interessados - ao menos aqueles que não são os operadores atuais - com base em parâmetros idênticos e previamente conhecidos, possam elaborar suas propostas.

Devem ser destacadas, no caso, as brilhantes lições de Marçal Justen Filho, jurista paranaense para quem:



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

A DESCRIÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO CONTIDA NO EDITAL NÃO PODE DEIXAR MARGEM A QUALQUER DÚVIDA NEM ADMITE COMPLEMENTAÇÃO A POSTERIORI. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente a descrição deve ser clara. No caso, "sucinto" não é sinônimo de "obscuro". SE A DESCRIÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO NÃO FOR COMPLETA E PERFEITA, HAVERÁ NULIDADE, NOS TERMOS ADIANTE APONTADOS.<sup>15</sup>

Acrescenta ainda o renomado jurista que:

Portanto, a Administração tem o dever de evidenciar que a decisão de iniciar o procedimento licitatório foi antecedida de todas as diligências necessárias à colher as informações necessárias à elaboração das condições da futura contratação e do estabelecimento de regras satisfatórias para licitação. Caracteriza-se sério vício quando se evidencia que a Administração desencadeou a licitação sem ter cumprido essas providências, assumindo o risco de insucesso, controvérsias e litígios.

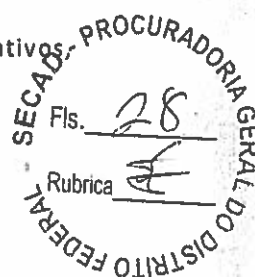
5) A definição do Objeto Licitado: Projetos Básico e Executivo.

Esse é o sentido a ser extraído da exigência de elaboração de projetos básico e executivo, como condição para instauração da licitação. Não se trata de formalidade destituída de sentido nem se pode reputá-la como satisfeita mediante documentos destituídos de maiores informações. O projeto básico deverá conter as informações fundamentais que demonstram a viabilidade do empreendimento examinado. O projeto executivo determinará minuciosamente as condições de sua execução, inclusive no tocante a custos, que permite avaliar a compatibilidade da contratação com o interesse coletivo, com os recursos estatais disponíveis com as outras exigências relacionadas com o bem comum.<sup>16</sup>

No caso, como se verá nos tópicos subsequentes, inexistem quaisquer parâmetros que possam subsidiar a elaboração das propostas pelos licitantes interessados, dada a ausência de identificação das características mínimas dos serviços pretendidos.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª Ed., pg. 386.

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição.





Tratando especificamente de licitações para outorga dos serviços de transporte coletivo de passageiros, destacamos precedentes do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quanto à indispensabilidade da disponibilização a todos os licitantes de informações suficientes para a precisa definição do objeto, sem as que impossível a formulação de propostas. Neste sentido:

No mérito, acolho o pronunciamento da SDG por me filiar ao seu entendimento de que procedem as questões ligadas a evidencia de que o edital não fornece algumas informações indispensáveis a formulação de propostas, mormente quanto a fixação clara e objetiva de cláusulas ligadas as metas efetivas do Poder Público. Uma verificação do edital e de seus anexos e reveladora de que não estão demonstradas as bases que levaram a Administração a estimar o valor total do contrato em R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) para os dez anos de concessão, e o valor de cada ano de operação em R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

E nada obstante os parâmetros básicos consignados nos Anexos I a VI, o ato convocatório ainda padece da inexistência dos necessários demonstrativos financeiros a respeito dos investimentos que serão exigidos e dos custos operacionais estimados, bem como da previsão de usuários das linhas de transporte listadas no Anexo I.

Também ha visível impropriedade na forma como a Prefeitura Municipal de Ilha Bela esta a descrever o objeto no item "1.2", quando dispõe que os serviços serão prestados por ônibus, microônibus "...ou qualquer outro modo que venha a ser implantado durante a vigência da concessão...", na medida em que o Poder Público deve antever com objetividade todos os meios de transporte que serão utilizados no transcorrer da concessão dos serviços de transporte publico urbano que pretende contratar.

Todas estas omissões ora reveladas demonstram manifesta falta de transparência e objetividade na definição do empreendimento a ser concedido, de modo a estar criada situação que inviabiliza uma segura formulação de propostas por parte do universo de potenciais competidores, em detrimento do interesse publico.

De outro lado, não ha como desconsiderar que a eficácia das atividades de regulação e fiscalização dos serviços outorgados depende diretamente do poder de vinculação das cláusulas estabelecidas previamente pela Administração, que e o que não esta a ocorrer com a presente licitação.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Com efeito, a definição clara do empreendimento e elemento essencial para a composição da equação econômico-financeiro de qualquer contrato de concessão de serviços públicos, e a omissão da Administração quanto aos parâmetros técnicos que os lastreiam e conduta que afronta os princípios da eficiência e da moralidade, bem como os primados da isonomia e da vantajosidade.

Como observa Marçal Justen Filho, na obra "Teoria Geral das Concessões de Serviço Público":

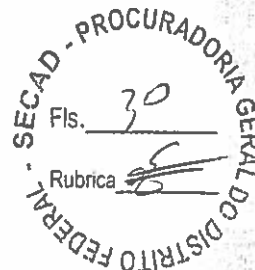
"Deve-se ter em vista que a concessão configura, para a atividade econômica, um custo de transação. A expressão é empregada para referir-se a um aspecto fundamental das relações econômicas. Trata-se de reconhecer que os preços praticados pelo empresário privado refletem ampla e integralmente seus custos, incorporando também certos fatores relacionados às próprias expectativas sobre a evolução da atividade. Todos os fatores aptos a influenciar os resultados do empresário refletem-se nos preços por ele praticados, de modo que se produz uma espécie de precificação de fatores da mais diversa ordem.

Isso equivale a afirmar que a ampliação dos riscos do empresário reflete-se na ampliação dos preços por ele praticados. A alusão à ampliação dos riscos não deve ser interpretada numa acepção terminológica restrita. Não se faz referência apenas a riscos econômicos do negócio, mas a todas as circunstâncias aptas a afetar a obtenção pelo particular dos resultados pretendidos. A insegurança sobre o adimplemento de obrigações de terceiros, os custos temporais e econômicos atinentes ao funcionamento do aparato administrativo e judiciário – tudo se reflete nos preços.

Daí decorre que a ampliação de incertezas e inseguranças, inclusive no tocante à intervenção estatal sobre o desenvolvimento futuro da concessão, alterará a qualificação do empreendimento em face de potenciais interessados, a ponto de afastar potenciais interessados e empresários de grande qualificação.

Dito de outro modo, o Estado e a Sociedade pagam um preço econômico pelos defeitos na concepção da concessão, pela ausência de segurança no relacionamento com o concessionário, pela atribuição a ele de riscos incompatíveis com a dimensão dos investimentos...".

Conclusivamente, o ente licitante devera promover ampla e profunda revisão do edital e de seus anexos a fim de





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

implementar substancial aperfeiçoamento da descrição e das definições do objeto a ser submetido ao regime de concessão.<sup>17</sup>

As decisões acima transcritas se aplicam integralmente ao caso em tela.

Tem-se ainda, como se verá ao final do presente tópico, que a ausência de determinação clara quanto às condições operacionais dos serviços e, conseqüentemente, a insuficiência das informações para elaboração das propostas, acaba por possibilitar o cometimento de arbitrariedades pela Administração, que se verá com verdadeira "carta-branca" para desclassificar quem melhor lhe aprouver e, ainda, para prorrogar os contratos celebrados com as empresas que mais lhe agradem.

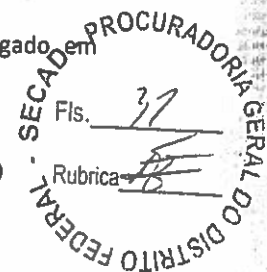
É o que se passa a demonstrar:

II.II.a - DA INDEVIDA DISCRICIONARIEDADE PARA AUTORIZAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE RECEITAS DE PUBLICIDADE - DA AUSÊNCIA DE PARÂMETRO PARA FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS E DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 11 E 18, VI DA LEI Nº 8.987/95

A despeito de não terem sido previstas quais as fontes das receitas alternativas a serem auferidas pela futura concessionária, é certo que do instrumento convocatório constou indicação no sentido de que as concessionárias poderão explorar ao menos uma atividade, qual seja: atividades de publicidade, nos termos do disposto no item 5.5 do instrumento convocatório, segundo o qual:

5.5 - As receitas acessórias decorrentes da exploração publicitária, de qualquer natureza, no interior ou na parte externa dos veículos das CONCESSIONÁRIAS, na forma física ou eletrônica por meio de televisores ou similares, se e quando

<sup>17</sup> TC-012975/026/10 e TC-013341/026/10, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, julgado em 28/04/2010.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

implantada pela(s) CONCESSIONÁRIA(S), ao longo da concessão, na forma do item 5.6, serão rateadas da seguinte forma:

- a) 50% (cinquenta por cento) auferidas pela(s) CONCESSIONÁRIA(S), como incentivo;
- b) 50% (cinquenta por cento) comporão a CONTA DE COMPENSAÇÃO, sendo contabilizadas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e a preservação da modicidade da TARIFA USUÁRIO.

A disposição em comento vem complementada pelo item 5.6 do mesmo instrumento, cujo teor é o seguinte:

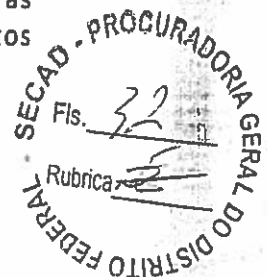
5.6 - A exploração das atividades referidas no subitem anterior deverá ser disciplinada por contrato firmado entre a(s) CONCESSIONÁRIA(S) e terceiro(s), avença que, necessariamente, deverá ser submetida à prévia e expressa anuência do Poder Concedente, por intermédio da SECRETARIA, bem como seus eventuais aditivos ou contratos correlatos.

Assim, ainda que se considere que no caso vertente a exploração de publicidade poderá ser a única fonte de receita acessória passível de ser explorada pelas futuras concessionárias, é certo que o edital acabou por postergar o momento em que será verificada a admissão (ou não) da exploração de tal fonte de receita, violando, por conseguinte, o disposto no art. 11 da Lei nº 8.987/95.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Sobre o tema dispõe também o art. 18, VI da mesma Lei, que se pede vênha para novamente transcrever:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:





JABBOUR & FERREIRA  
A D V O G A D O S

(...)

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

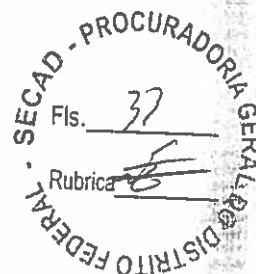
Da análise conjunta dos dispositivos legais em comento se extrai facilmente que segundo a Lei (i) o Poder Concedente poderá admitir a exploração de receitas acessórias, mas que (ii) o momento adequado para o estabelecimento desta possibilidade é por ocasião da deflagração do certame licitatório.

Ao postergar o momento da avaliação quanto à admissão, ou não, da exploração de receitas publicitárias para após a celebração do contrato de concessão, o órgão licitante acabou por violar frontalmente o disposto nos referidos dispositivos legais.

Com efeito, conforme já exposto nos tópicos precedentes, os licitantes devem ter condições de saber com clareza e segurança as condições relacionadas à execução do objeto contratual, dentre as quais, evidentemente, quais serão as suas fontes de receitas. No caso, simplesmente se outorgou absoluta (e inadmissível) liberdade para que a Secretaria de Transportes do Distrito Federal venha a, no decorrer da execução contratual, inadmitir a celebração de contratos de publicidade nos veículos por parte da concessionária.

Tal prática impede a formulação de propostas certas, na medida em que não saberão os interessados de antemão se possível, ou não, será a exploração de atividades acessórias, possibilitando assim a auferição de receitas extra-tarifárias.

O licitante que contar com as receitas decorrentes da exploração de publicidade por ocasião da elaboração de sua proposta certamente se consagrará vencedor da licitação. Contudo, nesta situação, ficará submetido ao risco de não ser autorizado a explorar a possibilidade de obtenção destas receitas alternativas.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

E mais. Com a outorga de liberdade absoluta à Administração para autorizar ou não a obtenção de receitas alternativas, abre-se a possibilidade de, expressa e claramente, se materializar favoritismo em favor desta ou daquela empresa.

Isto porque durante a execução contratual, caso eventualmente a concessionária não seja "do agrado" da autoridade responsável pelo deferimento da exploração das atividades acessórias, poderá indeferir o pleito formulado pela empresa com amparo no item editalício questionado, enquanto se a concessionária for "do agrado" da autoridade, o mesmo pleito poderá vir a ser deferido.

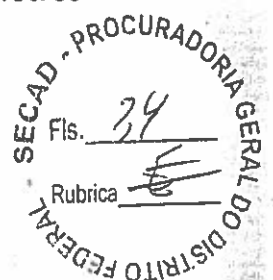
Veja-se que nem ao menos foram estabelecidos parâmetros ou diretrizes com base nos quais se daria a análise da autoridade competente, de sorte que a sua liberdade neste caso seria total.

Por esta razão, a disposição editalícia não apenas inviabiliza a formulação de propostas firmes como também está em desconformidade com o estabelecido nos arts. 11 e 18, VI da Lei nº 8.9987/95. Sendo assim, como a cláusula é ilegal, deve ser o ato das autoridades coatoras declarado nulo.

#### II.II."b" - DA INDEFINIÇÃO DAS FONTES DE RECEITA DAS FUTURAS CONCESSIONÁRIAS

Consoante sabido e conforme já anteriormente exposto, do instrumento convocatório devem constar obrigatoriamente todas as informações suficientes e necessárias a fim de possibilitar a todos os licitantes a formulação de propostas em pé de igualdade.

Ademais, o fornecimento de informações precisas para a formulação das propostas impede a adoção de posturas arbitrárias por parte da Administração, na medida em que por ocasião do julgamento das propostas a autoridade julgadora deverá ficar adstrita aos parâmetros previamente fornecidos.







JABBOUR & FERREIRA

ADVOGADOS

Pois bem, em relação a este ponto, a impetrante destaca a existência de contradição e indefinição no instrumento convocatório que reflete a absoluta falta de planejamento e a deficiência dos estudos técnico-econômicos realizados a fim de possibilitar que os licitantes formulassem suas propostas com base séria e segura.

Segundo o estabelecido no instrumento convocatório, a remuneração das concessionárias será composta da seguinte maneira:

XVII. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA: remuneração devida à CONCESSIONÁRIA, oriunda de recursos da arrecadação da TARIFA USUÁRIO em espécie, nos ônibus e, quando houver, terminais e estações de transbordo do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF, complementados com os repasses recebidos do Poder Concedente, junto à CONTA DE COMPENSAÇÃO, provenientes da comercialização de créditos eletrônicos de transporte, das fontes de SUBSÍDIO para custeio de gratuidades e de outras eventuais receitas acessórias, que corresponderá ao valor de sua TARIFA TÉCNICA vencedora da licitação, atualizada de acordo com as hipóteses de revisão e reajuste previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, multiplicada pelo número de PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS pela mesma concessionária, registrados no Sistema de Bilhetagem Automática;

Portanto, estabeleceu-se inicialmente que as gratuidades concedidas pela legislação distrital seriam suportadas pelo pagamento de subsídios que seriam depositados na Conta de Compensação, da qual seria extraída a remuneração das concessionárias.

Ocorre que consta de disposição posterior do instrumento convocatório informação no sentido de que as gratuidades poderiam vir a ser apenas parcialmente suportadas pelos subsídios provenientes do Poder Público. Ou seja, previu-se que o concedente poderá promover o custeio total ou parcial das gratuidades. Neste sentido o item 6.2 do instrumento convocatório.

6.2 - Por intermédio do repasse do SUBSÍDIO à CONTA DE COMPENSAÇÃO, o PODER CONCEDENTE promoverá o custeio total ou parcial de gratuidades e benefícios tarifários contribuindo para a modicidade dos valores de TARIFA USUÁRIO.



Desta forma, resta clara a indefinição da forma de composição da remuneração das futuras concessionárias, na medida em que de acordo com disposição extremamente clara do instrumento convocatório o Poder Concedente poderá vir a não arcar integralmente com o pagamento das gratuidades concedidas aos usuários dos serviços de transporte público de passageiros.

Ora, consoante frisado, os interessados devem ter plena ciência dos procedimentos a serem adotados para o pagamento da remuneração que lhes será devida, incluindo, neste caso, as fontes de recursos para pagamento de sua remuneração.

Ocorre que da leitura do disposto no item 6.2 do instrumento convocatório não é possível aos interessados concluir se o custeio das gratuidades se dará integral ou parcialmente pelo subsídio, bem como se em caso de custeio apenas parcial, qual será a fonte de recursos ou os procedimentos para o pagamento dos valores excedentes.

Por consequência, os interessados não possuem condições de elaborar suas propostas comerciais e tampouco possuem segurança quanto ao fato de serem regularmente remunerados pelo transporte de passageiros beneficiários da gratuidade tarifária prevista no instrumento convocatório.

E a falta de clareza e a contradição apontadas no instrumento convocatório, por sua vez, implica em ofensa ao princípio da isonomia e na possibilidade de que as autoridades julgadoras venham a, no decorrer da licitação, de forma arbitrária, classificar ou desclassificar licitantes ao seu bel prazer.

Isto porque caso o proponente considere em sua proposta o custeio total das gratuidades por meio do pagamento dos subsídios, inequivocamente estará em vantagem competitiva em relação àqueles que considerem a possibilidade apenas do custeio parcial destas gratuidades, mas, por outro lado, poderá estar sujeito à desclassificação de sua



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

proposta sob o argumento de que o custeio das gratuidades não será totalmente suportado pelo poder Público.

Por seu turno, é certo que caso o proponente considere em sua proposta apenas o custeio parcial das gratuidades em questão, poderá também vir a ser desclassificado em razão da posterior conclusão das autoridades julgadoras no sentido de que as gratuidades seriam inteiramente suportadas pelo Poder Concedente.

Ou seja, a abertura conferida pela indefinição do instrumento convocatório possibilita que de forma arbitrária, a Comissão de Licitação e as autoridades impetradas adotem a postura que melhor lhe convier por ocasião do julgamento das propostas apresentadas, em benefício ou prejuízo desta ou daquela empresa.

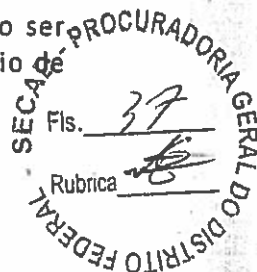
Desta forma, de rigor é a concessão da segurança ora perseguida para o fim de determinar a invalidação do instrumento convocatório, com a consequente ofensa ao direito líquido e certo desta empresa de participar de uma licitação que atenda de forma escorreita os mandamentos legais e que não esteja maculada por disposições que impliquem em direcionamento do certame.

II.II."c" - DA VIOLAÇÃO AO ART. 23, INCISO XII  
E ART. 18, I DA LEI Nº 8.987/95 - DA AUSÊNCIA  
DE FIXAÇÃO DAS CONDIÇÕES PARA  
PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS E DAS METAS  
A SEREM ATINGIDAS

O edital contém disposição ilegal ainda no que toca à absoluta liberdade conferida para a adoção de opção pela prorrogação ou não dos contratos de concessão que vierem a ser celebrados.

O item 8.1 do edital prescreve acerca da possibilidade de prorrogação contratual que:

8.1 - O prazo da concessão será de 10 (dez) anos, podendo ser prorrogado, por igual período e por uma única vez, por meio de





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

aditamento aos CONTRATOS DE CONCESSÃO, devidamente justificado em processo administrativo próprio.

A minuta do contrato, por sua vez, prescreve que:

(...)

CLÁUSULA VI

Do Objeto

1. O presente CONTRATO tem por objeto a delegação, por concessão, da Prestação e Exploração de Serviço Básico Rodoviário do STPC-DF, pelo prazo de 10 (dez) anos, prorrogável por igual período, por meio de veículos de transporte coletivo de passageiros, no Lote \_\_\_\_\_, cujas linhas, área de abrangência e demais características estão definidas no Anexo II do EDITAL.

(...)

CLÁUSULA IX

Do Prazo de Concessão

(...)

2. A prorrogação será realizada de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público e desde que verificada a adequada prestação de serviços ao longo da execução do período original da CONCESSÃO.

Da análise dos referidos itens se constata o claro desatendimento ao preconizado no art. 23, inciso XII da Lei nº 8.987/95, segundo o qual:

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

(...)

XII - às condições para prorrogação do contrato;

Como bem se percebe, não foram fixadas no instrumento convocatório quais as condições que devem ser atendidas para o fim de possibilitar, no caso concreto, a prorrogação dos contratos de concessão, havendo na minuta do contrato simples menção à prestação adequada do serviço.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Neste ponto é certo que a menção feita à possibilidade de prorrogação contratual mediante prestação adequada dos serviços é rigorosamente inócua, uma vez que a adequação na prestação dos serviços (tal como constante da cláusula IX do Contrato de Concessão) não passa de obrigação imposta à concessionária. Em caso de prestação de serviços de maneira inadequada, consequência inafastável seria a decretação de caducidade da concessão, na forma do item 10 cláusula XXIV do instrumento contratual.

Neste sentido são as lições de Marçal Justen Filho, para quem:

Nem se pode contrapor o argumento de que o concessionário está prestado o serviço de modo satisfatório para os usuários. Tal corresponde precisamente ao dever a ele imposto. O concessionário que fornece um serviço adequado, da mais elevada qualidade, está cumprindo seus deveres e tal não lhe assegura qualquer vantagem ou benefício jurídico peculiar.<sup>18</sup>

Em verdade, a prorrogação contratual nos contratos de concessão se trata de hipótese excepcional, cabível unicamente quando, em decorrência de alterações das condições do contrato original, a prorrogação contratual se mostre a saída mais adequada a fim de amortizar investimentos realizados pelos concessionários e não originalmente previstos.

Prossegue o preclaro mestre Paranaense em seu magistério sobre o tema:

Todas as considerações realizadas pressupõem o exato e preciso adimplemento pelas partes às obrigações assumidas por ocasião da outorga. Nega-se a possibilidade da prorrogação porque o concessionário já foi satisfeito, ao longo do prazo da concessão, mas a situação será totalmente distinta se as condições originais tiverem sido alteradas, inviabilizando-se a obtenção do resultado assegurado ao concessionário.

Em tal hipótese (e como se verá adiante, a propósito da extinção da concessão), a única solução para dispensar o concessionário ao final do prazo originalmente previsto reside na sua indenização prévia pelas perdas e danos incorridos. Se o poder concedente não dispuser de condições ou optar por não

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, pg. 269.







JABBOUR & FERREIRA

ADVOCADOS

realizar a indenização, então deverá encontrar-se uma solução alternativa. Se houver concordância do concessionário, uma solução cabível (a ser examinada oportunamente) será a prorrogação da concessão. Nesse caso, a prorrogação consistirá numa espécie de contrapartida pela redução de vantagens originalmente asseguradas ao particular.<sup>19</sup>

Como bem se vê, a prorrogação contratual não pode se tratar de um simples bônus concedido aos concessionários, sob pena de violar flagrantemente a obrigação constitucionalmente imposta para a delegação ao particular da titularidade da prestação dos serviços públicos.

E ainda que se entendesse que a prorrogação do contrato poderia se dar mediante simples verificação da satisfatoriedade na prestação dos serviços, é certo que tal condição deveria ser verificada de acordo com parâmetros objetivamente aferíveis.

Isto porque, tal como redigido o edital no caso ora tratado, bastaria que a autoridade competente para decidir pela prorrogação ou não do contrato de concessão afirmasse "ter sido satisfatória" ou "não ter sido satisfatória" a execução contratual.

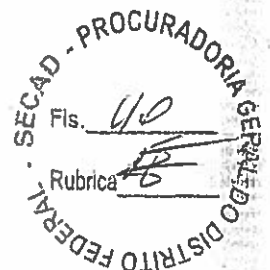
Com efeito, é justamente por esta razão que a Lei nº 8.987/95 estabelece como cláusula obrigatória no instrumento convocatório aquela que defina a as metas a serem alcançadas com a concessão. É isto o que estabelece o art. 18, inciso I do referido diploma legal:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

No edital em referência não há qualquer menção à quaisquer metas a serem atingidas pela futura concessionária, seja em relação à qualidade dos serviços, seja em relação a qualquer outro aspecto da operação.

<sup>19</sup> Ob. Cit pg. 270





JABBOUR & FERREIRA  
A D V O G A D O S

Ora, caso tivesse havido o estabelecimento de metas a serem atingidas (de acordo com o estabelecido no art. 18, I da Lei nº 8.987/95 acima transcrito), seria (em tese) possível ao poder concedente estabelecer com algum grau de objetividade o atendimento ou não aos níveis de satisfatoriedade aptos a possibilitar a prorrogação do contrato de concessão.

**Ao deixar a possibilidade de prorrogação contratual à simples verificação da satisfatoriedade na prestação dos serviços concedidos as cláusulas editalícias questionadas acabaram por possibilitar a adoção de medidas arbitrárias e de manifestação de favoritismos no que toca à prorrogação dos contratos de concessão que vierem a ser celebrados.**

Desta feita, o que se constata da análise dos argumentos do presente tópico do *mandamus* é que (i) o edital não estabeleceu de forma devida as condições para prorrogação do contrato de concessão, na medida em que tal prorrogação somente pode ocorrer em situações excepcionais, (ii) sendo que no caso concreto nem mesmo se poderia atrelar a possibilidade de prorrogação contratual à satisfatoriedade na execução do objeto, uma vez que no edital não foram previstas metas a serem atingidas pela concessionária. Ademais, foi demonstrado também que a ausência de fixação das metas a serem atingidas viola frontalmente o art. 18, inciso I da Lei nº 8.987/95.

Portanto, a segurança perseguida deve ser concedida com a consequente invalidação do instrumento convocatório.

**II.II."d" – DA RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO E DO  
INDÍCIO DE DIRECIONAMENTO PELO  
ESTABELECIMENTO DE PRAZO EXCESSIVAMENTE  
EXÍGUO PARA INÍCIO DA OPERAÇÃO**

O instrumento convocatório estabeleceu que o início da operação se dará em cada um dos lotes no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da assinatura do contrato de concessão. Neste sentido o estabelecido no item 8.2 do edital:



8.2 - O prazo máximo para início da operação dos serviços concedidos é de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de assinatura deste CONTRATO, podendo ser prorrogado, por deliberação do PODER CONCEDENTE, em requerimento próprio da(s) CONCESSIONÁRIA(S), justificado e comprovado, necessariamente, na impossibilidade de fornecimento e/ou fabricação de bens da concessão no prazo estabelecido, por motivo que não decorra de ação ou omissão da(s) CONCESSIONÁRIA(S).

Acerca das providências a serem adotadas pelas concessionárias para início da operação, prosseguem os itens 8.3 e 8.5 do edital estabelecendo que:

(...)

8.3 - A partir do início da operação, cada CONCESSIONÁRIA deverá contar com frota, equipamentos e recursos humanos integralmente disponíveis, atendendo a todas as especificações estabelecidas neste EDITAL e seus anexos.

(...)

8.5 - As CONCESSIONÁRIAS de cada um dos lotes licitados deverão iniciar a prestação dos serviços com frota 100% (cem por cento) nova (zero quilômetro), atendendo a todas as especificações do Anexo II.5 deste EDITAL e a configuração inicial de categorias e quantitativos definidos no Anexo II.2. A renovação ou incorporação de veículos, ao longo da concessão, somente poderá ser feita por veículos novos (zero quilômetro).

Da análise conjunta dos itens editalícios acima transcritos é possível constatar que para o início da operação as concessionárias deverão iniciar a operação com frota 100% (cem por cento) composta por veículos 0 (zero) quilômetros, além de precisarem contratar todo o pessoal a ser vinculado à operação dos serviços com exceção daquele destinado ao abastecimento, lavagem e manutenção dos veículos e instalar os Sistemas Integrados de Mobilidade e Sistema de Vigilância de Frota por Câmeras.

Ocorre que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias estabelecido para a adoção de todas estas medidas necessárias para o início da operação se mostra excessivamente exíguo diante do vulto das providências a serem adotadas pela futura concessionária, o que



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

claramente caracteriza direcionamento do certame para empresas previamente selecionadas ou, quiçá, para as atuais operadoras. Explica-se:

O início da operação dos serviços envolve a captação de recursos junto a instituições financeiras para (a) aquisição de veículos e sistemas (e, mais genericamente, para fazer frente a todos os investimentos exigidos da futura concessionária), (b) a efetiva aquisição de todos os veículos a serem alocados à prestação dos serviços, (c) a instalação dos sistemas de mobilidade e de vigilância nos veículos, (d) a realização de processo seletivo para contratação de pessoal e (e) a efetiva contratação de pessoal.

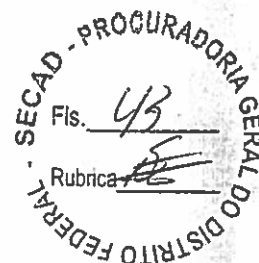
Ademais, é certo que a exigência no sentido de que 100% (cem por cento) da frota seja composta por veículos 0 (zero) quilômetros é de impossível atendimento no prazo em questão, haja vista a quantidade de veículos que serão alocados à prestação dos serviços de transporte público no Distrito Federal.

Diante deste quadro, tem-se que:

A futura concessionária deverá obter recursos para aquisição de aproximadamente 500 (quinhentos) veículos, além dos sistemas exigidos para início da operação.

Não há dúvida quanto a ser alargado o prazo necessário para obtenção de recursos desta magnitude, haja vista a necessidade de análise pelas instituições financeiras das garantias prestadas pela futura concessionária e o fato de decisão envolvendo crédito desta importância envolver diversos níveis de hierarquia dentro das referidas instituições.

Ademais, é certo que inexiste no mercado qualquer fornecedora de veículos que tenha disponibilidade para entrega imediata de aproximadamente 500 (quinhentos) veículos.





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Acrescente-se ainda que após a entrega dos veículos as futuras concessionárias deverão instalar todos os sistemas de vigilância e mobilidade atendendo rigorosamente as exigências do edital

Ademais, é certo também que a contratação do pessoal a ser alocado à prestação dos serviços também demanda tempo, mormente quando se considera a quantidade de colaboradores envolvidos e a necessidade de aferição de sua capacitação a fim de assegurar a prestação de um serviço de qualidade aos usuários do Distrito Federal.

Por fim, há de se considerar que como a frota, para todos os lotes, haverá de ser 100% (cem por cento) composta por veículos 0 (zero) quilômetros, não há tempo hábil, ainda que se considere a possibilidade de eventual prorrogação, para que a adjudicatária já possua tais veículos em condições de operação;

Com efeito, está-se a falar na aquisição de 500 (quinhentos) veículos por lote de serviços, em licitação composta por 5 (cinco) lotes, perfazendo-se então a necessidade de que os fabricantes de veículos procedam à entrega, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, de 2.500 (dois mil e quinhentos) veículos.

Diante disto, é notoriamente exíguo o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para início da operação dos serviços ante o vulto de obrigações e exigências a serem atendidas por parte das futuras concessionárias e ante a inequívoca impossibilidade de que os fabricantes procedam à fabricação neste prazo de 2.500 (dois mil e quinhentos) veículos 0 (zero) quilômetros.

Como o atendimento a todas as exigências necessárias para início da operação é de impossível cumprimento no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da assinatura do contrato, é certo que as mesmas somente poderão ser cumpridas por quem já inicie as providências necessárias para tanto anteriormente à assinatura do instrumento contratual.



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

E como a adoção destas providências implica em comprometimento financeiro, é certo que somente agiriam desta maneira empresa que já tivessem a "certeza" de que seriam contratadas ou que, por sua vez, solicitassem com antecedência a integralidade dos veículos que seriam alocados à prestação dos serviços.

A ainda que no caso o Poder Concedente não esteja pautando sua atuação pela má-fé, com o direcionamento do certame para os atuais operadores ou para novos operadores já previamente selecionados, é certo que a excessiva limitação do prazo para início da operação reduzirá sobremaneira a quantidade de licitantes interessados em participar da disputa, o que, por si só, já implica na necessidade de concessão da segurança ora pleiteada.

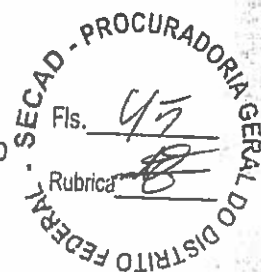
Isto porque com a participação de uma menor quantidade de interessados, evidentemente será obtida pela Administração uma proposta menos vantajosa financeiramente, o que implicará em uma tarifa mais elevada para os usuários dos serviços concedidos.

Em suma, por diversos ângulos sob os quais se analise a questão, é certo que a imposição de prazo excessivamente exíguo para início da operação dos serviços é flagrantemente ilegal, de sorte a ser necessária a invalidação do certame ora em curso.

### II.III – DAS DEMAIS VIOLAÇÕES FRONTAIS À LEI

#### II.III."a". DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 9º E 15, DA LEI 8.987/95 EM RAZÃO DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA MENOR TARIFA TÉCNICA OFERTADA

Visto que o edital adotou o critério de julgamento da menor tarifa, impõe-se a aplicação do disposto no art. 9º, da Lei 8.987/95. Explica-se:







JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Referido dispositivo legal estabelece que a tarifa do serviço concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação. Evidentemente, tal dispositivo só tem aplicabilidade se o critério de julgamento das propostas adotar a menor tarifa, já que há critérios que envolvem só técnica ou outros como o de maior outorga, não sendo dado aos licitantes oferecer qualquer tarifa.

Para melhor entendimento, trazem-se os pertinentes dispositivos da Lei Geral de Concessões:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

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;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Pois bem: muito embora o Poder Concedente tenha optado pelo critério da menor tarifa, previu-se que a tarifa do serviço não corresponderá àquela proposta pelo licitante vencedor, violando claramente o disposto no art. 9º.

Vejam-se os seguintes itens do edital, iniciando com o glossário:

XII. LINHA: serviço básico rodoviário regular de transporte público coletivo de passageiros prestado segundo regras operacionais, equipamentos, itinerários, terminais, pontos de



JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

parada intermediários, horários e TARIFA USUÁRIO prefixados e estabelecidos pelo Poder Concedente;

XVII. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA: remuneração devida à CONCESSIONÁRIA, oriunda de recursos da arrecadação da TARIFA USUÁRIO em espécie, nos ônibus e, quando houver, terminais e estações de transbordo do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF, complementados com os repasses recebidos do Poder Concedente, junto à CONTA DE COMPENSAÇÃO, provenientes da comercialização de créditos eletrônicos de transporte, das fontes de SUBSÍDIO para custeio de gratuidades e de outras eventuais receitas acessórias, que corresponderá ao valor de sua TARIFA TÉCNICA vencedora da licitação, atualizada de acordo com as hipóteses de revisão e reajuste previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, multiplicada pelo número de PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS pela mesma concessionária, registrados no Sistema de Bilhetagem Automática;

XXI. TARIFA USUÁRIO: valor ou valores diferenciados de tarifa decretados pelo Governador do Distrito Federal para utilização do Serviço Básico Rodoviário do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, os quais, relacionados ao número total de usuários pagantes de cada perfil tarifário e acrescidos do repasse de SUBSÍDIO e de outras eventuais fontes de receitas acessórias, devem propiciar a arrecadação de receita que assegure a remuneração das concessionárias pelas suas respectivas tarifas técnicas, para cada PASSAGEIRO PAGANTE TRANSPORTADO.

XXII. TARIFA TÉCNICA: valor, por PASSAGEIRO PAGANTE TRANSPORTADO, proposto pelas LICITANTES no presente certame e que servirá de parâmetro para a remuneração da concessão e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, no caso das LICITANTES vencedoras, observadas as condições de reajuste e revisão definidas no CONTRATO DE CONCESSÃO.

## 5 - REMUNERAÇÃO DA CONCESSÃO

5.1 - A REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS, que assegurará o equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS DE CONCESSÃO, decorrerá do valor da TARIFA TÉCNICA, apresentado nas propostas vencedoras da licitação, multiplicado pelo número de PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS.



JABBOUR & FERREIRA

Pela leitura dos itens acima, é fácil constatar que o Distrito Federal "criou" espécies de tarifas: (i) tarifa-usuário que é a tarifa propriamente dita, ou seja, o valor que o usuário paga para utilizar o serviço; e (ii) tarifa-técnica, que não é tarifa, mas sim apenas uma fórmula que serve para calcular a remuneração do concessionário.

Atecnias e invenções à parte, o fato é que a única tarifa que a lei prevê é o que o edital concebe como tarifa-usuário e que, ao determinar que os licitantes façam suas propostas com base na fórmula que ganhou o nome de tarifa-técnica (pois, tarifa não é), está, ao mesmo tempo, violando o art. 9º e o art. 15, da Lei 8987/95.

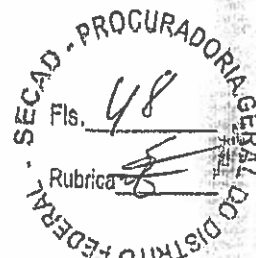
Viola o art. 9º porque a tarifa-usuário (a tarifa referida no dispositivo legal) não corresponderá à proposta da licitação mais vantajosa e vencedora do certame.

Igualmente viola o art. 15, pois, a despeito de anunciar que o critério de julgamento das propostas é o da menor tarifa, "cria" um critério de julgamento que não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais.

Basta que se confira atentamente todas as possibilidades que a lei confere para a aferição da proposta vencedora, que não se encontrará nenhuma que se coadune com esse conceito de "tarifa-técnica" (que, como dito, não é tarifa, mas sim o nome que se deu a uma fórmula para cálculo da remuneração do concessionário).

Pior: depreende-se do edital que essa fórmula "tarifa-técnica" é composta pela tarifa (tarifa-usuário) acrescida das fontes alternativas de receita previstas no art. 11 da Lei 8987/95 (receitas acessórias, subsídios e repasses da comercialização dos bilhetes eletrônicos), o que impende a concluir que a tarifa-técnica é maior do que a tarifa-usuário.

No entanto, de acordo com o edital, os parâmetros máximos de tarifa-técnica, postos como limites à aceitação das propostas por preço excessivo, são menores do que a tarifa-usuário, o que torna inaplicável e





JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

inconsistente a sistemática das espécies "tarifárias" adotada pelo Poder Concedente.

Assim, é de rigor que haja a invalidação do instrumento convocatório, dada a inadequação do critério de julgamento adotado às hipóteses da lei e, caso a menor tarifa ofertada seja o critério único ou combinado com outro, dentre os lícitos, seja atendido o disposto no art. 9º, ou seja, que a tarifa seja fixada com base no valor da tarifa da proposta vencedora.

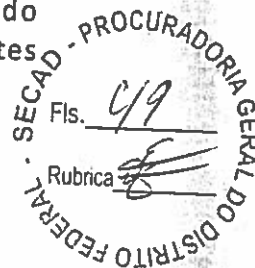
II.III."b" - DA IMPRESTABILIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA E DA VIOLAÇÃO AO ART. 39 DA LEI Nº 8.666/93

Ressalta-se ainda a necessidade de invalidação do procedimento licitatório também em decorrência da imprestabilidade da audiência pública que o precedeu.

Consoante sabido, a realização de audiência pública se impõe por decorrência do art. 39 da Lei nº 8.666/93, por se tratar o presente certame de licitação de grande vulto. Assim estabelece o referido dispositivo legal:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Sobre a importância e as características da audiência pública, em destacado artigo sobre o tema, a ilustre Procuradora Regional do Ministério Público do Trabalho, EVANA SOARES, fez importantes





JABBOUR & FERREIRA

ADVOCADOS

considerações, colhendo ensinamentos dos mais consagrados juristas pátrios e estrangeiros no assunto e proferindo precisos ensinamentos:

"A doutrina brasileira, na expoente voz de Diogo Figueiredo MOREIRA NETO, define audiência pública como 'um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual.

[...]

Considerando que a audiência pública serve à função administrativa, inclusive quando destinada ao controle e regulação dos serviços de utilidade pública privatizados, salienta Augustín Gordillo que ela deve se realizar à moda do processo judicial oral e seguir os princípios jurídicos de caráter geral, tais o devido processo legal, PUBLICIDADE, oralidade, simplicidade das formas, contraditório, PARTICIPAÇÃO DO PÚBLICO, instrução, impulso oficial, economia processual e, via de regra, gratuidade.

[...]

A realização de audiências públicas, como instrumento e participação popular na função administrativa, é inerente ao Estado Social e Democrático de Direito, servindo, também, para controle da atividade administrativa.

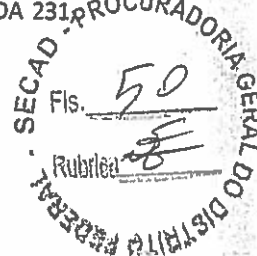
Essa participação popular tende a ser ampliada para 'maior afirmação de um costume democrático' e para que a autoridade administrativa tenha condições de melhor administrar, munida de opiniões mais próximas da realidade, traduzidas pelos representantes dos interesses coletivos."<sup>20</sup>

E mais: com a conhecida propriedade, assevera DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Na audiência pública, como no debate público, aplica-se também a participação dos interessados na decisão, inclusive com instância de negociação, mas, distintamente, se caracteriza por estar submetida a maior formalidade processual podendo servir tanto a uma atuação coadjuvante, a de que aqui se trata, como a uma atuação determinante por parte de interessados regularmente habilitados à participação."<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Evanna Soares, A Audiência Pública no Processo Administrativo, RDA 229, p. 259 e ss., grifos nossos.

<sup>21</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa, RDA 231, p.129 ess.



Sobre o tema, assevera ainda a mais qualificada doutrina:

A doutrina distingue vários graus de intensidade ou níveis de profundidade dos mecanismos participativos, cujos resultados poderão ser vinculantes ou não-vinculantes para a Administração pública.

As audiências públicas podem ter lugar na fase instrutória (preparatória ou pré-decisional) ou na fase decisória do processo administrativo, sem prejuízo da realização em ambas as fases processuais.

Realizada na fase preparatória, o objetivo perseguido é o de possibilitar uma ampla instrução do feito. Logo, tem um forte sentido informativo, tanto para Administração, quanto para os cidadãos. No que concerne aos órgãos públicos, invoca-se ainda o sentido de consulta, decorrente do fato de poder a Administração ouvir os interessados e, isso previamente à tomada da decisão.

Salvo disposição legal em contrário, o resultado da Audiência pública inserida nesta fase processual não vincula os órgãos públicos. É que a participação popular levada a efeito teve a finalidade de possibilitar a manifestação de opiniões propostas e, sobretudo, informar Administração e cidadãos.

Todavia, constatando que os institutos participativos têm lugar, notadamente, no âmbito da atividade administrativa discricionária, eventual posicionamento da população firmado em sede de audiência pública é mais um elemento na limitação da liberdade de atuação da Administração. Ainda que não vinculante, as exposições dos interessados devem ser minuciosamente consideradas pelo órgão "decididor", podendo inclusive constituir-se na motivação expressa de sua decisão.

(...)

Assim, desde que obrigatória, a realização da audiência pública será condição de validade do processo administrativo em que está inserida. Caso não implementada, ao arrepio da determinação legal, o processo estará viciado, e a decisão administrativa correspondente será inválida.<sup>22</sup>

Como se denota das lições dos preclaros doutrinadores cujos ensinamentos foram trazidos à baila, a realização de audiência pública não se trata de mera formalidade, ou de mera "etapa" do procedimento licitatório a ser superada pela Administração para a deflagração de procedimento licitatório, mas sim de importante instrumento de

<sup>22</sup> RTDP 21/1998 – Pg.169.



JABBOUR & FERREIRA

participação popular no exercício da função administrativa, conferindo aos maiores (se não únicos) interessados, os cidadãos, a possibilidade de opinar e efetuar o controle dos atos deflagrados pela Administração.

No caso dos autos, o que se verifica é que o procedimento indevidamente denominado de "audiência pública" que precedeu a publicação do edital ora questionado não passou de uma falácia. Foi uma medida tomada apenas "pro forma", com vistas a legitimar o desinteresse de submeter as questões afetas à presente licitação à discussão pela sociedade. Senão vejamos:

Inicialmente, afirma-se categoricamente que foi cerceada a participação popular na audiência pública em testilha diante do não fornecimento prévio de informações minimamente específicas acerca do objeto a ser concedido.

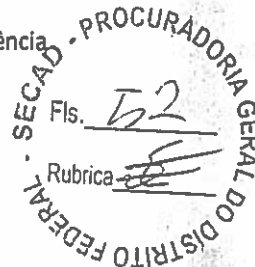
Isto porque não foram fornecidas aos interessados quaisquer informações minimamente detalhadas acerca de como funcionaria o sistema a ser concedido. Aos interessados foi fornecida unicamente uma apresentação extremamente superficial sobre o sistema de transporte público de passageiros do Distrito Federal, abordando quase que inteiramente informações sobre o sistema atual de transporte de passageiros<sup>23</sup>.

Nos 67 (sessenta e sete) slides da apresentação em *powerpoint* fornecida aos interessados, 28 (vinte e oito) slides são relativos ao diagnóstico do sistema atual de transporte público (com muitos deles contendo apenas esquemas gráficos sem legendas), 13 (treze) slides são indicativos dos modelos de concessão possíveis, com o simples fornecimento de exemplos acerca da concessão em bacias, e 11 (onze) slides são referentes à "visão de futuro para o sistema de transportes do DF", apresentando fotografias referentes ao metrô, ao BRT (Bus Rapid Transit) e ao sistema BRS (Faixa Preferencial de Transporte Público).

<sup>23</sup>

pública

Doc. 06 –Material disponibilizado aos interessados por ocasião da realização da audiência







JABBOUR & FERREIRA  
ADVOCADOS

Ou seja, praticamente não foram fornecidas informações acerca do sistema de transporte público de passageiros do Distrito Federal que se pretendia implementar!!!

Ora, evidentemente, os interessados somente poderiam efetivamente questionar e propor alternativas relacionadas aos aspectos da licitação caso lhes fosse assegurado conhecimento das características efetivas do objeto licitado em data anterior à data designada para a realização do procedimento.

Litigar em sentido contrário equivaleria a afirmar que estaria satisfeita a exigência legal com a simples realização, *pro forma*, da audiência pública, o que a todas luzes, implicaria em esvaziamento da norma que impõe a obrigatoriedade da realização do procedimento.

Se a lei impõe a obrigatoriedade de realização de audiência pública e se durante esta audiência podem (devem) os cidadãos propor soluções e questionamentos quanto ao procedimento a ser oportunamente deflagrado, resta evidente que a estes cidadãos deve ser dado conhecimento de todas (ou quase todas) as peculiaridades envolvidas na execução do objeto licitado.

Afirma-se assim categoricamente que deveria ter sido disponibilizada aos interessados pelo menos uma minuta do edital a ser publicado e do Termo de Referência (Projeto Básico) dos serviços a serem concedidos, para que assim os cidadãos interessados pudessem, com base em dados concretos, efetivamente propor soluções a serem adotadas por ocasião da efetiva deflagração do certame licitatório.

Repita-se, a realização de audiência pública sem o fornecimento de mínimos dados relativos ao sistema a ser concedido implica na realização de procedimento inócuo, que em verdade não passa de um simulacro.

A Professora Lucia Valle Figueiredo, ao discorrer sobre a importância das audiências públicas e sobre as informações mínimas que



JABBOUR & FERREIRA

devem ser tornadas públicas anteriormente à sua realização foi enfática ao destacar:

8. Deve-se proscrever, portanto, a possibilidade de que qualquer evento denominado audiência pública seja hábil a validar o edital, tal seja, o próprio procedimento licitatório. E, por isso mesmo, não se poderá permitir que medeie largo tempo entre a audiência e a publicação do edital.

Hábil a validar o edital será a audiência pública que cumpra sua finalidade básica de informar a obra ou o serviço a ser contratado, a forma pela qual será executado e o porquê de ter sido escolhida tal ou qual técnica, tudo isso com fundamentação suficiente.

Ademais, os participantes da audiência devem ter ampla liberdade de se manifestar e tentar demonstrar se a técnica é boa ou não, por que sim e/ou por que não, ou se haveria viabilidade de ser feita ou mais bem executada em outra técnica.

A Administração deverá, então, demonstrar quais os motivos que levaram à sua decisão, à escolha feita, declarando expressamente sua motivação para a escolha.

Já tivemos a oportunidade de, inúmeras vezes, dizer que a discricionariedade do administrador está balizada.

8.1 A finalidade da audiência pública é a publicidade, nesta entendida a possibilidade de participação ampla dos cidadãos. E de os interessados, ao fim e ao cabo, rejeitarem ou aprovarem o que tiver sido escolhido pela Administração.

Obviamente, a audiência pública não é para que a Administração apresente categoricamente sua escolha, efetuada anteriormente e cumpra, apenas e tão somente, etapa formal.

Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas.

Enfim, faz-se necessária a intercomunicação. Não se trata de um monólogo, mas, sim, de diálogo entre as autoridades e os cidadãos.<sup>24</sup>

Floriano de Azevedo Marques comunga do entendimento segundo o qual devem ser fornecidas aos interessados informações suficientes e específicas sobre o objeto a ser licitado:

<sup>24</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle, Instrumentos da Administração Consensual – A Audiência Pública e sua Finalidade, Revista Interesse Público, ano 5, nº 18, mar/abr 2003.





JABBOUR & FERREIRA

Mesmo que os contornos exatos do edital ainda não sejam de conhecimento público o que só se efetivará por ocasião da sua publicação a simples realização da audiência pública, com a divulgação de informações oficiais quanto à pretensão de realização do certame e a divulgação de informações relativas a esta licitação já proporcionarão maior grau de transparência ao futuro processo de escolha do fornecedor ou contratado.

Vale destacar, a propósito, que, dificilmente, uma licitação do porte previsto no artigo 39 da LL possa ser planejada sem o conhecimento dos interessados, este dispositivo garante que ao menos vinte e cinco dias antes da publicação do edital já seja de conhecimento público, de forma oficial, a abertura iminente do certame. Garante, ainda, que, na própria audiência pública, dados mais específicos sobre a futura obra sejam divulgados (o que ocorreria ao menos quinze dias antes da publicação do edital).<sup>25</sup>

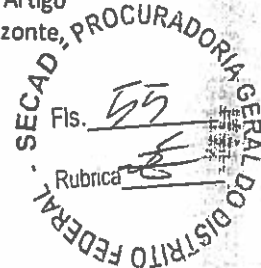
Ou seja, é imune de dúvidas a afirmação segundo a qual a realização de audiência deve ser precedida do fornecimento de informações específicas e suficientes sobre o objeto a ser licitado de forma a conferir efetividade ao procedimento.

Ademais, deve ser destacado o fato de que a audiência pública em referência é também inócua diante das inúmeras alterações pelas quais passou o edital no interregno compreendido entre a sua realização e a publicação da atual versão do instrumento convocatório.

Conforme foi destacado no introito do presente Mandado de Segurança, o edital atual já está em sua segunda versão após a realização da suposta "audiência pública", sendo certo que inclusive em razão da atuação do Tribunal de Contas do Distrito Federal, inúmeras alterações em seu corpo foram levadas a efeito pela Administração.

Destaque-se, apenas a título exemplificativo, que o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já decidiu pela paralisação de certame

<sup>25</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, Audiência Pública – O Alcance do Disposto no Artigo 39 do Estatuto de Licitações, Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, Ano 1, nº 9, set/2002.





JABBOUR & FERREIRA

licitatório em caso análogo ao presente – cujo objeto inclusive se tratava da seleção de empresa para prestação do serviço de transporte público. Veja-se o teor da decisão proferida nos autos do TC nº 32854/026/08:

4. Concentro-me no questionamento formulado pelos Representantes em relação à ausência de audiência pública. Ao comentar o artigo 39 da Lei n. 8.666/93, MARÇAL JUSTEN FILHO assevera que.

"A audiência pública é um dos instrumentos destinados a assegurar a transparência da atividade administrativa. Não se destina a garantir direitos subjetivos de pessoas determinadas, mas a proteger os interesses colocados sob tutela do Estado, objetivamente. Logo, ausência ou invalidade da audiência acarreta nulidade do procedimento licitatório. Portanto, esse vício pode ser objeto de questionamento segundo os princípios relacionados com os interesses coletivos e difusos. Sujeita-se a controle por via de ação popular, ação civil pública etc." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, pág. 382).

Na mesma linha, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR adverte que:

"Concorrência que, preenchidos os balizamentos conformadores da espécie, for realizada sem prévia audiência pública, ou com audiência a que foi cerceado o acesso de qualquer interessado, terá preterido formalidade essencial e padecerá de mal incurável, impondo-se-lhe o desfazimento, se concluída, ou a anulação do processado a partir do momento em que deveria ter havido a audiência, aproveitando-se os atos anteriores, medidas estas exigíveis tanto na via administrativa quando na judicial" (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 7ª edição, pág. 479).

No mesmo sentido decidiu esta Corte nos autos TC-34501/026/04 e TC-2496/006/04, Relator o E. Conselheiro EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO, no qual se assentou que:

"Procede o inconformismo dirigido contra a não realização de audiência pública, já que é instituto previsto expressamente no artigo 39, da Lei nº 8.666/93, o qual incide subsidiariamente nos processos de concessão de serviços públicos.

E tal fato ocorre porque a hipótese do dispositivo em comento, pautada no vultu da contratação, amolda-se perfeitamente à matéria abrigada nestes autos, vez que o caso vertente contempla ajuste que ensejará expressivos investimentos do empreendedor particular, à vista do capital social exigido dos licitantes e do prazo de 40 (quarenta) anos previsto para a outorga, devendo ser ressaltado que tais investimentos deverão retornar ao particular, somados a certa margem de lucro, por meio das tarifas que serão pagas pela população à empresa concessionária.



JABBOUR & FERREIRA

A propósito, a doutrina é pacífica ao atestar que a audiência pública não se trata de mero procedimento burocrático, mas atividade que assegura ampla discussão entre poder público e comunidade, ou seja, é a garantia do princípio da soberania popular.

Como o procedimento anterior (e neste se inclui a audiência pública) foi revogado, é realmente temerário presumir que o aproveitamento da audiência pública anterior serviria ao presente edital. Não se pode perder de vista que a licitação anterior foi suspensa para a abertura do novo certame "devidamente aprimorado e equacionado à atual realidade do Transporte Intermunicipal de Passageiros"; nem que a audiência pública que informou o certame precedente foi realizada há três anos, no contexto de seu específico momento. Ademais, não há como neste comenos identificar as novidades substantivas que devem ter sido incluídas no edital e de pronto proclamar que a distante audiência atende à lei de regência.

É o que basta para concluir pela inexistência de clareza em pontos relevantes deste procedimento, dificultando a formulação de propostas, o que aconselha a concessão da providência cautelar, a permitir sejam bem esclarecidas, durante a instrução, também todas as demais impugnações formuladas.

Enfim, como a audiência pública relacionada ao caso tratado não passou de um procedimento vazio, realizado tomando por base inclusive versão anterior do edital da licitação ora questionada, é de se reconhecer o violação ao art. 39 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com a consequente invalidação da Concorrência 01/2011-ST.

II.III."d" - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO

É de conhecimento de todos os que lidam com licitações que o instituto se sustenta em dois pilares, dos quais descendem outros tantos princípios e regras: (1) busca da proposta mais vantajosa para a Administração e (2) garantia de isonomia entre os potenciais interessados e proponentes.



JABBOUR & FERREIRA

Tais pilares constam na parte preambular da Lei Geral de Licitações, a Lei Federal 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

Todavia, uma disposição do edital em comento se afasta do desiderato da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A licitação em questão tem como critério de julgamento a menor tarifa, isto é, o proponente que ofertar a menor tarifa terá oferecido a proposta mais vantajosa para a Administração.

Também consta do edital que a licitação ocorrerá em 05 (cinco) lotes, de modo que para cada lote, o interessado deverá formular uma proposta.

O edital assegura a participação de um mesmo licitante em todos os lotes, vedando, contudo, a adjudicação de mais um lote para a mesma empresa. Ademais, caso um determinado licitante se sagre vencedor de um determinado lote, sua proposta nem mesmo será aberta quando da realização do julgamento dos lotes subsequentes. É o que dispõem expressamente os itens 16.1.7, 20.9 e 25.1.1 do edital:

16.1.7 - As LICITANTES poderão apresentar proposta para todos e quaisquer lotes que lhes interessarem, estando, no entanto, a adjudicação limitada a apenas um lote, conforme a ordem de julgamento definida no presente EDITAL.

(...)

20.9 - Homologado o resultado da licitação, no respectivo lote e adjudicado o seu objeto à LICITANTE vencedora, esta ficará impedida de participar dos demais lotes ainda não julgados, permanecendo os seus respectivos envelopes de proposta fechados, lacrados e retidos pela Comissão de Licitação, até o



JABBOUR & FERREIRA

encerramento da licitação, quando serão devolvidos lacrados e fechados à referida LICITANTE.

(...)

25.1.1 - A adjudicação estará limitada a um Lote por LICITANTE, conforme procedimento de julgamento definido no item 20 deste Edital.

A impossibilidade de uma mesma empresa ter adjudicado em seu favor mais de um lote, e mais, A VEDAÇÃO SEQUER DA PARTICIPAÇÃO DESTA EMPRESA NOS LOTES CUJO JULGAMENTO OCORRA POSTERIORMENTE À SUA ARREMATACÃO DE UM LOTE ANTERIOR, NA ORDEM DE JULGAMENTO, propicia a adjudicação do objeto à empresa que não ofereceu a menor tarifa, fazendo vencedor aquele que não venceu e fazendo do vencedor, o derrotado.

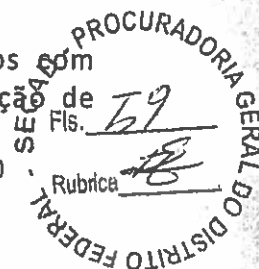
Isto porque, uma mesma empresa pode apresentar a melhor proposta (menor tarifa) para mais de um lote e até para os 05 lotes licitados.

Suponha-se que 5 empresas participem dos 5 lotes e, de acordo com suas opções de lotes de preferência, sejam adjudicados os objetos. Suponha-se que, em razão do atendimento ao item editalício acima, o último lote só possa ser adjudicado à pior proposta, situação na qual, inclusive, haverá uma única proposta aberta pela Comissão de Licitações.

Ora, fica claríssimo que, para esse último lote, o vencedor é aquele licitante que ofereceu a proposta menos vantajosa para a Administração, o que é um contrassenso e uma violação direta aos desideratos da licitação.

Não se alegue que a finalidade da referida exigência seria impossibilitar o denominado "monopólio", pois tal justificativa não encontra amparo na ordem jurídica e se choca com expressa disposição do art. 3º, da Lei 8.666/93, bem como ao princípio da modicidade tarifária e até ao princípio da economicidade.

Os malefícios dos monopólios são e devem ser contidos com instrumentos jurídicos adequados, como a fiscalização e a imposição de







JABBOUR & FERREIRA

metas de qualidade de desempenho à futura concessionária, jamais com violação à lei.

Na presente situação, o interesse público a ser alcançado se concretizaria com a contratação, em todos os lotes, com aquele que ofertasse a menor tarifa (proposta mais vantajosa), daí ser de rigor a concessão da segurança ora perseguida, com a consequente invalidação das disposições contidas nos itens 16.1.7, 20.9 e 25.1.1 do instrumento convocatório.

II.III."e" - DA DESCARACTERIZAÇÃO DO OBJETO LICITADO PELA DESCONSIDERAÇÃO DA PREVISÃO DE ALTERAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA - DA PREVISÃO DE ALTERAÇÃO DO OBJETO SEM O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO ÀS CONCESSIONÁRIAS

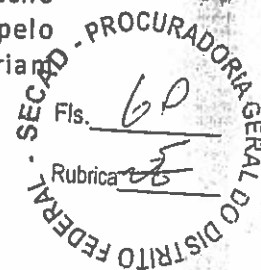
Em acréscimo ao acima exposto, destaca-se o fato de que antes mesmo da realização do certame já há a perspectiva de completa descaracterização do sistema de Transporte Público do Distrito Federal, sendo que não houve nenhum estudo, por mais superficial que fosse, indicando qual o tamanho do impacto incidente sobre a operação dos serviços a serem concedidos. Explica-se:

O anexo II.3 do edital estabelece a diretrizes para melhorias futuras na Infraestrutura do SPTC/DF. No referido anexo constam informações indicativas da iminência de entrada em operação de novos modais de transporte e a alteração significativa do Sistema de Transporte de Passageiros do Distrito Federal.

Do anexo mencionado extrai-se que:

**1.1 – Metro-DF**

A Companhia do Metropolitano do Distrito Federal planeja expandir a cobertura do Metrô, tanto com novas estações nas linhas existentes (com destaque para duas estações no trecho de Ceilândia e mais duas no trecho de Samambaia), quanto pelo prolongamento de linhas, chegando à Asa Norte, onde seriam implantadas mais nove estações.





JABBOUR & FERREIRA

(...)

#### 1.2 – VLT

O projeto previsto propõe o sistema denominado "Metrô Leve", com veículo modular de 43 m de comprimento e possibilidade de expansão para 54 m, largura 2,65 m, piso baixo, com capacidade para 560 passageiros.

A implantação está prevista para ocorrer nas seguintes etapas:

(...)

#### 1.3 – BRT

O programa Brasília Integrada prevê as seguintes infraestruturas de transporte coletivo por ônibus por meio de corredores BRT:

(...)

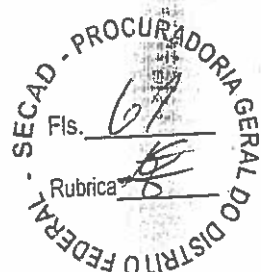
Como se percebe sem qualquer esforço, já há a indicação de que em curto prazo as características dos serviços ora licitados serão completamente alteradas.

Ocorre que a elaboração de propostas financeiras para participação em qualquer licitação para concessão de serviços públicos implica (i) na verificação das características dos serviços a serem concedidos, (ii) com a estimativa do montante dos investimentos envolvidos e (iii) a realização de estimativa da receita a ser auferida pelo concessionário em decorrência da demanda de usuários dos serviços.

E é com base em tais informações que os interessados elaboram seus planos de negócios, documento este que indica se o projeto é interessante ou não para os licitantes, ou se é viável ou inviável economicamente.

Como em projetos de grande porte como o presente o risco envolvido é igualmente considerável, resta claro que os licitantes, ao optarem por participar ou não de licitação deste porte analisam se o vulto do projeto (retorno do investimento em termos absolutos) compensa o risco (em termos técnicos) envolvido.

Ocorre que tal análise fica completamente prejudicada pela existência de previsão de completa descaracterização do sistema em curto prazo após o início da operação.





Não há dúvida de que a entrada em operação de novos modais de transporte e a ampliação dos modais já existentes descaracteriza completamente as condições de operação com base nas quais os licitantes optaram por concorrer e com base na qual iniciaram a operação.

Não apenas a quantidade de passageiros transportada é significativamente alterada, como também todas as demais características do sistema de transporte sofrem impacto relevante

A ilegalidade no caso ora tratado decorre do fato de que não houve sequer tentativa de prever qual o impacto das alterações previstas na operação dos serviços de transporte de passageiros por ônibus, nem a data em que tal impacto possivelmente seria sentido pelas concessionárias.

Com efeito, não se está aqui a afirmar a impossibilidade de que o sistema sofra alterações, mas sim a necessidade de que, caso já por ocasião da licitação exista a previsão destas alterações, que as informações relacionadas a estas alterações e os impactos dela decorrentes sejam devidamente fornecidas aos licitantes por meio de estudo específico quanto ao tema.

Merecem destaque, neste ponto, as palavras do insigne Marcos Augusto Perez que aborda a questão de forma irretocável em sua obra "O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público", para quem:

Melhor dizendo, a identificação dos riscos de uma concessão é essencial não só para a verificação de sua viabilidade econômica e financeira, como também deve conduzir, do ponto de vista estritamente jurídico, à previsão expressa dos riscos contratuais, dos mecanismos de atenuação contratual destas áleas e dos mecanismos contratuais de solução de eventuais conflitos entre as partes (divisão de ônus, inclusive), que sejam relacionados à superveniência de situação fática identificada com os riscos previstos nos estudos prévios à contratação.

Alguns exemplos podem aclarar o que ora sustentamos. EM UMA CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS, OS ESTUDOS PRÉVIOS À LICITAÇÃO DO CONTRATO PODEM VERIFICAR UMA SÉRIE DE FATORES DE RISCO: variação



JABBOUR & FERREIRA

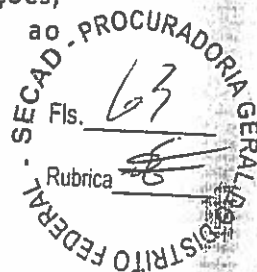
imponderada do preço dos combustíveis (derivados de petróleo ou eletricidade); alto risco de demanda em virtude competição com outras modalidades de transporte ou de evasão provocada pela deterioração do serviço em passado recente; alçada elevada dos investimentos a comprometer a modicidade da tarifa. Uma vez identificados, estes riscos podem ser equacionados em termos contratuais: as tarifas, por exemplo, podem ser vinculadas na proporção devida à variação dos combustíveis, como forma de amenizar o risco de desequilíbrio do contrato; o risco de demanda pode ser assumido integralmente pelo concedente ou pelo concessionário ou, ainda, partilhado na proporção e na forma que o contrato estabelecer; os investimentos podem ser divididos entre as partes (muito embora este não nos pareça, de forma geral, o melhor arranjo pois há uma tendência do concedente não realizar ou postergar os investimentos de sua responsabilidade) ou pode ser fixada cláusula de solidariedade financeira, por meio de avais do concedente ou subsídio tarifário direto para a atenuação do risco de excessivo aumento da tarifa, inviabilizando o acesso universal ao serviço.

(...)

Diga-se, ainda, que deve emergir desse planejamento prévio a própria opção pela delegação ou não dos serviços aos particulares e a escolha, se for o caso, de uma das formas de gestão delegada dentre todas as que forem legalmente permitidas (e.g. concessão simples, concessão administrativa ou concessão patrocinada). A afirmação parece óbvia, mas se torna imprescindível fazê-la, tantas são as oportunidades em que temos verificado a inexistência de qualquer planejamento na execução dos serviços públicos e demais funções públicas.

(...)

Esse é o sentido que se deve atribuir aos estudos e atos de justificação da concessão referidos nos artigos 5º, 16, 18 e 21 da Lei nº 8.987/95. Muito embora o texto da lei nacional de concessões não seja suficientemente claro, A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA DO SEU TEXTO CONDUZ AO ENTENDIMENTO DE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVE, PREVIAMENTE À REALIZAÇÃO DE QUALQUER CONCESSÃO, REALIZAR PROFUNDOS ESTUDOS DE VIABILIDADE DA CONCESSÃO, COMPREENDENDO O SEU DETALHADO PLANEJAMENTO, que evidenciará: a conveniência da outorga e seu objeto, área e prazo (art. 5º); o caráter de exclusividade ou não da concessão e sua viabilidade técnica e econômica (art. 16); os projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas (art. 18, IV) e demais investigações, levantamentos, despesas ou investimentos vinculados ao empreendimento.





JABBOUR & FERREIRA

As informações acerca dos impactos da alteração do objeto da concessão são indispensáveis para que os interessados, sopesando os riscos inerentes à contratação, possam optar por participar ou não da licitação.

Nem se diga, por seu turno, que a ausência dos estudos relacionados ao impacto decorrente da operação de novos modais de transporte seria suprida pela previsão de que seria ressarcido o saldo residual dos bens definidos como reversíveis. Tal previsão consta dos itens 4.6 e 4.6.1 do edital, assim como dos itens correspondentes constantes do contrato, segundo os quais:

4.6 - Caso, durante a concessão, o DF venha a implantar novos modais de transporte, com a utilização de distinta tecnologia de material rodante, diverso do modo rodoviário, como trem, metrô ou similares, poderá ser reduzido o objeto das concessões ora licitadas, observados os limites legais, sem que disso resulte qualquer direito à indenização às CONCESSIONÁRIAS, ressalvados os ressarcimentos do saldo residual de bens que sejam definidos como reversíveis.

4.6.1 - Ocorrendo a hipótese definida no presente item, será realizada a revisão das TARIFAS TÉCNICAS, para manutenção da equação econômico-financeira dos contratos, utilizando-se como parâmetro a preservação da Taxa Interna de Retorno de Investimento prevista nas planilhas de fluxo de caixa das propostas vencedoras da licitação, excluído qualquer provisionamento de lucros cessantes.

(...)

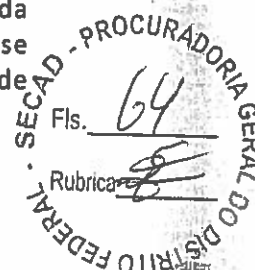
#### CLÁUSULA VI

#### DO OBJETO

(...)

8. Caso, durante a concessão, o Distrito Federal venha a implantar novos modais de transporte, com a utilização de tecnologia de material rodante distinta do rodoviário, como trem, metrô ou similares, poderá ser reduzido o objeto das concessões ora licitadas, observados os limites legais, sem que disso resulte qualquer direito à indenização à CONCESSIONÁRIA, ressalvados os ressarcimentos do saldo residual de bens que sejam definidos como reversíveis.

9. Ocorrendo a hipótese definida no item anterior, será realizada a revisão da TARIFA TÉCNICA, para manutenção da equação econômico-financeira do CONTRATO, utilizando-se como parâmetro apenas a preservação da Taxa Interna de





JABBOUR & FERREIRA

Retorno de Investimento prevista na planilha de fluxo de caixa da proposta vencedora da licitação, apresentada pela concessionária, excluído qualquer provisionamento de lucros cessantes.

A inocuidade e a ilegalidade da previsão constante dos itens editalícios acima transcritos decorre de uma série de razões.

A primeira, e talvez mais importante delas reside no fato de que, conforme anteriormente exposto, no edital não consta qualquer indicação dos bens definidos como reversíveis.

E ainda que assim não fosse, é sabido que, em regra, em licitações para o transporte público de passageiros os veículos a serem alocados à prestação dos serviços e as garagens utilizadas pelas concessionárias não são considerados bens reversíveis.

Considerando tais informações, o que fica evidente é que da previsão do item 4.6 do instrumento convocatório decorre, em verdade, a previsão de que o sistema poderá ser completamente desfigurado ("reduzido o objeto das concessões", nos termos do item 4.6) sem que haja a garantia de pagamento de qualquer indenização pela redução na quantidade de veículos exigidos para a operação da demanda ou pela redução das linhas a serem operadas.

As concessionárias serão obrigadas a adquirir os veículos para operação dos serviços em conformidade com o estabelecido no edital, operarão com a quantidade de veículos exigida por prazo indefinido e indeterminado e, por ocasião da alteração do sistema com a inclusão de novos modais, serão obrigadas a retirar parte considerável dos veículos adquiridos de circulação sem que haja, de acordo com o previsto no edital, o pagamento de qualquer indenização!!!!!!

Ademais, ao se estabelecer que apenas haverá indenização por bens reversíveis não amortizados, consequência natural é o afastamento da previsão de indenização, por exemplo, pelo passivo trabalhista que será imediatamente assumido pela futura concessionária.



JABBOUR & FERREIRA

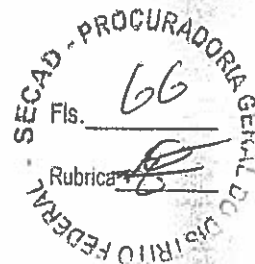
Com efeito. É certo que a redução da extensão ou da quantidade de linhas a serem operadas pelas futuras concessionárias (**em quantitativo que sequer é conhecido**) implicará na necessidade de dispensa de um elevado número de funcionários. A dispensa de funcionários, por sua vez, inequivocamente implicará em um passivo de grande monta a ser suportado pela concessionária que teve o objeto de seu contrato reduzido, o que no caso vertente se dará sem o pagamento de qualquer indenização.

Com efeito, decorre das disposições editalícias questionadas a obrigação de que (i) a concessionária contrate pessoal para prestação dos serviços concedidos, (ii) a possibilidade de que parcela desconhecida deste pessoal venha a ser dispensada já logo no início da operação dos serviços, (iii) com a assunção do passivo trabalhista (indeterminado e indeterminável pelas licitantes atualmente) venha a ser integralmente assumido pela empresa sem a previsão de pagamento de qualquer indenização.

Desta forma, tanto em decorrência do fato de que pela ausência de estudos quanto aos impactos de alteração do sistema as interessadas não possuem condições de verificar a vantajosidade da contratação quanto em decorrência da previsão de que o sistema poderá ser reduzido sem o pagamento de qualquer indenização (seja por veículos adquiridos, seja pelo passivo trabalhista assumido pela concessionária), nos moldes do item 4.6 do edital, de rigor é a invalidação do instrumento convocatório.

II.III."f" - DO NÃO ATENDIMENTO À  
DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO  
DISTRITO FEDERAL QUANTO À ADAPTAÇÃO DOS  
VEÍCULOS PARA TRÁFEGO NO EPTG

Conforme foi anteriormente destacado, o instrumento convocatório foi anteriormente submetido à análise por parte do E. Tribunal de Contas do Distrito Federal, que reconheceu, por consequência, a ilegalidade de uma série de cláusulas editalícias.







JABBOUR & FERREIRA

Dentre as determinações do Tribunal de Contas Distrital constou a obrigação de que o instrumento convocatório previsse a utilização de veículos com portas dos dois lados, em razão da implantação do corredor "Estrada Parque Taguatinga – EPTG", em fase de conclusão.

Em razão da determinação em testilha, as autoridades coatoras fizeram incluir no instrumento convocatório as disposições do item 4.8 e 4.8.1, segundo as quais os licitantes deveriam se preparar para a operação em parte das linhas com veículos contendo portas de ambos os lados. Neste sentido:

4.8 - As linhas cujo itinerário incluía a faixa exclusiva da Estrada Parque Taguatinga – EPTG, bem como quaisquer outras faixas exclusivas destinadas ao tráfego de veículos do STPC/DF, sempre tendo em conta o planejamento operacional, serão atendidas com veículos que viabilizem a operação naquelas vias e, se e quando necessário, que possuam portas em ambos os lados, observadas as especificações da Resolução n.º 4.741, de 16 de abril de 2012, do Conselho de Transportes do Distrito Federal.

4.8.1 - Para fins de proposta na presente licitação, as LICITANTES deverão considerar a utilização apenas de veículos com portas à direita. Durante a vigência da concessão, no exercício de suas prerrogativas legais e de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público, o PODER CONCEDENTE poderá determinar a utilização de veículos com portas à esquerda ou em ambos os lados, consoante prevê o Manual inserido no Anexo II.5 deste EDITAL, promovendo, concomitantemente, a revisão da TARIFA TÉCNICA, caso necessário, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS.

Contudo, conforme destacado acima na transcrição dos itens editalícios, a despeito de se prever a utilização no corredor EPTG de veículos com portas de ambos os lados, foi imposta a obrigação de que os licitantes, em suas propostas, desconsiderassem tais custos, ou seja, previu-se que os licitantes deveriam ofertar propostas considerando unicamente veículos com portas em um único lado.

Ao assim dispor, é certo que o edital acabou por prever a desconfiguração completa da proposta ofertada, de sorte que os custos de operação, no caso estarão desvinculados da proposta ofertada pela



JABBOUR & FERREIRA

licitante no decorrer do certame licitatório, ainda que se tenha previsto a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E por consequência, acabou-se por desatender a determinação da Corte de Contas Distrital, na medida em que, conforme se infere do teor dos pareceres dos órgãos técnicos<sup>26</sup>, da manifestação ministerial acostada àquele feito<sup>27</sup> e da própria decisão<sup>28</sup>, o que motivou a determinação para alteração do edital foi justamente a insegurança no que concerne ao impacto das alterações na tarifa técnica.

Neste sentido:

É louvável que o edital tenha procurado resguardar a "autonomia do poder concedente em definir a especificação técnicas dos veículos de acordo com as características operacionais de cada via, atentando-se para não petrificar as exigências atuais, mormente em função de possíveis mudanças viárias". com efeito, é de todo pertinente manter tal flexibilidade no sistema. porém, a mudança viária na EPTG já foi implantada e precisa ser contemplada pelo Edital. As faixas exclusivas foram executadas, em oneroso pavimento rígido, do lado esquerdo da via. Da mesma forma foram construídos os abrigos, cada qual equipado com passarelas para acesso dos passageiros. Diante desse vultoso investimento, não se pode conceber que o Governo ainda tenha dúvidas quanto ao lado pelo qual deverão ocorrer os embarques e desembarques de passageiros na EPTG.

(...)

71 – Essa omissão no Edital gera insegurança para o licitante, na medida em que a licitação não especifica características dos veículos que serão necessários posteriormente, afetando diretamente o valor da Tarifa Técnica da remuneração da concessionária.

72 – Outro aspecto relevante é que a falta de especificação objetiva dos veículos, inclusive quanto ao prazo do emprego de ônibus com determinadas características, certamente levará a um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em função de uma necessidade já conhecida. Dessa forma, não se justifica que a licitação exija que o licitante disponibilize ônibus sem

<sup>26</sup> Doc. 07 – Parecer técnico proferido no processo 12.086/11 do Distrito Federal.

<sup>27</sup> Doc. 08 – Manifestação do Ministério Público no processo 12.086/11 do Distrito Federal.

<sup>28</sup> Doc. 09 – Decisão determinando a retificação do instrumento convocatório proferida no processo 12.086/11 do Distrito Federal.



JABBOUR & FERREIRA

portas dispostas à esquerda, para, pouco tempo depois, a ST/DF, em uso da "autonomia do Poder Concedente", determinar essa alteração, com a já esperada consequência de ter de aumentar o valor da tarifa técnica, para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.<sup>29</sup>

47. Como se vê, já existe estudo elaborado, e aprovado por Lei, que define a forma de operação do transporte coletivo no DF, e, em especial na EPTG. Conforme relatório final do PDTU, os veículos que trafegarem naquela estrada deverão possuir porta em ambos os lados!

48. Dessa forma, não há motivos para que a Secretaria de Transportes não estabeleça de antemão, como vai operar inicialmente o sistema e informe aos licitantes essa pretensão. A justificativa de que exigir que os licitantes apresentem propostas com ônibus que abrem portas em ambos os lados aumentaria o custo das tarifas não é admissível.

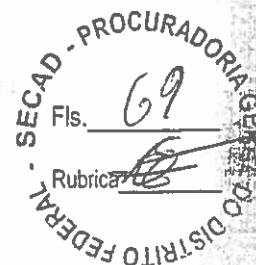
49. Ora, se num primeiro momento as concessionárias apresentarem ônibus com portas apenas do lado direito, para baratear custos, vemos que o sistema não irá funcionar adequadamente. Em algum momento o custo de aquisição de ônibus com portas de ambos os lados deverá ser incluído na tarifa. Se não for no momento da licitação, com certeza será no momento de operação.<sup>30</sup>

Da leitura dos pareceres constantes do processo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, salta aos olhos que a determinação para retificação do edital decorreu justamente do descompasso entre os custos de operação e a proposta ofertada.

Que a operação seria afetada pela implantação do EPTG, não há dúvida, assim como também não se discute a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico financeiro quando da alteração dos veículos. No caso, tanto o parecer técnico quanto o parecer do Ministério Público se manifestaram pela retificação do edital em razão da necessidade de que se previssessem de antemão tais custos e que fossem os mesmos considerados na proposta.

<sup>29</sup> Parecer técnico acostados às fls. Fls. 1.273/1.274 do processo no TCDF

<sup>30</sup> Manifestação MP acostada às Fls.





JABBOUR & FERREIRA

Como bem se vê, deve se proceder à invalidação do instrumento convocatório, tanto diante da previsão de que a operação, de fato, não corresponderá ao modelo adotado na proposta financeira ofertada, quanto em razão do descumprimento da determinação do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

### II.III."g" - DA ILEGAL RESTRIÇÃO AO REPASSE DE SUBSÍDIOS

É cediço que o concessionário se remunera primordialmente pela arrecadação tarifária. Não obstante, a Lei Geral de Concessões, ao estabelecer o princípio da modicidade de tarifas, criou mecanismos que propiciem a realização do princípio da modicidade tarifária, prevendo fontes alternativas de receitas para os prestadores do serviço público. Nesse sentido, dispõe o art. 11:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

As outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como de projetos associados são instrumentos postos à disposição sempre visando a beneficiar o usuário.

A previsão de subsídios pagos pelo Poder Concedente é amplamente utilizada no serviço de transporte público coletivo, servindo, inclusive, como meio preferencial de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, antes da revisão tarifária.

A própria legislação distrital prevê o pagamento de subsídio, conforme se extrai da Lei 407, de 07 de janeiro de 1993:





JABBOUR & FERREIRA

Art. 15 – O serviço prestado pelos transportadores autônomos fará jus aos subsídios oferecidos aos usuários do serviço de transporte público coletivo explorado por empresas e transportadores autônomos nas áreas caracterizadas de baixa renda dos assentamentos, no Distrito Federal.

Art. 16 – Na concessão dos subsídios de que trata o artigo anterior, os recursos serão providos a partir daqueles alocados ao Fundo de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, de acordo com o disposto no item "d", do inciso II, do art. 15 da Lei nº 239/92, de 10 de fevereiro de 1992.

Na contramão do que se pratica nos mais variados entes da federação e em sentido oposto ao que dispôs em lei, o Distrito Federal decidiu que somente subsidiará as gratuidades e benefícios tributários estabelecidas em lei (hipóteses legais em que o usuário é dispensado do pagamento da tarifa ou tem desconto sobre o valor dela), conforme se vê nos item 5.4.1.1:

5.4.1 - Para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS, a TARIFA USUÁRIO deverá ser fixada, reajustada e revisada, pelo PODER CONCEDENTE, em valores que, relacionados aos passageiros pagantes de cada perfil tarifário e considerando o repasse do SUBSÍDIO e outras eventuais receitas acessórias, propiciem arrecadação suficiente para a constituição do valor de REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS.

5.4.1.1 - É vedada a utilização de SUBSÍDIO para fins outros que não estrito custeio de gratuidades e benefícios tarifários.

Vale dizer que o Poder Concedente só vai se valer do subsídio para custear as isenções e descontos que ele próprio criou, renegando o subsídio como fonte alternativa de receita, o que afasta o futuro contrato de concessão da observância do princípio da modicidade tarifária, assim como exclui uma profícua forma de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro.

Na verdade, ao estabelecer que só vai subsidiar as gratuidades e benefícios tarifários, o Poder Concedente põe em risco a própria manutenção do serviço, considerando, v.g. regiões em que o serviço deve



JABBOUR & FERREIRA

ser oferecido e prestado, porém a utilização é baixa de modo que a receita tarifária é inferior ao custo do serviço.

Portanto, o melhor atendimento ao interesse público é prever o pagamento de subsídio sem a restrição constante do edital, por ser medida que favorece a modicidade da tarifa, afastando constantes revisões e reajustes tarifários em virtude de reequilíbrio econômico-financeiro, bem como propicia a qualidade e manutenção do serviço em regiões deficitárias.

Assim, deve ser concedida a segurança a concessão da segurança pleiteada também pela razão acima exposta.

II.III."h" - ILEGALIDADE RELATIVA À  
INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO DAS  
HIPÓTESES DE GRATUIDADE TARIFÁRIA  
ESTABELECIDAS PELO STPC/DF

Determinam os itens 6.1, 6.2.2 e 8 do edital o seguinte:

6.1 - As gratuidades tarifárias do STPC/DF são aquelas previstas na legislação distrital vigente.

(...)

6.2.2 - Para início da CONCESSÃO, serão custeadas, por meio do SUBSÍDIO, as tarifas dos estudantes e portadores de necessidades especiais, conforme previsto nas Leis Distritais 4.582/11 e 4.583/11. Durante a CONCESSÃO, na forma da Lei, poderão ser custeados, por SUBSÍDIO, outros passageiros isentos, visando assegurar a constituição do valor de REMUNERAÇÃO DA(S) CONCESSIONÁRIA(S) e preservar a modicidade da TARIFA USUÁRIO.

(...)

CLÁUSULA XV

Do Sistema Tarifário

(...)

8. Para o início da CONCESSÃO, serão custeadas, por meio do SUBSÍDIO, as tarifas dos estudantes e portadores de necessidades especiais, conforme previsto nas Leis Distritais 4.582/11 e 4.583/11. Durante a CONCESSÃO, na forma da Lei, poderão ser custeados, por SUBSÍDIO, outros passageiros isentos, visando assegurar a constituição do valor de



JABBOUR & FERREIRA

REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA e preservar a modicidade da TARIFA USUÁRIO.

Da análise dos itens editalícios acima referidos se extrai indicação de que apenas as gratuidades tarifárias relativas aos estudantes e aos portadores de necessidades especiais serão custeadas pelos subsídios, na forma da legislação vigente no Distrito Federal

Ocorre que existem uma série de outras gratuidades, inclusive previstas em Lei Federal, que não foram abrangidas pela norma editalícia, de forma que de acordo com o quanto previsto no edital, tais passageiros seriam transportados sem que nenhuma remuneração fosse devida às concessionárias.

É o caso, por exemplo, das gratuidades de que gozam os idosos no transporte público coletivo de passageiros, decorrência do estabelecido no art. 39 da Lei Federal nº 10.741/2003, segundo o qual:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

§ 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

§ 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo

Ou seja, no caso presente foi categoricamente ignorada a garantia à gratuidade tarifária assegurada aos idosos, impondo-se às concessionárias o ônus de suportar o custo decorrente de tal benefício.



JABBOUR & FERREIRA

Ainda que se pudesse prever a obrigação de que as concessionárias arcassem com os custos decorrentes da gratuidade conferida aos idosos, é certo que o Poder Concedente deveria ao menos ter fornecido informações relacionadas à quantidade estimada de passageiros beneficiários a serem transportados pelas concessionárias, de forma que as proponentes pudessem formular propostas calcadas em bases sólidas.

O edital é completamente silente no que toca às informações relativas à quantidade de idosos a serem transportados gratuitamente pelas futuras concessionárias, não se podendo nem mesmo concluir com certeza se os passageiros desta categoria foram considerados ou não por ocasião da estimativa da demanda.

Em suma, pela ausência de previsão de observância da garantia de gratuidade no transporte conferida aos idosos, bem como diante da ausência de informações relativas ao ônus decorrente do transporte gratuito de tais passageiros, o que impede a elaboração das propostas, deve ser decretada a nulidade do instrumento convocatório ora questionado.

II.III."i" - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA  
PREVISÃO DE REAPRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS  
EM CASO DE INABILITAÇÃO OU  
DESCLASSIFICAÇÃO DE TODOS OS LICITANTES

O instrumento convocatório incorre em vício de inconstitucionalidade ainda diante da adoção da previsão constante do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93, segundo o qual:

(...)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.







JABBOUR & FERREIRA

Isto porque o dispositivo legal que prevê a concessão de oportunidade para que licitantes que tenham participado do certame mas tenham sido desclassificados ou inabilitados é flagrantemente inconstitucional, por ofensa aos princípios da isonomia, ampla competitividade e moralidade, insculpidos no art. 37 da Carta Constitucional Brasileira.

Assim preceituam os itens editalícios amparados na inconstitucional previsão do art. 48, §3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

22.2. Se todas as LICITANTES forem inabilitadas, a COMISSÃO poderá fixar o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO escoimada dos vícios e/ou irregularidades constatadas.

(...)

23.6 - Se todas as LICITANTES do respectivo Lote forem desclassificadas, a COMISSÃO poderá fixar-lhes o prazo de 8 (oito) dias úteis para a reapresentação da PROPOSTA FINANCEIRA, exclusivamente para o Lote em questão, escoimada dos vícios e/ou irregularidades constatadas.

No caso, a inconstitucionalidade apontada decorre da inexistência de qualquer justificativa lógica para a concessão de verdadeiro benefício àqueles que tenham apresentado propostas viciadas, em detrimento da abertura da possibilidade de que interessados, que não tenham por qualquer razão ofertado propostas em um primeiro momento, venham a também concorrer.

Neste sentido é o magistério de Marçal Justen Filho, para quem:

A regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento de seleção de interessados. A consequência seria, então, a extinção do procedimento licitatório. Em princípio, a Administração deverá renovar a licitação, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório (que, por excessiva sumariedade ou complexidade, pode ter sido fator relevante para a desclassificação). Ou seja, o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com



JABBOUR & FERREIRA

regras e princípios constitucionais. Então, embora descumprindo as exigências, os licitantes "desclassificados" adquiriram faculdade privativa de fornecer novas propostas. Verificar-se-ia uma espécie de tomada de preços entre pessoas pré-escolhidas e predeterminadas. Ora, suponha-se que um terceiro se encontre em condições de contratar com a Administração e não tenha participado da licitação. Desclassificadas todas as propostas, esse terceiro teria frustrado o direito de participar da licitação, deveria ter comparecido oportunamente. Se os que compareceram oportunamente formularam propostas defeituosas, a licitação está frustrada. As vantagens derivadas do comparecimento tempestivo já se esauriram: aqueles que compareceram oportunamente incorreram em defeitos.

Se todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas propostas apenas aos anteriores participantes. Essa restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Impede indevida e injustificadamente a participação de interessados no procedimento licitatório.<sup>31</sup>

Desta forma, como as autoridades impetradas fizeram incluir no instrumento convocatório disposição flagrantemente inconstitucional, amparada em dispositivo legal também inconstitucional, deve ser concedida a segurança perseguida para fins de se determinar a retificação do edital também neste ponto.

II.III."j" - DA ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE UTILIZAÇÃO DE PARCELA DAS RECEITAS ACESSÓRIAS COMO "INCENTIVO" DA CONCESSIONÁRIA

No caso, a decretação da nulidade da licitação por vício constatado no instrumento convocatório se impõe também diante da previsão contida no item 6."a" da cláusula XV da minuta do contrato, segundo a qual a aferição de receitas acessórias pela futura concessionária se reverterá em "incentivo" da própria concessionária. Neste sentido:

CLÁUSULA XV

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 13ª Edição, pg. 638





JABBOUR & FERREIRA

Do Sistema Tarifário

(...)

6. As receitas decorrentes da exploração publicitária, de qualquer natureza, no interior ou na parte externa dos veículos da CONCESSIONÁRIA, na forma física ou eletrônica por meio de televisores ou similares, se e quando implantada pela CONCESSIONÁRIA, ao longo da concessão, na forma do item 7 da presente cláusula, serão rateadas da seguinte forma:

- a) 50% (cinquenta por cento) auferidas pela CONCESSIONÁRIA, como incentivo;
- b) 50% (cinquenta por cento) comporão a CONTA DE COMPENSAÇÃO, sendo contabilizadas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.

A previsão do item editalício acima transcrito vai diretamente de encontro ao que dispõe o art. 11 da Lei nº 8.987/95.

Segundo o referido dispositivo legal, é possível a obtenção de receitas alternativas, complementares ou de projetos associados à concessão. Contudo, o que estabelece a Lei é que tais produtos da exploração (indireta) dos serviços deverão ser destinadas ao favorecimento da modicidade tarifária. *Verbis*:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Ou seja, eventual receita obtida com a exploração de atividades acessórias deve resultar em redução das tarifas, não podendo por conseguinte ser apropriadas, sem nenhuma justificativa pelos concessionários.

Justen Filho, com a maestria que lhe é costumeira, discorre sobre a obrigação de que a receita proveniente da exploração de atividades acessórias venha a integrar a equação econômico-financeira. Neste sentido:





JABBOUR & FERREIRA

Uma das inovações mais significativas, introduzidas para assegurar a elevação da qualidade e a redução tarifária, foi a apropriação de ganhos econômicos derivados de oportunidades econômicas acessórias ou secundárias. A aplicação dos postulados da racionalidade econômica significa que todos os ângulos economicamente relevantes devem ser explorados em benefício do ideal da elevação da qualidade e da redução tarifária.

(...)

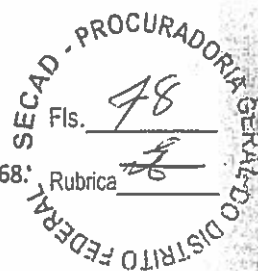
No campo dos serviços públicos, essa concepção se justifica especificamente porque a ampliação da lucratividade permite a redução da tarifa, senão a ampliação da qualidade. Ofenderia aos princípios constitucionais fundamentais que a prestação do serviço público fosse custeada por tarifas mais elevadas do que o necessário para assegurar a viabilidade da exploração. Quando o desempenho do serviço público comportar a exploração de atividades conexas, os ganhos econômicos correspondentes devem ser aproveitados para integração na equação econômico-financeira. Infringiria a ordem jurídica produzir a dissociação entre a prestação do serviço público e exploração de atividades econômicas conexas, eis que isso equivaleria à elevação da tarifa imposta ao usuário.<sup>32</sup>

No caso, o edital simplesmente previu que parcela significativa (50% - cinquenta por cento) da receita proveniente de atividades acessórias da concessão funcionariam como incentivo da concessionária, sem qualquer justificativa para tanto e em detrimento da busca por um serviço de excelência com a menor tarifa possível.

Desta forma, diante do exposto e demonstrado, deve ser concedida a segurança pleiteada também em decorrência da ilegalidade flagrante dos itens 6 e 7 da cláusula XV da minuta do contrato de concessão, que integra o edital.

II.III."I" - DA EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DO  
ART. 27 DA LEI Nº 8.987/95

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos, Dialética, pg.s 367/368.





JABBOUR & FERREIRA

Complementa o extenso rol de ilegalidades apontadas na presente ação a previsão editalícia no sentido de vedar, sem a anuência prévia do Poder Concedente, a fusão ou cisão da concessionária.

É o que decorre do item 2 da cláusula XXV da minuta do contrato de concessão, segundo o qual:

**CLÁUSULA XXV**

Da Transferência da Concessão

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

Sob o argumento de atender o art. 27 da Lei nº 8.987/95, a minuta do contrato estabeleceu vedação (i) à transferência da concessão, (ii) à transferência do controle societário da concessionária e (iii) a fusão ou cisão da concessionária sem expressa anuência do poder concedente.

Ocorre que a referida previsão extrapola os limites do próprio art. 27 da Lei nº 8.987/95, conforme se passa a demonstrar:

A primeira das razões para o descabimento da previsão editalícia atacada reside no fato de que a fusão ou cisão empresarial não caracteriza, ao contrário do que parece decorrer da minuta do contrato, "transferência da concessão".

E em razão do quanto exposto, é certo que o edital extrapola claramente os limites legais, na medida em que o art. 27 da Lei de Concessões somente permite a exigência de anuência do Poder Concedente para as hipóteses de efetiva transferência da concessão. Veja-se:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.  
(...)



Ora, como a fusão ou cisão empresarial não caracterizam transferência da concessão, a Lei não permite a exigência de submissão de tal ato à anuência do Poder Concedente.

E ao dispor de maneira diversa, o instrumento convocatório o faz de maneira ilegal, o que implica na necessidade de concessão da segurança perseguida.

### III. DO PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR

A única forma da justa aplicação do Direito é a tempestiva aplicação. Assim é que o legislador, ao tratar da aplicação do Direito pelo Poder Judiciário estabeleceu um sem número de dispositivos que protegem a incolumidade do direito, outorgando aos magistrados o poder geral de cautela.

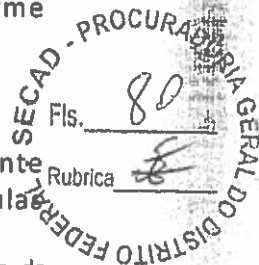
Em ação mandamental, o art. 7º, III, da novel Lei regeadora do Mandado de Segurança, qual seja, a Federal de nº 12.016/09, manteve a competência judicial para conceder medidas liminares, desde que presentes os dois clássicos requisitos: *fumus boni juris e periculum in mora*.

Ensina-nos o festejado jurista Hely Lopes Meirelles: *"a liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade"*.<sup>33</sup>

No caso em tela, estão presentes ambos os requisitos, conforme se passa a destacar.

Quanto ao *fumus boni iuris*, tem-se que foi devidamente demonstrada no curso do presente mandamus (i) a inserção de cláusulas

<sup>33</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de Segurança. Ação Popular. Ação Civil Pública. Mandado de Injunção. *Habeas Data*, p. 50, 12ª ed., São Paulo, RT, 1989.





JABBOUR & FERREIRA

indevidamente restritivas de competição, (ii) a existência de indícios fortíssimos no sentido de que somente as atuais operadoras dos serviços ou aquelas empresas a quem tenham sido fornecidas informações privilegiadas poderão formular propostas econômicas sustentáveis e (iii) o não atendimento a uma série de requisitos que deveriam ter sido cumpridos anteriormente à deflagração do certame. Veja-se:

#### **DOS VÍCIOS QUE IMPLICAM EM RESTRIÇÃO AO UNIVERSO DE LICITANTES**

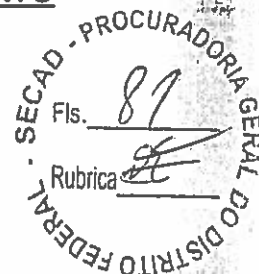
(i) Ilegalidade relativa ao estabelecimento de condição de participação e de qualificação jurídica não compatível com o objeto licitado, uma vez que a inclusão da atividade de "transporte coletivo de passageiros" no contrato social da proponente não é condição *sine qua non* para a demonstração da expertise na operação de tais serviços..

(ii) Da previsão de exigência de habilitação desvinculada do objeto licitado, uma vez que se previu a necessidade de demonstração da regularidade perante o fisco estadual a despeito de a operação dos serviços de transporte coletivo de passageiros implicar apenas no recolhimento de tributos municipais (ISS).

(iii) Violação ao art. 30, §1º da Lei nº 8.666/93, na medida em que a despeito de serem equiparados os atestados apresentados por pessoas jurídicas de direito público e privado, impôs-se obrigação cumprimento não previsto em lei para apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito privado (homologação pelo Poder Público);

(iv) Ilegalidade e restritividade decorrente da exigência de apresentação de certidão de regularidade perante o Distrito Federal, na medida em que a apresentação de tal certidão somente é possível por parte de empresas já previamente situadas no Distrito Federal.

#### **DAS ILEGALIDADES QUE IMPLICAM EM DIRECIONAMENTO DO CERTAME**





JABBOUR & FERREIRA

(v) Indevida discricionariedade para autorização da exploração de receitas de publicidade implicando em ausência de parâmetros para formulação das propostas e violação aos arts. 11 e 18 da Lei nº 8.987/95.

(vi) Ilegalidade decorrente da ausência de indicação quanto ao fato de as gratuidades serem suportadas integral ou parcialmente com os subsídios, o que implica em prejuízo na elaboração das propostas econômicas.

(viii) Violação ao art. 23, inciso XII e 18 da Lei nº 8.987/95 diante da ausência de fixação das condições para prorrogação dos contratos e das metas a serem atingidas.

(ix) Da restrição à competição e do direcionamento do resultado do certame diante do estabelecimento de prazo excessivamente exíguo para início da operação dos serviços, considerando inclusive a obrigação de utilização de frota composta 100% (cem por cento) por veículos 0 KM.

---

#### DAS DEMAIS VIOLAÇÕES FRONTAIS À LEI

(xviii) Violação aos arts. 9º e 15 da Lei nº 8.987/95 diante da adoção do critério de julgamento baseado na menor tarifa, considerando que a tarifa a ser ofertada nas propostas (tarifas técnicas) não serão aquelas consideradas na operação dos serviços (tarifa usuário).

(ix) Da violação ao art. 39 da Lei nº 8.666/93 pela imprestabilidade da audiência pública realizada anteriormente à deflagração do certame em decorrência do não-fornecimento aos cidadãos e aos interessados em geral de quaisquer informações específicas acerca do edital que estava em vias de ser publicado e acerca das características do sistema a ser concedido.

(x) Violação ao princípio da proposta mais vantajosa para a administração em decorrência da limitação à contratação de apenas um lote por proponente;

(xi) Da descaracterização do objeto licitado diante da previsão de alteração do sistema com a implantação de





JABBOUR & FERREIRA

novos modais sem a previsão de pagamento de indenização pela redução do objeto contratado, por exemplo, quanto aos veículos e quanto ao passivo trabalhista.

(xii) Do não-atendimento à determinação do Tribunal de Contas do Distrito Federal em decorrência da desvinculação entre a proposta ofertada e a operação dos serviços, haja vista a previsão de custos inerentes à substituição de parcela dos veículos com portas de um lado por veículos com porta nos dois lados após a implantação do corredor EPTG.

(xiii) Da ilegalidade da vedação à utilização de subsídios como instrumento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

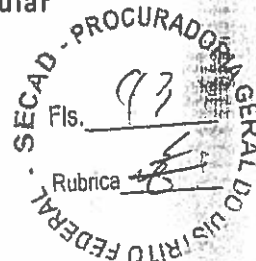
(xiv) Da ilegalidade decorrente da inexistência de previsão de observância dos custos com o benefício de gratuidade tarifária concedido aos idosos e da imposição de transporte gratuito de tais passageiros sem a previsão de informações quanto ao impacto de tal medida nos custos de operação.

(xv) Da inconstitucionalidade da previsão de reapresentação de propostas e documentos de habilitação em caso de desclassificação/inabilitação de todos os licitantes.

(xvi) Da ilegalidade da previsão de utilização de parcela das receitas acessórias como incentivo da concessionária, em detrimento da obrigação de utilização de tais receitas com o objetivo de possibilitar a modicidade tarifária.

(xvii) Da extrapolação dos limites do art. 27 da Lei nº 8.987/95 diante da vedação à cisão ou fusão empresarial sem anuência do Poder Concedente, uma vez que tais operações não caracterizam transferência da concessão.

Em suma, são 17 (dezessete) vícios gravíssimos no instrumento convocatório ou relacionados aos atos que deveriam ter sido praticados previamente à sua deflagração que, ainda que considerados isolada e individualmente, seriam suficientes para macular





JABBOUR & FERREIRA

irremediavelmente o certame ora atacado e implicariam na necessidade de concessão da segurança ora perseguida.

Não há dúvida, portanto, quanto a efetivamente estar presente nos autos a "fumaça do bom direito" apta a ensejar o deferimento da liminar perseguida.

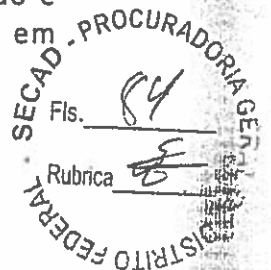
É clara também a presença do *periculum in mora*, uma vez que, consoante já adiantado, está prevista a data de 14/09/2012 para a entrega de envelopes contendo a documentação de habilitação e a proposta financeira exigidas no Edital.

Se mantidas tais como lançadas as cláusulas editalícias apontadas no decorrer do presente *mandamus* ter-se-á impossibilitado a participação no certame em questão da impetrante, por conta das cláusulas que restringem indevidamente a competição e inviabilizam a formulação das propostas, e certamente também de inúmeras outras empresas, o que resultará inclusive em materialização de prejuízo à competição.

No mais, restará cristalizado o beneficiamento indevido às empresas eventualmente já pré-selecionadas como virtuais vencedoras do certame (e, portanto, com informações privilegiadas) e, mais especificamente, das atuais operadoras dos serviços de transporte público de passageiros, que em verdade serão as únicas empresas que terão condições de formular propostas.

Com o encerramento da licitação, ou seja, com a celebração do contrato administrativo decorrente do certame em referência, certamente se dificultará ou até mesmo se impossibilitará a invalidação do ato coator apontado (materializado no edital), na medida em que caso alguma empresa venha a ser contratada poderão ter início imediato os atos de execução contratual.

Tal situação consolidaria a ofensa ao direito líquido e certo desta impetrante de apresentar proposta na licitação em conformidade com o que, nos termos da lei, poderia constar do edital.





JABBOUR & FERREIRA

Em suma, presentes ambos os requisitos necessários ao deferimento da liminar ora pleiteada, a qual deverá ser concedida para (i) paralisar a licitação com a consequente determinação para não-realização da sessão de entrega e julgamento dos envelopes ou (ii) subsidiariamente, caso o presente pedido liminar somente venha a ser apreciado em momento posterior à data e horário designado para entrega e abertura dos envelopes, para o fim de paralisar a licitação no estado que a mesma se encontrar.

#### IV. DO PEDIDO

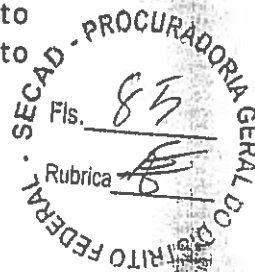
Diante do exposto, requer:

(i) seja concedida medida liminar para o fim de suspender o andamento da Concorrência nº 01/201-ST deflagrado pela Secretaria de Estado Transportes do Distrito Federal, impedindo-se assim que ocorra na data aprazada (14/09/12) a sessão de entrega dos documentos de habilitação e proposta financeira exigidos no Edital.

(ii) caso a decisão liminar requerida venha a ser proferida somente em momento posterior à ocorrência da sessão de entrega e abertura dos envelopes, que seja concedida medida liminar para o fim de determinar a paralisação do certame no estado em que o mesmo se encontrar ou, ainda, dos contratos de concessão caso eventualmente já tenham os mesmos sido celebrados;

(iii) para fins de cumprimento do disposto no art. 7º, I, da Lei 12.016/09, requer-se sejam notificadas as autoridades impetradas para que prestem as informações que detiverem a respeito da matéria aqui tratada;

(iv) para fins de cumprimento do disposto no art. 7º, II, da Lei 12.016/09, seja dada ciência do presente *mandamus* ao órgão de representação da pessoa jurídica interessada – Governo do Distrito Federal, na pessoa de seu órgão de representação judicial – Procuradoria Geral do Distrito Federal, na pessoa do Sr. Procurador Geral do Distrito





JABBOUR & FERREIRA

Federal, Dr. Rogério Leite Chaves, com envio de cópia da inicial (acostada à presente), ao seguinte endereço: SAM Projeção I – Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, CEP 70620-000.

(v) seja ouvido o representante do Ministério Público;

(vi) ao final, seja concedida a segurança, para confirmar a liminar concedida, invalidando-se o instrumento convocatório em decorrência da existência das cláusulas ilegais e restritivas de participação apontadas no curso do presente *mandamus*, as quais, tais como lançadas, impediriam a participação desta impetrante e de inúmeras outras empresas na licitação referida;

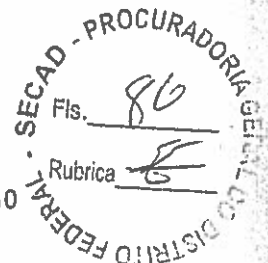
(vii) Por fim, caso a concessão da segurança se dê somente após a assinatura do instrumento contratual com a empresa que se sagrar vencedora do certame, que se proceda à invalidação do contrato por decorrer o mesmo de procedimento licitatório eivado pelos vícios gravíssimos de ilegalidade já apontados, os quais restringiram a competitividade do certame, possibilitaram o julgamento subjetivo das propostas.

Atribuindo à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para efeitos protocolares,

pede deferimento.

Brasília - DF, 05 de setembro de 2012.

Alain Iskandar Jabbour  
OAB/DF nº 29.399





**CÓPIA**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR DO CONSELHO ESPECIAL  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS  
SÉRGIO ROCHA, RELATOR DO MANDADO DE SEGURANÇA N.º  
2012.00.2.020456-6.**

**Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios  
CONSELHO ESPECIAL  
26/10/2012 19:00:52**

**5819**

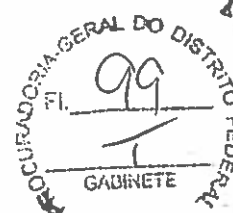


**REF.: MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2012.00.2.020456-6**

**IMPETRANTE: VIAÇÃO JARDINS S/A**

**IMPETRADOS: GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL,  
SECRETÁRIO DE ESTADO DOS TRANSPORTES E PRESIDENTE DA  
COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA  
N.º 01/2011.**

**O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL**, agente público apontado como autoridade coatora no Mandado de Segurança em epígrafe identificado, em conjunto com o Procurador do Distrito Federal que a esta subscreve, vem prestar as **INFORMAÇÕES** pertinentes ao caso, com fulcro no inciso I do artigo 7º da Lei n.º 12.016/09, na forma da argumentação fática e jurídica adiante exposta:





## 1. DO BREVE RESUMO DOS FATOS

A empresa Viação Jardins S.A. impetrou o presente Mandado de Segurança, requerendo, liminarmente, a suspensão do andamento da Concorrência n.º 01/2011-ST para que, em sede de julgamento final do *mandamus*, fosse invalidado o correspondente instrumento convocatório em decorrência da suposta existência de cláusulas ilegais e restritivas de participação no certame.

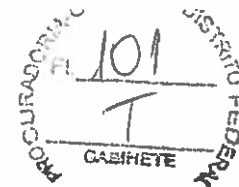
Conforme já dito na exordial, a Concorrência Pública n.º 01/2011-ST consiste no procedimento de licitação organizado para concessão da prestação e exploração do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, por meio de veículos de transporte coletivo de passageiros, o qual foi iniciado na data de 14.09.2012, às 10h00, com a sessão pública para entrega dos envelopes e abertura da documentação de habilitação.

Antes do oferecimento de contraditório pelos Impetrados, os autos foram encaminhados ao Excelentíssimo Desembargador Relator, Sr. Sérgio Rocha, para apreciação da medida liminar pugnada – a qual foi indeferida em decisão proferida no dia 12.09.2012, *in verbis*:

**“Analisei todo o edital da licitação, considerando todas as alegações apresentadas pela impetrante e não vislumbro qualquer irregularidade ou ilegalidade suficiente a fundamentar a suspensão da licitação.**

Registro que, esse mesmo procedimento licitatório está sendo apreciado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, no processo n. 12.086/2011 e, por decisão proferida em 09/08/2012 aquele Tribunal de Contas autorizou o prosseguimento do certame e, entendeu que as retificações realizadas pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal no edital haviam atendido as irregularidades apontadas, *in verbis*:

‘(...) O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Revisor, Conselheiro MANOEL DE ANDRADE, decidiu: I - tomar conhecimento: a) do Ofício n.º 635/2012-GAB/ST, fls. 2136; b) do *[assinatura]*



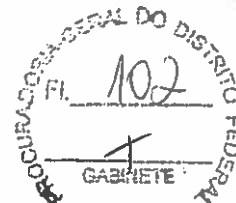
Ofício nº 639/2012-GAB/ST, fls. 2137/2145; c) do Ofício nº 53/2012-GAB/ST, fls. 2252/2254; d) dos papéis de trabalho acostados às fls. 2415/2427 e do Anexo XIX; II - em relação ao item III da Decisão nº 3.341/2012, considerar atendido o disposto nos subitens “a.1”, “a.2”, “a.3”, “a.4”, “a.5”, “a.6”, “a.7”, “a.8”, “a.9”, “a.10”, “b” e “d”; III - em consequência do item anterior, autorizar o prosseguimento do certame em apreço, condicionando ao cumprimento do item IV; IV - determinar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal - ST/DF que republique o aviso de edital da Concorrência Pública nº 01/2011- ST, reabrindo o prazo inicialmente estabelecido, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993; V - reiterar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal a determinação constante no item II, alínea “e”, da Decisão nº 3.984/11; VI - determinar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para as providências pertinentes. Parcialmente vencido o Relator, que manteve o seu voto de fs. 2451-2471. Decidiu, mais, acolhendo proposição do Conselheiro RONALDO COSTA COUTO, mandar publicar, em anexo à ata, o relatório/voto do Relator e do Revisor, bem como as referidas declarações de voto. (...)’

**Assim, em uma análise perfunctória, verifico que não há fundamento relevante para determinar a suspensão do certame.**

**Ante o exposto, indefiro a liminar pleiteada.”**

Confirmada a inexistência dos requisitos autorizadores da concessão de medida liminar *in casu* e passando-se ao mérito da questão em comento, em consonância com a fundamentação apresentada por este Douto Juízo quando da decisão interlocutória supracitada, nota-se que as alegações da Impetrante são de flagrante improcedência – como será exposto adiante -, pelo que é forçosa a denegação da segurança pleiteada.

**2. DA PRELIMINAR: Ausência de interesse próprio da Impetrante apto a legitimar a impetração de mandado de segurança**



Como se verá pormenorizadamente adiante, a Impetrante aponta uma série de supostas irregularidades/ilicitudes da Concorrência n.º 01/2011-ST afirmando que estas demonstrariam a necessidade de, em sede do presente *writ*, anular o respectivo instrumento convocatório.

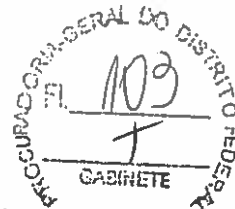
No entanto, a Viação Jardins S.A., a toda evidência, não se atentou para o fato de que o rito de mandado de segurança apresenta requisitos específicos a legitimarem a utilização do remédio heróico. O principal requisito encontra-se encartado na Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIX, e no art. 1º da Lei Federal n.º 12.016/2009, qual seja, a **existência de direito líquido e certo próprio do Impetrante, violado ou com fundado receio de violação**.

Destaca-se a imprescindibilidade de o direito deduzido ser próprio da parte ativa do instrumento processual, pois, caso contrário, há legitimação exclusiva para movimentação de ação popular ou ação civil pública, como leciona o Excelentíssimo Ministro do Pretório Excelso, Gilmar Ferreira Mendes:

**“Direito individual, para fins de mandado de segurança, é o que pertence a quem o invoca e não apenas à sua categoria, corporação ou associação de classe. É direito próprio do impetrante. Somente este direito legitima a impetração. Se o direito for de outrem não autoriza a utilização do mandado de segurança, podendo ensejar ação popular ou ação civil pública (Leis ns. 4717/65 e 7347/82). O STF editou a Súmula n. 101, segundo a qual ‘o mandado de segurança não substitui a ação popular’. O STJ mantém a mesma jurisprudência, exigindo, para o cabimento de mandado de segurança, que o direito postulado seja do próprio impetrante, ou dos integrantes da entidade que requer o mandado de segurança, e que a sua concessão lhe traga benefício direto. A simples anulação de ato que se pretende ilegal, sem conferimento ao autor de nenhum benefício próprio, implicaria a convocação do mandado de segurança em ação popular (MS n. 4.452-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ADV 97, ementa 77.336).”<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 33.





Na esteira das considerações do Ilustre Ministro doutrinador, nota-se que o STF editou a **Súmula n.º 101**, expressamente asseverando que “o **mandado de segurança não substitui a ação popular**”. E o Superior Tribunal de Justiça, no aresto de Mandado de Segurança n.º 4.452/DF, estampou que **é plenamente inadmissível a mera pretensão de anulação de ato administrativo por via de *mandamus* sem que seja demonstrado efetivo interesse particular do Impetrante, devendo haver inclusive comprovação pré-constituída do benefício da parte**, conforme se verifica da ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEFERIMENTO. O MANDADO DE SEGURANÇA É O REMEDIO CONSTITUCIONAL PARA A DEFESA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO SEU AUTOR, ENTENDENDO-SE ESTE COMO O ISENTO DE OBSCURIDADE, CONCLUDENTE E INCONCUSO, E DERIVADO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU DE LEI.

**A CONCESSÃO DA SEGURANÇA EXIGE QUE O IMPETRANTE (ALÉM DA PROVA DA LIQUIDEZ E CERTEZA) INDIQUE, DESDE LOGO, QUAL O BENEFÍCIO QUE, ESPECIFICAMENTE, LHE TRARÁ O DEFERIMENTO DO "MANDAMUS", PORQUANTO, COM ELE NÃO SE OBJETIVA, UNILATERALMENTE, À DECLARAÇÃO DE NULIDADE (OU INEFICÁCIA) DO ATO ADMINISTRATIVO, MAS, SE POSTULA UMA ORDEM QUE PRESERVE E GARANTA O DIREITO DO IMPETRANTE. A ANULAÇÃO PURA E SIMPLES DO ATO QUE SE PRETENDE ILEGAL, SEM O CONFERIMENTO, AO SEU AUTOR, DE BENEFÍCIO PATRIMONIAL, IMPORTARIA EM CONVOLAÇÃO DA SEGURANÇA EM AÇÃO POPULAR. [o que violaria frontalmente a Súmula n.º 101 do STF supracitada e é, portanto, vedado]**

O DIREITO SUBJETIVO PARA MERECER A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA NÃO PODE SE ESTRIBAR EM MERAS PRESUNÇÕES SOBRE O ADVENTO DE CONSEQUÊNCIAS FUTURAS DECORRENTES DO ATO IMPUGNADO, EIS QUE, A



**APURAÇÃO DESSAS CIRCUNSTANCIAS DEMANDARIA A  
DILAÇÃO PROBATORIA.**

**SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO INDISCREPANTE.**

(STJ – MS 4452/DF – Primeira Seção – Rel. Ministro Demócrito  
Reinaldo – J. em 23/10/1996)”

Pois bem, nesses moldes, nota-se absoluta ausência de direito líquido e certo próprio da Impetrante nos autos em cotejo em uma perspectiva geral e específica.

Geral, porquanto embora a Concorrência n.º 01/2011-ST *sub oculis* tenha sido iniciada em 14 de setembro de 2012 com a sessão pública de recebimento dos envelopes e abertura da documentação de habilitação – ocasião em que deveriam se fazer presentes, por seus representantes legais ou por procuradores, todos os interessados no certame –, a **Viação Jardins S.A. não compareceu** (como se nota da ata da sessão em referência ora anexada), **evidenciando que não tem interesse próprio na licitação por não ter sequer tentado participar deste.**

Tanto é que se a empresa efetivamente detivesse interesse no certame, ela poderia, nos moldes do art. 41 da Lei Federal n.º 8.666/93, ter feito impugnação ao Edital até o dia 12 de setembro de 2012, a qual lhe possibilitaria participar do processo de seleção se estivesse na qualidade de licitante.<sup>2</sup> Porém não o fez. Em adição, ao não comparecer na sessão pública de 14.09.2012 – implicando a exclusão da possibilidade de participar na licitação –, tampouco lhe é aplicável o art. 4º da Lei de Licitações que dita expressamente que tem direito público subjetivo à fiel observância dos termos da legislação de regência nos procedimentos licitatórios apenas “todos quantos participem de licitação”, facultando-se aos outros cidadãos, tais quais o Impetrante, unicamente “acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos

<sup>2</sup> “Art. 41. (...) § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.”



*trabalhos*” (ou, eventualmente, postular direito difuso por meio de ação popular ou ação civil pública).

Em outro âmbito, especificamente quanto às razões pela qual a Impetrante busca a anulação do Edital licitatório, muitas dentre as apresentadas manifestamente não se ligam a interesse próprio da empresa. A título de exemplo, esta alega que a exigência de que os licitantes tenham, em seu ato constitutivo, como objeto social a atividade de transporte coletivo de passageiros seria ilícita, porém a Viação Jardins S.A. satisfaz tal requisito. Ou seja, não há nenhum benefício à Impetrante na anulação do ato convocatório por esse motivo.

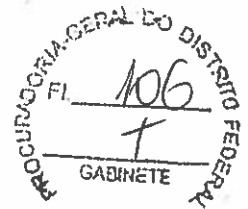
De qualquer modo, como visto no precedente do Superior Tribunal de Justiça citado, o ônus da prova da existência de direito próprio alegado cabe à Impetrante, estritamente no momento do oferecimento da exordial (prova pré-constituída). Como a Viação Jardins S.A. não apresentou sequer comentário sobre isso, muito menos provas de que teria benefício particular na anulação de determinadas cláusulas editalícias, torna-se de todo forçoso o reconhecimento por este Douto Juízo de que a pretensão deduzida nos presentes autos não se adéqua à via estreita de mandado de segurança, pelo que este deve ser prontamente indeferido com esteio no art. 10º da Lei Federal n.º 12.016/2009.<sup>3</sup>

### 3. DO MÉRITO

Para fins de organização, analisar-se-á o mérito das alegações da Impetrante conforme a divisão em itens a que procedeu o Douto Desembargador Relator na decisão interlocutória exarada em 12.09.12.

#### 3. 1 - Da legalidade da exigência de que os licitantes tenham por objeto social a atividade de transporte coletivo de passageiros (item 1 da decisão interlocutória)

<sup>3</sup> “Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal para a impetração.”



A Impetrante aduz que os itens 16.1.1 e 21.2.1.2 do Edital<sup>4</sup> seriam ilegais por exigir que as empresas concorrentes no processo licitatório tenham descrito em seu objeto social a “atividade de Transporte Coletivo de Passageiros”.

Descabida a argumentação da Impetrante. A previsão quanto ao objeto social da licitante envolver “transporte coletivo de passageiros” é bastante **genérica**, ademais, é requisitada sua menção em razão do vulto e da complexidade do serviço de transporte coletivo de passageiros licitado pelo Governo do Distrito Federal através da Concorrência Pública 01/2011-ST.

Não há qualquer restrição ao caráter competitivo nesta exigência. Muito pelo contrário, o objeto social exigido abrange o serviço de transporte coletivo das mais diferentes categorias, preocupando-se o ente licitante em ampliar o universo de competidores, em atendimento ao interesse público e a oferta mais vantajosa.

O fato de um ou outro interessado não atender todas as exigências de habilitação estabelecidas não significa que há discriminação, mas, sim, a constatação de que tal interessado não reúne as condições mínimas legalmente estabelecidas para ser contratado pela Administração Pública.

A pretensão da Impetrante, no sentido de que o Edital deveria exigir apenas a “atividade de transporte” no objeto social das licitantes, não acarretaria na contratação de empresas efetivamente aptas à execução do serviço público de transporte coletivo de passageiros, na medida em que tal objeto social poderia ser comprovado por uma empresa de transporte de “cargas”, por exemplo, sem qualquer pertinência com o objeto licitado.

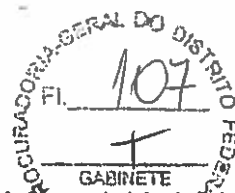
Nesse sentido, manifesta-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

**“1. Inviável a habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação ...”** (TCU. Acórdão nº 1.021/2007, Plenário, rel. Ministro Marcos Vinícios Vilaça).

<sup>4</sup> “16.1.1 - Poderão participar da Licitação as pessoas jurídicas ou consórcio de pessoas jurídicas que tenham no seu objeto social previsão de atividade econômica que inclua a operação de serviços de transporte coletivo de passageiros, que comprovem o atendimento das condições e demais exigências deste EDITAL e da legislação em vigor.

(...)

21.2.1.2 - O objeto social deve incluir a atividade de Transporte Coletivo de Passageiros;”



De mais a mais, possuindo a Impetrante como objeto social a atividade de *transporte coletivo urbano*, consoante art. 2º do Estatuto Social acostado aos autos, atividade evidentemente abrangida pelos Itens 16.1.1 e 21.2.1.2 do Edital, **não se verifica sequer interesse na discussão ora combatida** (requisito para impetração de mandado de segurança visto na preliminar).

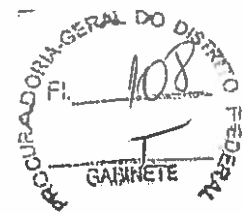
Em absoluta consonância com as razões expostas, o Eminente Desembargador Relator deste *writ* asseverou, quando do indeferimento da liminar pugnada:

“Inicialmente, quanto a alegação de que é ilegal e desarrazoada a exigência de que as empresas participantes do certame tenham por objeto social a atividade de transporte coletivo de passageiros, não prospera.

Uma licitação que tem por objeto a concessão do serviço de transporte público de todo o Distrito Federal durante um prazo mínimo de 10 (dez) anos, a qual levará a contratação com valores que ultrapassam R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão de reais) cada um dos cinco lotes licitados, não se mostra, de forma alguma, desarrazoada a exigência contida no item 16.1.1 do edital que estabelece a necessidade de que a pessoa jurídica tenha por objeto social a previsão de atividade de operação de serviços de transporte coletivo de passageiros.

Ademais, não vislumbro interesse da impetrante, Viação Jardins S.A., quanto a essa alegação, tendo em vista que em seu estatuto social há expressa menção à atividade de operação de serviços de transporte coletivo de passageiros, de forma que preenche esse requisito previsto no edital.”

Por fim, a insurgência da Impetrante quanto ao tema presente poderia ter sido objeto de mero pedido de esclarecimento, o que não ocorreu, sendo impetrado o presente *mandamus*, com finalidade flagrantemente protelatória.



### 3.2 - Da legalidade da exigência de habilitação dos licitantes de certidão de regularidade fiscal quanto a tributos estaduais e municipais (item 2 da decisão interlocutória)

Insurge-se a Impetrante contra os Itens 21.3.1.4<sup>5</sup> do Edital de Licitação, sob o fundamento de que a prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros sujeita-se exclusivamente ao recolhimento de tributos municipais (no caso, o Imposto Sobre Serviços – ISS), sendo desvinculada da atividade a sujeição a tributos estaduais.

Não se verifica qualquer ilegalidade na exigência de comprovação da regularidade fiscal quanto a tributos estaduais pelo Item 21.3.1.4. do Edital de Licitação.

Em primeiro lugar, como reconhecido pelo Douto Desembargador Relator, a importância – temporal e financeira – da contratação em comento, tendo-se em vista o princípio da moralidade administrativa, torna necessário um controle mais rígido a respeito da higidez financeira dos concorrentes que eventualmente obtenham a concessão do objeto licitado. Cite-se trecho da decisão interlocutória que indeferiu a liminar pleiteada pela Impetrante:

**“Também não prospera a alegação de que a certidão de regularidade fiscal a ser apresentada se limitaria aos impostos relacionados à atividade a ser desenvolvida pela empresa contratada.**

**O valor total a ser contratado, considerados os cinco lotes previstos no edital, alcança o montante de R\$ 7.789.959.463,90 (sete bilhões, setecentos e oitenta e nove milhões, novecentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e três reais e noventa centavos), assim, a exigência de que as empresas apresentem certidão de regularidade fiscal em todas as esferas se mostra razoável e, ainda, obedece ao princípio da moralidade administrativa.**

O objetivo buscado pela Administração Pública é simplesmente de conceder o serviço para empresa que apresente regularidade fiscal em todas as esferas (Federal, Estadual e Municipal), não vislumbro qualquer irregularidade na exigência.”

<sup>5</sup> “21.3.1.4 - Prova de regularidade com a Fazenda Estadual mediante certidão negativa ou com efeito negativo, emitida pela Fazenda do Estado onde está sediada a LICITANTE ou pessoa jurídica consorciada;”



Em segundo lugar, porque tal exigência editalícia decorre diretamente da Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei Federal n.º 8.666/93, que estabelece no inciso III do art. 29 que:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

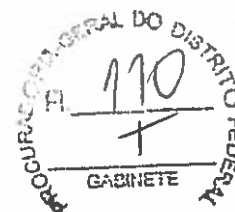
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Ademais, no caso de transporte coletivo de passageiros, como tal serviço público é prestado por **veículos terrestres**, e estes sujeitam-se ao pagamento de **Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)**, que nada mais é do que tributo estadual<sup>6</sup>, de competência dos Estados ou do Distrito Federal.

Ora, promover licitação do serviço público de transporte de passageiros por ônibus sem se atentar à regularidade fiscal dos licitantes quanto aos impostos ligados aos veículos inerentes a tal atividade – como o Impetrante sustenta ser a única possibilidade permitida pela legislação – seria evidentemente contrário à razoabilidade e à moralidade administrativa: o serviço seria delegado sem se certificar que o delegatário seria capaz de manter as operações em continuidade face a débitos tributários que poderiam resultar na apreensão dos ônibus que atendem a população.

Desta forma, não se verifica qualquer ilegalidade em tal exigência pelo Instrumento Convocatório, revelando-se plenamente improcedente a alegação da Impetrante.

<sup>6</sup> Art. 155, inciso III da Constituição Federal: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) III - **propriedade de veículos automotores.**”



### 3.3 - Da legalidade da exigência de homologação pelo Poder Concedente quanto a atestados de qualificação técnica relacionados a subconcessões (itens 3, 4, 5 e 6 da decisão interlocutória)

A Impetrante afirma que a previsão do item 21.4.1.1.2<sup>7</sup> seria ilegal em face do art. 30, §1º da Lei de Licitações, uma vez que este diploma permitiria que atestados de comprovação de aptidão fossem fornecidos em iguais condições por pessoas jurídicas de direito público ou privado. Aduz que se trataria, portanto, de documento de habilitação não albergado no elenco dos requisitos apresentados nos arts. 28 a 31 da Lei Federal n.º 8.666/93 – o qual seria *numerus clausus*, sendo ilícita a exigência de quaisquer outros.

Verifica-se, todavia, que a interpretação da Impetrante é incompleta e inadequada. O art. 30, inciso II, da Lei de Licitações permite expressamente que se exija dos interessados a participar em procedimento licitatório atestado que comprove “aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”<sup>8</sup>. No caso, demanda-se atestado de experiências anteriores atinentes ao serviço público de transporte coletivo de passageiros, como dita o item editalício 21.4.1.1:

“21.4.1.1 - A LICITANTE deverá apresentar atestado emitido em seu nome, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, em linhas urbanas, suburbanas, intermunicipais e/ou interestaduais, em quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.”

O fato de que os atestados pertinentes à prestação do serviço público de transporte por subconcessão devam ser homologados pelo respectivo Poder Concedente

<sup>7</sup> “21.4.1.1.2 - Caso a prestação de serviço tenha sido realizada por subconcessão, o atestado fornecido pela subconcedente deverá ser homologado pelo respectivo PODER CONCEDENTE, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei Federal 8.987/1995.”

<sup>8</sup> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)

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





(que delegou a atividade ao subcontratante) não caracteriza novo requisito de habilitação, mas apenas decorrência da Lei Geral de Concessões – a qual, em relação a licitações para concessão de serviço público, é a lei especial a partir da qual deve ser aplicada, subsidiariamente, a Lei Federal n.º 8.666/93 (*in casu*, lê-se o art. 30, §1º, da Lei de Licitações à lume da Lei de Concessões).

Pois bem. A Lei Federal n.º 8.987/95, em seu art. 26, admite a subconcessão **desde que prévia e explicitamente autorizada pelo Poder Concedente**. Vejamos:

“Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, **desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.**”

Cabe ressaltar que a subconcessão não se trata de mera prestação de serviços por vínculo delineado estritamente entre concessionário e um terceiro (caso em que pode haver subcontratação). O subconcessionário assume o desempenho da atividade em nome próprio, mantendo relação jurídica direta com o poder concedente, inexistindo controle pelo concessionário originário. Por isto, observa Marçal Justen Filho que **o concessionário – por não deter titularidade do serviço público – não dispõe por si próprio de competência para realizar a subconcessão (é imprescindível a participação explícita do poder concedente, nos termos do art. 26 supracitado)**. Citem-se os comentários tecidos pelo doutrinador:

#### “7) Condições para Subconcessão

• **O concessionário não é titular do serviço público. Logo, não dispõe de competência para produzir a subconcessão sem obter a concordância do poder concedente.** A subconcessão depende de previsão no ato convocatório. Sua implementação somente poderá fazer-se mediante prévia licitação. Não se admite subconcessão por deliberação unilateral do concessionário. Sempre se fará necessária a prévia aquiescência do poder concedente, mesmo quando a possibilidade da ocorrência constar expressamente do ato convocatório.

(...)



**A seleção do subconcessionário é da estrita competência do poder concedente. Incumbe privativamente a este promover todos os atos para implementar a subconcessão.** O procedimento licitatório deverá fazer-se no âmbito do poder concedente. Serão editados por esse o ato convocatório, a minuta de contrato, etc. Assim se impõe porque a subconcessão produz o desempenho do serviço público por um terceiro. Como o concessionário não é titular do serviço público, não lhe seria facultável deliberar sobre as condições para seleção do subconcessionário.”<sup>9</sup>

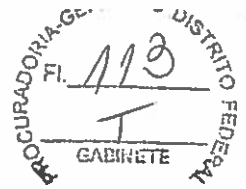
Dito em outras palavras, repisando-se que o art. 26 da Lei Geral de Concessões aponta ser imprescindível **autorização expressa** do poder concedente nos casos de subconcessão **(a autorização do concedente não é presumível – se não for expressamente apresentada, considera-se que a autorização não foi dada)**, um atestado de que houve subconcessão firmado exclusivamente pelo concessionário original do serviço juridicamente não tem condão de comprovar experiência prévia de um licitante.

Tal regra editalícia (item 21.4.1.1.2), ademais, evita fraudes e diligências desnecessárias por parte da Comissão de Licitação, prestando-se a evitar a morosidade que envolveria a verificação da legalidade das subcontratações de cada licitante, o que seria preciso, pois, como dito, não se pode presumir a ocorrência de um fato (autorização da Administração Pública) do qual depende a legalidade de um negócio jurídico quando a legislação de regência dita que este deve ter indicação expressa e específica.

Por fim, e como o próprio Desembargador Relator apontou sobre outra questão, nesse ínterim não há interesse próprio da Impetrante na alegação, a qual sequer participou do certame que busca impugnar – como se pode ver da ata da sessão de 14.09.2012, ora anexada – e não comprovou que estaria impedida de adentrar na licitação por impossibilidade de cumprir com a exigência de habilitação em tela.

**3.3 - Da legalidade da exigência de apresentação de certidão de regularidade perante o Distrito Federal como condição para a contratação (item 7 da decisão interlocutória)**

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 281.



Sustenta a Impetrante a ilegalidade da exigência de apresentação de certidão de regularidade perante o Distrito Federal em prazo de 30 dias da convocação para assinatura do contrato, prevista no Item 26.1.2<sup>10</sup> do Edital de Licitação, tempo que seria exíguo e caracterizaria direcionamento da licitação a empresas com sede no Distrito Federal.

Não assiste razão à Impetrante. Primeiro porque tal previsão editalícia decorre de expressa determinação legal prevista na Lei Distrital 4.011/07, abaixo transcrita:

“Art. 12. Os serviços de transporte público coletivo, quando delegados, serão prestados por pessoas jurídicas ou por autônomos.

§ 1º É facultado aos operadores autônomos, no relacionamento com o poder permitente, fazer-se representar por cooperativas, associações ou entidades similares de que sejam membros.

§ 2º Os permissionários e os motoristas que operam o serviço autônomo de transporte coletivo deverão apresentar ao órgão gestor do Sistema de Transporte Público, para fins de registro, os seguintes documentos:

I – carteira de habilitação categoria “D”;

II – certidão negativa criminal;

III – certidão de execução fiscal dos tributos do Distrito Federal;

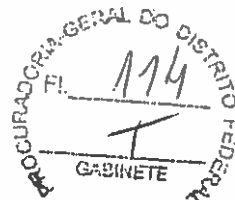
IV – atestado de saúde.”

No mesmo sentido, o Decreto n.º 28.070/07 estabelece que, para fins de responsabilidade fiscal, a DFTRANS adotará os procedimentos administrativos necessários à cobrança sistemática das comprovações de regularidade fiscal e previdenciária, vejamos:

DECRETO Nº 28.070, DE 28 DE JUNHO DE 2007

Determina a adoção, pela DFTRANS, de procedimento relativo à comprovação da regularidade fiscal e previdenciária das empresas

<sup>10</sup> “26.1.2 - No prazo referido no item acima, a LICITANTE ADJUDICATÁRIA, de cada lote deverá, como condição para a assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO: (...) c) apresentar prova de regularidade fiscal perante a Fazenda do Distrito Federal, mediante certidão negativa ou com efeito de negativa.”



permissionárias do serviço convencional do STPC/DF, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 100, inciso XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal, combinado com os artigos 30 e 38 da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e com o artigo 37 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 10.062, de 05 de janeiro de 1987, tendo em vista o preconizado na Decisão nº 2.039, de 10 de maio de 2007, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, prolatada no processo administrativo 719/2000, e

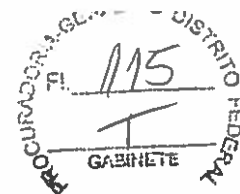
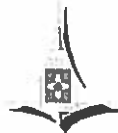
Considerando a importância e conveniência de prevenir responsabilidade solidária e subsidiária do poder concedente em caso de inadimplência fiscal e previdenciária de empresas permissionárias do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, DECRETA:

Art. 1º - As empresas permissionárias do serviço convencional do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF deverão, no prazo de 120 (cento e vinte dias) dias da publicação deste Decreto, apresentar à Transporte Urbano do Distrito Federal – DFTRANS comprovantes de regularidade previdenciária, e fiscal para com as fazendas Federal e Distrital.

Parágrafo único. O não atendimento da presente determinação implicará a abertura de processo administrativo para a decretação de caducidade da permissão, previsto no artigo 38, § 2º, da Lei Federal nº 8.987/95, e no artigo 37, incisos II, V e VII, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 10.062/87.

Art. 2º - A Transporte Urbano do Distrito Federal - DFTRANS adotará os procedimentos administrativos necessários à cobrança sistemática das comprovações de regularidade fiscal e previdenciária de que trata este Decreto.

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.



Em segundo lugar, incabível se falar que o prazo de 30 dias da convocação da assinatura do contrato seria exíguo e caracterizaria direcionamento da licitação quando o item editalício que alude ao prazo faz referência explícita<sup>11</sup> à possibilidade de prorrogação do prazo nos moldes do art. 64, §1º, da Lei Federal n.º 8.666/93:

“Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 1º. O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.”

Ademais disso, não há qualquer violação ao princípio da isonomia ou direcionamento do certame, uma vez que, para habilitação na concorrência, as licitantes deveriam apresentar apenas a certidão de regularidade fiscal relativa à sua sede. Tão somente a licitante que se sagrar vencedora no certame é que deverá, após a homologação da licitação e da adjudicação do objeto em seu favor, apresentar certidão de regularidade perante o Distrito Federal, local em se instalará e iniciará suas atividades.

### **3.5 - Da legalidade da disciplina delineada pelo Edital licitatório a respeito do uso de fontes de receitas alternativas (itens 8, 9, 10 e 11 da decisão interlocutória)**

Aduz a Impetrante que a remuneração da futura concessionária, de acordo com o Edital, será composta também pela receita decorrente da exploração das atividades acessórias, sem, no entanto, prever quais seriam essas receitas acessórias, supostamente violando o inciso VI, do art. 18, da Lei Federal n.º 8.987/95 e impossibilitando a formulação das respostas. A Impetrante também alega que o Edital postergou o momento

<sup>11</sup> “26.1.1 - Conforme procedimento definido no item 20 do presente Edital, a LICITANTE ADJUDICATÁRIA, de cada Lote, será convocada para cumprir, no prazo de até 30 (trinta) dias, contados do recebimento da convocação, prorrogável na forma do art. 64, §1º, da Lei 8.666/1993, com as condições para assinatura do contrato de concessão, assinar esse instrumento e definir os procedimentos necessários para o início da operação do serviço, nos termos exigidos no presente EDITAL.”



em que será verificado se a exploração de publicidade nos ônibus será admitida ou não, o que afrontaria o art. 11 e o inciso VI, do art. 18 da Lei Federal de Concessões.

Não assiste razão à Impetrante. Sua argumentação parte de premissa equivocada, na medida em que, para os fins da Concorrência Pública 01/2011-ST e do Decreto nº 33.559, de 1º de março de 2012, a receita alternativa é uma *faculdade futura* do licitante e eventuais receitas alternativas integrarão a remuneração dos concessionários. Veja-se o que dispõe o Edital neste particular:

“5.5 - As receitas acessórias decorrentes da exploração publicitária, de qualquer natureza, no interior ou na parte externa dos veículos das CONCESSIONÁRIAS, na forma física ou eletrônica por meio de televisores ou similares, se e quando implantada pela(s) CONCESSIONÁRIA(S), ao longo da concessão, na forma do item 5.6, serão rateadas da seguinte forma:

a) 50% (cinquenta por cento) auferidas pela(s) CONCESSIONÁRIA(S), como incentivo;

b) 50% (cinquenta por cento) comporão a CONTA DE COMPENSAÇÃO, sendo contabilizadas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e a preservação da modicidade da TARIFA USUÁRIO.

5.6 - A exploração das atividades referidas no subitem anterior deverá ser disciplinada por contrato firmado entre a(s) CONCESSIONÁRIA(S) e terceiro(s), avença que, necessariamente, deverá ser submetida à prévia e expressa anuência do Poder Concedente, por intermédio da SECRETARIA, bem como seus eventuais aditivos ou contratos correlatos.

5.7 - As atividades referidas no subitem 5.5 serão, anualmente, objeto de auditoria a ser realizada pelo Poder Concedente.”

Ou seja, se e quando forem adotadas, 50% (cinquenta por cento) do valor das receitas acessórias se dirigirá a incentivar os concessionários, enquanto os outros 50% (cinquenta por cento) serão empregados na manutenção do equilíbrio econômico e



financeiro dos contratos e na modicidade tarifária, assegurando-se sempre a tarifa técnica a ser proposta pelas licitantes.

**No tocante à proposta de valor de tarifa técnica, esta não levará em conta as “eventuais” receitas acessórias, como bem se extrai das instruções para elaboração do Fluxo de Caixa** (Anexo IV.2 do Edital), que, em relação à planilha de fluxo de caixa, estabelece as seguintes rubricas para a RECEITA:

“- Receita da prestação dos serviços: deverá ser considerada a tarifa técnica indicada na PROPOSTA FINANCEIRA da licitante. A demanda anual de passageiros pagantes transportados (embarques) deverá estar de acordo com a informação fornecida no Anexo II.2 do presente Edital, específica para cada lote de proposta;

- A receita da prestação dos serviços deve permanecer constante ao longo dos 120 (cento e vinte) meses de concessão, não sendo admitida inclusão de taxa de crescimento de demanda ou produtividade, para os fins do estudo de viabilidade econômico-financeira.

- Receita advinda da venda dos ativos, durante e ao final da concessão.

- Tributos incidentes sobre as receitas como PIS e COFINS.

- Não deverá ser considerada Taxa de Administração do Órgão Gestor sobre a receita operacional da concessão. Tal preço público incidirá sobre a Tarifa Usuário e será auferido diretamente pelo Poder Concedente, com recursos da comercialização de créditos de viagem.

- Receita líquida, resultado da diferença entre as receitas e os impostos diretamente incidentes.”

Tal regra editalícia está em consonância com o entendimento sufragado pelo Presidente do Tribunal de Contas da União, Benjamin Zymler, comentando julgados da Corte:



**“Por oportuno, ressalto que as receitas acessórias, por seu caráter de eventualidade, não podem ser consideradas para a elaboração da proposta de tarifa.”<sup>12</sup>**

Também se equivoca a Impetrante ao interpretar que o art. 18, VI da Lei nº 8.987/95 imporia que eventuais fontes de receita alternativa estivessem taxativamente previstas no instrumento convocatório. As receitas alternativas estão previstas no Edital, não sendo necessária a determinação de seu valor, quer porque essa informação não poderá ser considerada nas propostas, quer porque o volume de tais receitas estará vinculado a contratos futuros a serem firmados pela concessionária, cujo conteúdo e valor são desconhecidos neste momento.

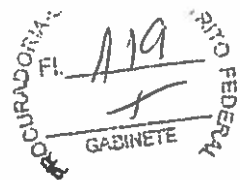
Ademais, é absolutamente falsa a afirmativa da Impetrante de que a autoridade competente teria total liberdade para decidir sobre a utilização ou não de receitas provenientes de publicidade nos ônibus, o que possibilitaria favoritismo em favor das empresas concessionárias. Existem critérios explícitos na Resolução nº 4.727 de 2008 do CTPC/DF, que são complementados por previsões do Decreto do Governador do Distrito Federal nº 30.584/2009, na seção atinente ao planejamento operacional do sistema (e.g. “aferir a qualidade e segurança dos serviços prestados pelos delegatários, bem como sua interferência com as condições ambientais e de qualidade de vida”), e pelos princípios de regência do regime jurídico administrativo (interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e impessoalidade), que impossibilitam o exercício arbitrário e ilegítimas de prerrogativas contratuais pela Administração Pública.

Por isso, o Excelentíssimo Desembargador Relator deste *writ*, ao indeferir a liminar pugnada pela Viação Jardins S.A., assim se pronunciou sobre o assunto:

**“Quanto às receitas acessórias, diferente do afirmado pela impetrante, entendo que o edital prevê sua disciplina, estabelecendo que o concessionário poderá explorar atividade publicitária, in** *verbis*:

<sup>12</sup> ZYMLER, Benjamin. A Visão dos Tribunais de Contas sobre os Contratos Administrativos, in: *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, n. 30, ano 3 Junho 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=9022>>.





“(…) 5.6 - A exploração das atividades referidas no subitem anterior deverá ser disciplinada por contrato firmado entre a(s) CONCESSIONÁRIA(S) e o terceiro(s), avença que, necessariamente, deverá ser submetida à prévia e expressa anuência do Poder Concedente, por intermédio da SECRETARIA, bem como seus eventuais aditivos ou contratos correlatos. (...)”

**Embora fique a critério da Administração a aprovação do contrato de propaganda, é certo que nesta atividade estará vinculada aos princípios da finalidade, impessoalidade, devendo seus atos serem fundamentados. Creio que a disposição não seja das mais adequadas mas não contém ilegalidade suficiente para suspender a licitação,** principalmente considerando o caos no Transporte Público que se instalou no Distrito Federal, onde se faz necessária e urgente a adoção de soluções.”

Assim, não há que se falar em nulidade do ato convocatório, uma vez que não está presente nenhuma afronta aos arts. 11 e 18, da Lei nº 8.987/95, bem como por não serem as receitas acessórias consideradas para a elaboração das propostas.

### **3.6 - Da legalidade da disciplina delineada pelo Edital licitatório a respeito do custeio das gratuidades tarifárias pelo poder concedente (itens 8, 9, 10 e 12 da decisão interlocutória)**

Segundo a Impetrante, o instrumento convocatório em cotejo comportaria inconsistências quanto às gratuidades concedidas pela legislação distrital e subsídios a serem repassados (não haveria certeza sobre quanto seria custeado pelo Poder Público em relação aos benefícios tarifários, tampouco sobre quais gratuidades específicas seriam objeto de subsídio), o que dificultaria a formulação das propostas pelos interessados.

Em primeiro lugar, e na esteira do que foi dito no tópico anterior, deve-se repisar que, na Concorrência n.º 01/2011-ST, os licitantes fazem proposta de montante de tarifa técnica, que é o valor pelo qual as empresas seriam eventualmente remuneradas por todo e cada passageiro transportado, sendo considerados igualmente nesse cálculo tanto usuários pagantes quanto os que dispõem de benefícios tarifários. Os concessionários são



remunerados em função da tarifa técnica (multiplicada pela quantidade de indivíduos atendidos), em quantia independente da fonte de custeio dos recursos das gratuidades e descontos tarifários (seja por meio de subsídios, seja por meio das receitas provenientes de publicidade, etc.). Não há, portanto, nenhuma ocasião em que os delegatários teriam uma redução de receita por conta das gratuidades.

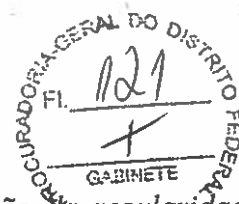
Nesses moldes, evidencia-se que não se pode dizer que haveria qualquer impacto na formulação das propostas comerciais pelos interessados (de tarifa técnica) porque o cálculo da tarifa técnica depende exclusivamente da aferição do custo individual para atendimento dos utentes – sendo despciendo a esta equação quanto desses utentes são ou não pagantes.

Em segundo lugar, cumpre esclarecer que não há contradição entre os dois itens do Edital citados (itens 3.1, inciso XVII<sup>13</sup>, e 6.2 do Edital de Licitação<sup>14</sup>). Cabe ao Poder Concedente conceder ou não subsídios; nem toda a gratuidade é custeada mediante subsídio, como por exemplo, o caso dos idosos – o referido benefício tarifário poderá custeado por meio de elevação da tarifa usuário, a qual é determinada única e exclusivamente pelo poder concedente, ou por fontes de receita alternativa (não havendo nenhum impacto na estipulação da tarifa técnica pelos licitantes, repise-se).

Conforme esclarecimentos prestados pela Comissão de Licitação, “o custeio de gratuidades tarifárias, pelo Poder Concedente, mediante aportes financeiros na *CONTA DE COMPENSAÇÃO* poderá ser total ou parcial, a depender das previsões na legislação orçamentária própria. Para garantir o pagamento da *REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS*, conforme conceituada no inc. XVII do item 3 do Edital, serão adotados valores de *TARIFA USUÁRIO* e de *SUBSÍDIO* de gratuidades em montantes

<sup>13</sup> “XVII. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA: remuneração devida à CONCESSIONÁRIA, oriunda de recursos da arrecadação da TARIFA USUÁRIO em espécie, nos ônibus e, quando houver, terminais e estações de transbordo do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF, complementados com os repasses recebidos do Poder Concedente, junto à CONTA DE COMPENSAÇÃO, provenientes da comercialização de créditos eletrônicos de transporte, das fontes de SUBSÍDIO para custeio de gratuidades e de outras eventuais receitas acessórias, que corresponderá ao valor de sua TARIFA TÉCNICA vencedora da licitação, atualizada de acordo com as hipóteses de revisão e reajuste previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO, multiplicada pelo número de PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS pela mesma concessionária, registrados no Sistema de Bilhetagem Automática;”

<sup>14</sup> “6.2 - Por intermédio do repasse do SUBSÍDIO à CONTA DE COMPENSAÇÃO, o PODER CONCEDENTE promoverá o custeio total ou parcial de gratuidades e benefícios tarifários, contribuindo para a modicidade dos valores de TARIFA USUÁRIO.”



*adequados à cobertura integral dos custos do sistema e manutenção da regularidade financeira da CONTA DE COMPENSAÇÃO.”*

Inclusive, silenciou o Impetrante sobre o item 6.2.2 do instrumento convocatório que é de grande auxílio para resolver eventuais divergências:

“6.2.2 - Para início da CONCESSÃO, serão custeadas, por meio do SUBSÍDIO, as tarifas dos estudantes e portadores de necessidades especiais, conforme previsto nas Leis Distritais 4.582/11 e 4.583/11. Durante a CONCESSÃO, na forma da Lei, poderão ser custeados, por SUBSÍDIO, outros passageiros isentos, visando assegurar a constituição do valor de REMUNERAÇÃO DA(S) CONCESSIONÁRIA(S) e preservar a modicidade da TARIFA USUÁRIO.”

Por essas razões, o Douto Desembargador Relator Sérgio Rocha apreciou a alegação e a afastou, assentando que não subsiste qualquer ilicitude nesse âmbito – entendimento que deve ser reiterado ao julgamento final desse *mandamus*:

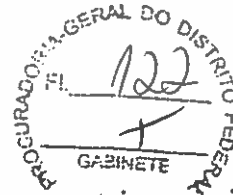
“Quanto a alegação de inconsistências no edital no que tange às gratuidades concedidas e subsídios a serem repassados pelo Governo do Distrito Federal, as eventuais discrepâncias serão, a toda evidência, adequadas com as tarifas atendendo à política de transporte público a ser implementada pelo governo do estado.”

### **3.7 - Da legalidade da disciplina delineada pelo Edital licitatório a respeito das condições de prorrogação dos contratos de concessão a serem celebrados (itens 13 e 14 da decisão interlocutória)**

De mais a mais, sustenta a Impetrante que o item 8.1<sup>15</sup> do Edital e a Cláusula IX<sup>16</sup> da Minuta do Contrato de Concessão não estariam de acordo com o art. 23, inciso XII, da Lei nº 8.987/95, uma vez que não indicam as condições para a prorrogação do contrato.

<sup>15</sup> “8.1 - O prazo da concessão será de 10 (dez) anos, contado da data de início da operação, podendo ser prorrogado, por igual período e por uma única vez, por meio de aditamento aos CONTRATOS DE CONCESSÃO, devidamente justificado em processo administrativo próprio.”

<sup>16</sup> “CLÁUSULA IX - Do Prazo da Concessão



A Impetrante aduz que Edital da Concorrência Pública em cotejo seria ilegal por não apresentar condições objetivamente aferíveis que deveriam ser atendidas para possibilitar a prorrogação dos contratos de concessão ou metas a serem atingidas. Acrescenta que o Edital limita-se a mencionar que o ajuste será prorrogado de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público (devidamente justificado em processo administrativo próprio) e desde que verificada a adequada prestação de serviços ao longo do período original da concessão.

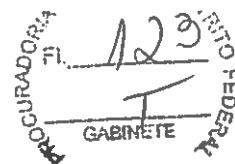
Em que pese as alegações da Impetrante, a previsão editalícia está em conformidade com a legislação e o regime jurídico administrativo em vigor.

Foi desconsiderado pela Impetrante que a prorrogação dos contratos de concessão é medida excepcional a ser utilizada pela Administração Pública, por critérios de conveniência e oportunidade ao interesse público e quando estritamente necessário (por exemplo, se terminado o prazo original e, por fatores externos, a empresa não amortizar devidamente seus investimentos – por isso é plenamente incabível se falar em condições pré-estabelecidas para prorrogação do contrato), conforme a discricionariedade do poder concedente, em especial porque não se trata de direito subjetivo. Nestes termos é expressa a doutrina de Marçal Justen Filho:

“Isso significa que assegurar ao concessionário a prorrogação do prazo da concessão equivale a atribuir-lhe uma vantagem incompatível com o princípio da isonomia. O particular obtém a concessão em vista da vitória numa licitação, a qual se orientou à contratação por prazo determinado.  
(...)

Todas as considerações realizadas pressupõem o exato e preciso adimplemento pelas partes às obrigações assumidas por ocasião da outorga. Nega-se a possibilidade da prorrogação porque o concessionário já foi satisfeito, ao longo do prazo da concessão. Mas a situação será totalmente distinta se as condições originais tiverem sido alteradas,

- 
1. O prazo da concessão será de 10 (dez) anos, contado a partir da data de início da operação dos serviços, podendo ser prorrogado, por igual período e por uma única vez, por meio de aditamento ao presente instrumento, devidamente justificado em processo administrativo próprio.
  2. A prorrogação será realizada de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público e desde que verificada a adequada prestação de serviços ao longo da execução período original da concessão.”



inviabilizando-se a obtenção do resultado assegurado ao concessionário.”<sup>17</sup>

Com base nestas premissas, o instrumento convocatório propôs 3 (três) condições para a prorrogação do contrato inseridas na minuta apresentada: *i)* a adequada prestação de serviços (a partir de critérios e metas específicas a seguir expostas); *ii)* a avaliação de conveniência e oportunidade ao interesse público (justamente por se tratar de medida excepcional) e *iii)* a realização de processo administrativo próprio antecedente à prorrogação – exatamente certificando que a opção está devidamente justificada e legitimada:

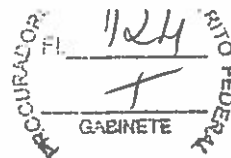
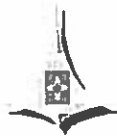
Quanto à avaliação da adequada prestação de serviços e às metas da delegação dos serviços, é de grande valia se atentar às previsões editalícias do Anexo II.3, intitulado “Diretrizes para melhorias Futuras na Infraestrutura do STPC/DF” e do Anexo VI intitulado “Disciplina do Sistema de Controle de Qualidade”.

Visando o cumprimento das metas da concessão, pelas concessionárias, o instrumento convocatório institui sistema permanente de controle de qualidade, o qual consta no Anexo VI, e tem por finalidade: *i)* apurar, por meio de um conjunto de indicadores, o grau de qualidade do serviço de transporte coletivo, permitindo a orientação de ações operacionais e de planejamento para a superação das principais deficiências observadas; *ii)* apurar o desempenho das concessionárias em cada período, mediante a transformação dos valores obtidos dos vários indicadores em uma nota de referência, de fácil identificação e acompanhamento; *iii)* estimular a melhoria contínua dos serviços por parte das concessionárias; *iv)* servir de processo e parâmetro para a avaliação da qualidade do serviço e para a priorização da melhoria contínua dos serviços.

Para tanto, foram adotados como critérios de avaliação do sistema de transporte coletivo 8 (oito) indicadores de qualidades que serão apurados periodicamente, quais sejam:

**“i.)Grau de variação dos intervalos nos pontos terminais** – associado aos preceitos da eficiência, rapidez, da acessibilidade e da continuidade do serviço público;

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 269-270.



**ii.) Grau de falhas de veículo em operação** – associado aos preceitos da eficiência, da regularidade, da segurança, do conforto e da cortesia ao usuário;

**iii.) Grau de cumprimento de viagens** – associado aos preceitos da eficiência, da regularidade, da acessibilidade, do conforto (daqueles que esperam pelo ônibus) e da cortesia ao usuário;

**iv.) Grau de reclamações dos usuários sobre os serviços** – associado aos preceitos da participação da coletividade, da eficiência, da cortesia ao usuário, da acessibilidade e do melhoramento, de modo geral, do sistema;

**v.) Grau de ocorrência de acidentes de trânsito** – associado ao preceito da segurança;

**vi.) Grau de ocorrência de irregularidades de trânsito** – associado ao preceito da segurança;

**vii.) Grau de aprovação de veículos em vistorias programadas** – associado aos preceitos da segurança, de qualidade ambiental e do melhoramento, de modo geral, do sistema;

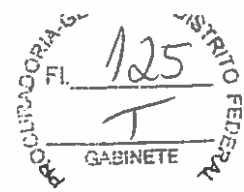
**viii.) Grau de limpeza dos veículos** – associado ao preceito do conforto e da cortesia ao usuário.”

Os dois anexos citados claramente expõem aos licitantes quais metas devem ser atingidas durante a prestação do serviço de transporte coletivo no Distrito Federal, sejam elas dirigidas ao Poder Concedente (Anexo II.3), sejam elas dirigidas às concessionárias (Anexo VI). Além disso, a Minuta do Contrato prevê:

## **“CLÁUSULA VII**

### **Dos Objetivos e Metas da Concessão**

1. Os objetivos e metas da **CONCESSÃO** são os previstos neste **CONTRATO**, no Edital de Licitação e seus anexos, e devem ser alcançados, sem prejuízo de disposições específicas, mediante o integral cumprimento do **PROJETO BÁSICO**.



1.1. Sem prejuízo das demais disposições previstas no **EDITAL**, especialmente as Diretrizes para Melhorias Futuras na Infraestrutura do STPC/DF, a serem implementadas pelo **CONCEDENTE** (Anexo II.3), são metas da concessão a prestação de um serviço eficiente, com atualidade tecnológica, ambientalmente adequado, que propicie amplo acesso à população usuária e cujos indicadores operacionais atendam as metas de qualidade definidas no Anexo VI do **EDITAL**.

2. No **PROJETO BÁSICO** também estão definidas as especificações de serviços a serem executados pela **CONCESSIONÁRIA** durante o prazo da concessão.

(...)

#### **CLÁUSULA XIV**

##### **Do Serviço Adequado**

1. A concessão da exploração de Serviço Básico Rodoviário do STPC-DF pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.

2. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade da **TARIFA**.

3. Para os fins previstos neste **CONTRATO**, considera-se:

a) **REGULARIDADE**: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no **PROJETO BÁSICO**, neste **CONTRATO** e nas normas técnicas aplicáveis;

b) **CONTINUIDADE**: a manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços previstos no **PROJETO BASICO**;

c) **EFICIÊNCIA**: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, que busquem, em caráter permanente, a excelência, e que assegurem, qualitativa e quantitativamente, o cumprimento dos



objetivos e das metas da concessão;

d) **CONFORTO**: a manutenção dos serviços em níveis que assegurem a comodidade dos usuários conforme definido no **PROJETO BASICO**;

e) **SEGURANÇA**: a operação, nos níveis exigidos no **PROJETO BASICO**, de modo a que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidentes;

f) **ATUALIDADE**: modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades;

g) **GENERALIDADE**: universalidade da prestação dos serviços conforme previsto no **PROJETO BASICO**;

h) **CORTESIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS**: tratamento adequado aos usuários;

i) **MODICIDADE DA TARIFA**: a justa correlação entre os encargos da **CONCESSIONÁRIA** e a retribuição paga pelos usuários.

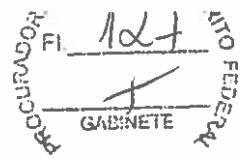
4. A **CONCESSIONÁRIA** deve assegurar, durante todo o prazo da concessão, a prestação de serviço adequado, atendidas, integralmente, as condições estabelecidas no item anterior, nos termos das determinações emanadas do **CONCEDENTE** e estando sujeita ao Sistema de Controle da Qualidade previsto e explanado no Anexo VI do **EDITAL**.

5. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situações de caso fortuito ou força maior e de greve dos trabalhadores do STPC-DF.”

Posto isso, vislumbra-se que o Edital de licitação impugnado através deste *mandamus* atende integralmente aos requisitos presentes nos arts. 18 e 23 da Lei n.º 8.987/95, sendo descabida qualquer alegação em sentido contrário.

**3.8 - Da legalidade do prazo de 180 dias para início das operações (item 15 da decisão interlocutória)**





A Impetrante considera que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para início das operações, a contar da data da assinatura do contrato de concessão, estabelecido no item 8.2 do Edital<sup>18</sup> seria demasiadamente exíguo, o que caracterizaria direcionamento do certame para empresas previamente selecionadas.

Mais uma vez, equivoca-se a Impetrante em suas alegações. A estipulação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias não ocorreu de forma aleatória, mas como fruto de estudos técnicos elaborados pelo Governo do Distrito Federal.

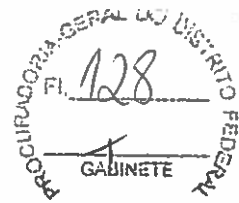
A soma de esforços para que o serviço público não sofra solução de descontinuidade é imperiosa e compreende dever jurídico tanto dos concessionários, quanto da Administração Pública e, ainda, do próprio usuário, em obediência ao art. 175, parágrafo único, IV da CF c/c art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95.

Segundo Ana Maria Goffi e Flaquer Scartezzini, o princípio constitucional da continuidade dos serviços públicos impõe deveres jurídicos imbricados nos seguintes termos:

“A continuidade do serviço público, como princípio a ser observado pela Administração Pública, configura um dever a ser implementado na prestação do serviço, seja pela própria Administração, seja pelo concessionário ou permissionário. A gestão desse interesse impõe-se como objetivo a ser perseguido na obtenção do serviço adequado.

Todavia, não se trata de interesse exclusivo da Administração e excludente dos demais membros da sociedade; o usuário e o próprio concessionário podem exigir determinado comportamento a fim de que sejam atendidos os interesses públicos primários,

<sup>18</sup> “8.2 - O prazo máximo para início da operação dos serviços concedidos é de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de assinatura deste CONTRATO, podendo ser prorrogado, por deliberação do PODER CONCEDENTE, em requerimento próprio da(s) CONCESSIONÁRIA(S), justificado e comprovado, necessariamente, na impossibilidade de fornecimento e/ou fabricação de bens da concessão no prazo estabelecido, por motivo que não decorra de ação ou omissão da(s) CONCESSIONÁRIA(S).”



expressos na segurança, saúde, educação, transporte e tantos outros como tais erigidos.”<sup>19</sup>

A definição deste prazo teve por base uma prévia pesquisa sobre diversos editais de licitação de transporte coletivo urbano no Brasil, que adotaram prazos semelhantes ou inferiores, dentre eles, se destacam os das seguintes capitais brasileiras: Curitiba, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, etc.

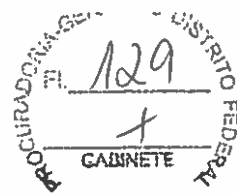
Ademais, é permitida a formação de consórcio para prestação do serviço, diante da sua vultuosidade e complexidade; **logo todas as obrigações podem ser atendidas, desde que haja programação, organização e eficiência mínima das futuras contratadas.**

Como já foi dito, o instrumento convocatório foi elaborado com base em estudo técnico que levou em consideração: *i) todas as obrigações a serem adimplidas pelos vencedores dos lotes; ii) prazos previstos em licitações com objeto semelhante, e ainda; iii) o interesse público que envolve o serviço a ser prestado.*

Diante disso, e considerando a discricionariedade da Administração Pública, verifica-se a total razoabilidade do prazo estabelecido para início da operação de 180 dias (06 meses) fixado pelo Edital, pois o presente prazo concilia a celeridade demandada pelo interesse público com a ampla competitividade da licitação, mostrando-se tal prazo (de meio ano) suficiente para atendimento de todas as obrigações previstas no instrumento convocatório, tais como aquisição de frota zero quilômetro, instalação dos sistemas de vigilância por câmeras, bem como para contratação de pessoal.

De qualquer sorte, consoante se extrai do Item 8.2 do Edital de Licitação, o prazo máximo (de 180 dias) para início da operação dos serviços concedidos ***poderá ser prorrogado, por deliberação do PODER CONCEDENTE, em requerimento próprio da(s) CONCESSIONÁRIA(S), justificado e comprovado, necessariamente, na impossibilidade de fornecimento e/ou fabricação de bens da concessão no prazo***

<sup>19</sup> GOFFI, Ana Maria; SCARTEZZINI, Flaquer. *O princípio da continuidade do serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.



estabelecido, por motivo que não decorra de ação ou omissão da(s) CONCESSIONÁRIA(S).

Nesta toada, cumpre rememorar a exposição feita pelo Eminente Desembargador Relator:

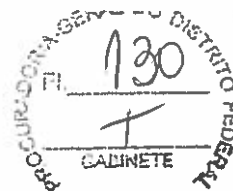
“Quanto a afirmação de que é exíguo o prazo para o início das atividades (180 dias), com frota de ônibus 100% zero quilômetros, não vislumbro ofensa a legalidade ou razoabilidade. Inicialmente porque o edital prevê a possibilidade de prorrogação desse prazo, após requerimento devidamente fundamentado da concessionária. E também porque o sistema de transporte público do Distrito Federal encontra-se em situação emergencial, de forma que não pode ser prorrogada a implantação e inclusão de novos veículos adequados para o transporte da população.”

Logo, caso o licitante vencedor não consiga, no prazo de 180 dias, fornecer todos os bens envolvidos na prestação do serviço, poderá, comprovadamente, requerer a prorrogação do referido prazo, não se justificando, portanto, a insurgência da Impetrante.

### **3.9 - Da legalidade do critério de julgamento das propostas e da remuneração das concessionárias selecionadas – absoluta correição da distinção tarifa técnica e tarifa usuário (item 16 da decisão interlocutória)**

A Impetrante, em confusa dissertação, acusa que o Edital de Concorrência n.º 01/2011-ST, ao distinguir tarifa usuário da tarifa técnica e ao adotar esta última como critério de julgamento das propostas, teria violado o art. 9º da Lei Federal n.º 8.987/95, segundo o qual seria obrigatório que “a tarifa do serviço concedido fosse fixada [diretamente] pelo preço da proposta vencedora da licitação”. Também haveria suposta violação ao art. 15 da mesma Lei, pois o critério de julgamento não se enquadraria em nenhuma das hipóteses legais.

Não assiste razão à Impetrante. Em primeiro lugar, a empresa faz interpretação manifestamente inadequada do art. 9º da Lei Federal de Concessões, dizendo, sem qualquer amparo jurisprudencial ou doutrinário, que esse dispositivo tornaria obrigatório



que a tarifa proposta vencedora dos certames licitatórios corresponderia exatamente à tarifa cobrada dos usuários pelo serviço. Em verdade, o que ocorre, como a literatura especializada observa de forma unânime, é que **o poder concedente é exclusivamente competente para fixar o valor das tarifas** (no caso, para se utilizar termos mais precisos, da tarifa usuário), de sorte que a proposta dos licitantes serve unicamente como amparo para tal estabelecimento. Vejamos o comentário de Marçal Justen Filho:

“O art. 9º deve ser interpretado em termos, no tópico em que prevê que a tarifa será fixada segundo o preço constante da proposta vencedora.

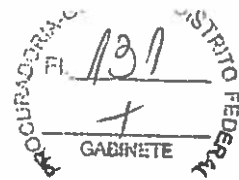
**Em primeiro lugar, deve ter-se em vista que a competência para fixação da tarifa é do Estado, sendo inviável sua delegação a particulares. Portanto, o art. 9º não prevê que a tarifa seria fixada pelo particular, através da proposta vencedora. Dispõe, isto sim, que a tarifa será fixada tendo em vista o valor constante da proposta vencedora.**”<sup>20</sup>

Em segundo lugar, a Impetrante não se atentou à recém editada Lei Nacional de Mobilidade Urbana (Lei Federal n.º 12.587/2012), que explicitamente se aplica ao certame em comento<sup>21</sup>, a qual além de confirmar o fato de não incumbir aos concorrentes, por meio de suas proposta comerciais, a fixação das tarifas, dá pleno amparo à distinção tarifa usuário/tarifa técnica promovida.

Inicialmente, cumpre rememorar que o instrumento convocatório em tela conceitua, em seu item 3, a tarifa técnica como o valor proposto pelas licitantes pelo qual esta precisaria ser remunerada por cada passageiro transportado e a tarifa usuário como o montante, determinado exclusivamente pelo poder concedente, a ser cobrado dos usuários para que se obtenha a receita total devida ao concessionário. Não há equivalência entre as duas, dentre diversas razões, porque a tarifa usuário leva em consideração outras fontes de receita (enquanto a tarifa técnica corresponde integralmente ao valor devido por passageiro, a tarifa usuário afere tais valores levando-se em conta subsídios transferidos

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 156.

<sup>21</sup> “2. Legislação aplicável: A Concorrência rege-se-á pela Lei Distrital 4.011, de 12 de setembro de 2007, pela Lei Distrital 4.770, de 22 de fevereiro de 2012, pelas Leis Federais 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **12.587, de 03 de janeiro de 2012**, e suas alterações, pelas demais normas legais e regulamentares aplicáveis, assim como pelas disposições deste EDITAL.



pela Administração Pública, fontes de receita complementares como de exploração de publicidade, etc.).

Nesses moldes, embora a terminologia seja distinta, nota-se que a **diferenciação tarifa técnica e tarifa usuário corresponde à separação de tarifa pública e tarifa de remuneração aludida na Lei Federal n.º 12.587/2012, senão vejamos:**

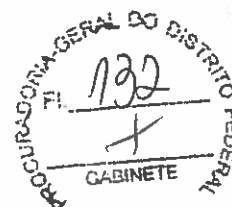
“Art. 9º O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do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

§ 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.

§ 2º O preço público cobrado do usuário pelo uso do transporte público coletivo denomina-se tarifa pública, sendo instituída por ato específico do poder público outorgante.”

Ora, como explicitado pela doutrina e pela Lei Nacional de Mobilidade Urbana, uma vez que impende privativamente ao ente concedente a fixação da tarifa pública/ tarifa usuário, o art. 15, inciso I, da Lei de Concessões faz alusão a critério de **julgamento de propostas dos licitantes por menor tarifas de remuneração/tarifa técnica**, que é o critério admitido pela Concorrência n.º 01/2011-ST.

Ademais, a utilização dos conceitos tarifa usuário e tarifa técnica tem pleno amparo legal, sendo plenamente descabidas as alegações da Impetrante. Caso esta tivesse dificuldade em compreender os conceitos ou as conseqüências jurídicas daí decorrentes – o que é o caso, aparentemente, por esta não ter feito nenhuma menção à Lei Nacional de Mobilidade Urbana em sua exordial – seria adequado pedido de esclarecimentos à Comissão de Licitação (o que não foi feito) e não a utilização de tais dúvidas como se estas fossem afronta a direito líquido e certo.



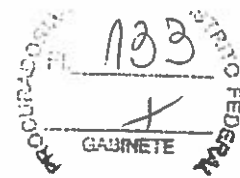
### 3.10 - Da audiência pública realizada e da inexistência de violação ao art. 39 da Lei de Licitações (item 17 da decisão interlocutória)

A Viação Jardins S.A. alega que a audiência pública realizada antes da deflagração da licitação teria sido mero procedimento vazio, pois supostamente cerceada a participação popular em razão da ausência de fornecimento prévio de informações específicas sobre o objeto a ser concedido, tendo ocorrido uma apresentação “superficial”, em 67 slides *power point*, em desrespeito ao art. 39 da Lei 8.666/93. Por fim, aduz que foram realizadas diversas alterações no corpo do Edital de Licitação, as quais não foram objeto de audiência pública.

Não lhe assiste razão. A audiência pública que antecedeu a publicação do instrumento convocatório da presente licitação atendeu integralmente os fins a que se destina o artigo 39 da Lei Federal nº 8.666/1993, segundo o qual *“sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados”*.

A redação do sobredito artigo 39 **não** prevê a obrigatoriedade da disponibilização prévia da minuta do edital de licitação, **mas o acesso e o direito dos interessados, no momento da audiência pública, “a todas as informações pertinentes”**, uma vez que a finalidade da audiência pública é justamente colher os elementos necessários para subsidiar a futura publicação do instrumento convocatório.

Desta feita, já tendo sido apresentadas à população e aos interessados todas as **informações pertinentes**, não há que se falar em obrigatoriedade de realização de novas audiências públicas a cada republicação do Edital. Até porque as modificações do Edital



foram realizadas para atendimento de determinações exaradas pelo Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal.

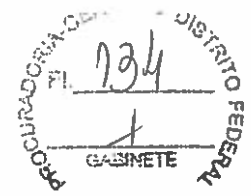
Na audiência pública que antecedeu o presente certame, foram apresentadas, de maneira didática, todas as informações pertinentes a respeito da futura concessão. Inclusive, como admite a própria Viação Jardins S/A em sua representação, foram apresentados inúmeros slides de apresentação em *power point*.

Portanto, a finalidade primordial de tal ato foi atendida, pois, ali a população manifestou a sua total e irrestrita concordância com a necessidade da realização da licitação, assim como apresentou as suas sugestões para a futura concessão do transporte público coletivo, todas as quais foram analisadas e respondidas previamente à publicação do edital de licitação.

Ainda, para melhor responder as dúvidas da população sobre a futura licitação, foi estabelecido na própria audiência pública que aos questionamentos registrados seriam fornecidas respostas por escrito, cuja publicização seria efetuada no sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Transportes. Tal medida foi adotada para propiciar melhor publicidade ao evento e melhor compreensão das questões discutidas. Ressalte-se que, de parte da Impetrante, não houve qualquer pedido de esclarecimentos às respostas fornecidas pela Administração Pública.

A Administração Pública tampouco recebeu qualquer pedido de vistas do projeto básico ou do termo de referência por parte de cidadãos ou pela empresa que ora suscita tal questão, seja antes ou após a realização da referida audiência pública, não havendo, nem ao menos em tese, que se falar em nulidade do ato convocatório se não houve prejuízo (cujo ônus probatório, ressalte-se, incumbe à Impetrante).

Nessa mesma linha, nenhum cidadão ou entidade da sociedade civil apresentou qualquer impugnação ao conteúdo do edital de licitação republicado, evidenciando a ausência de irresignação formal da população aos termos do edital de licitação, e que o interesse da Impetrante em fazer tais ilações é meramente protelatório. 4



### **3.11 - Da legalidade da vedação de adjudicação de mais de um lote a cada licitante (item 18 da decisão interlocutória)**

Sustenta a Impetrante ocorrer violação ao princípio da proposta mais vantajosa pelo fato do Edital vedar que uma mesma empresa adjudique para si mais de um lote de serviço, sob o fundamento de que isso poderá acarretar na contratação de uma licitante que não apresentou a menor tarifa. A empresa Viação Jardins alega que não poderia se dizer que o mecanismo teria por função impossibilitar a formação de monopólios, pois tal justificativa não encontraria amparo na ordem jurídica.

Inicialmente, é transparente a má-fé da Impetrante ao dizer que a vedação à formação de monopólios não teria fundamento na legislação de regência, porquanto a Lei Federal n.º 8.987/95, além de incluir como atribuição do poder concedente o incentivo à competitividade, dispõe expressamente que os serviços públicos, via de regra, não podem ser delegados com exclusividade (em regime de monopólio):

**“Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5o desta Lei.**

(...)

**Art. 29. Incumbe ao poder concedente:**

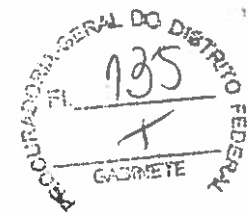
(...)

**XI - incentivar a competitividade; e”**

Nessa linha, comentando o art. 16 da Lei Geral de Concessões, assevera Marçal Justen Filho:

“Exclusividade na prestação do serviço – A exclusividade significa a exclusão da possibilidade de terceiros competirem com o concessionário ou permissionário no desempenho da atividade objeto da outorga. Para o concessionário ou permissionário, isso significa uma espécie de *monopólio* na prestação do serviço público. Para os demais empresários, eventualmente interessados em explorar o serviço, configura-se vedação. *✓*





(...)

Como se extrai da redação do art. 16, a regra será a ausência de exclusividade na outorga da concessão ou permissão. Supõe-se que a determinação derivou do interesse de evitar que a ausência de competição desestimulasse a eficiência na prestação dos serviços pelo concessionário (permissionário). Ademais, pode refletir concepção característica do direito do consumidor, atinente à liberdade de escolha por parte do usuário (art. 7º, inc. III).

A imposição da exclusividade [da possibilitação de monopólio] dependerá, então, de impossibilidade de desempenho do serviço público em regime de competição. Isso se dera por motivos técnicos ou econômicos.

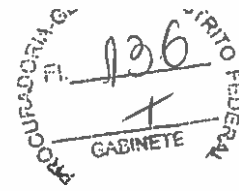
Os motivos técnicos caracterizar-se-ão quando for materialmente impossível o desenvolvimento de uma mesma atividade por dois sujeitos autônomos e distintos entre si. (...)

Os motivos econômicos pressupõem viabilidade técnica de sujeitos diversos desempenhando simultaneamente a mesma atividade. O problema, porém, reside na impossibilidade de obtenção de resultados econômicos para manter o desempenho da atividade, especialmente quando estabelecidos determinados parâmetros mínimos de qualidade.”<sup>22</sup>

Ou seja, consoante dita o doutrinador a partir de expressa previsão legal, há uma obrigação de o poder concedente incentivar a competitividade nas licitações de serviços públicos – implicando na vedação de se delegar tais atividades em regime de monopólio a determinadas empresas, que só pode ser ressalvada se houver prova de impossibilidade técnica ou econômica para tanto (ou seja, no caso, para que a Impetrante defenda a ilegalidade da cláusula, esta deveria ter trazido na sua peça vestibular prova cabal de que a divisão em lotes operados por operadores distintos era impossível técnica ou economicamente, o que não ocorreu).

✓

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 189-190.



Por isso, ao vedar a concentração da titularidade dos 05 (cinco) lotes de serviço a uma mesma empresa ou consórcio, está-se justamente priorizando a competitividade, impedindo a formação de monopólio ou oligopólio, o que inclusive foi rechaçado pelo Poder Judiciário nos autos de Ação Civil Pública n.º 2001.01.1010242-8, que determinou a deflagração de procedimento licitatório:

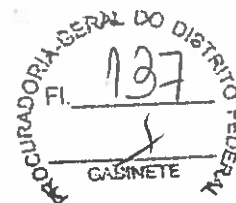
(...) julgo procedentes, os pedidos formulados pelo Ministério Público, a fim de impor aos réus a obrigação de fazer, consistente em realizar (iniciar e encerrar), no prazo de 180 dias, a contar da intimação desta decisão, licitação para todas as linhas de transporte público, a fim de admitir tantos novos concessionários quanto necessário para eliminar e evitar a formação de oligopólios.

Visando exclusivamente à adequada prestação do serviço de transporte público e a garantia de sua continuidade é que cada lote deve ser operado por empresa ou consórcio diverso, evitando assim a formação de monopólio ou oligopólio que atentam diretamente contra o interesse público.

Ademais, note-se que a Concorrência n.º 01/2011-ST foi arquitetada de modo a se obter a proposta mais vantajosa para o sistema de transporte público coletivo de um modo geral. Como dita o item 20.2 do Edital, são julgados os lotes em que se dividiu o objeto licitado por ordem decrescente da importância econômica de investimentos inerentes a cada porção, senão vejamos:

“20.2 - Transcorrido o prazo legal para interposição de recurso, havendo desistência ou renúncia do direito de recorrer por todas as LICITANTES, ou após o julgamento dos recursos interpostos, a COMISSÃO dará início à fase de julgamento das propostas do certame, que ocorrerá de forma sequencial e sucessiva, na seguinte ordem: primeiramente será julgado o Lote 2 da licitação, em seguida o Lote 5, posteriormente o Lote 3, em seguida o Lote 4 e por último o Lote 1.

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



7.1.1 – Lote 1: R\$ 150.904.139,28 (cento e cinquenta milhões, novecentos e quatro mil, cento e trinta e nove reais e vinte e oito centavos);

7.1.2 – Lote 2: R\$ 247.681.211,27 (duzentos e quarenta e sete milhões, seiscentos e oitenta e um mil, duzentos e onze reais e vinte e sete centavos);

7.1.3 – Lote 3: R\$ 191.027.854,32 (cento e noventa e um milhões, vinte e sete mil, oitocentos e cinquenta e quatro reais e trinta e dois centavos);

7.1.4 – Lote 4: R\$ 166.988.039,05 (cento e sessenta e seis milhões, novecentos e oitenta e oito mil, trinta e nove reais e cinco centavos); e

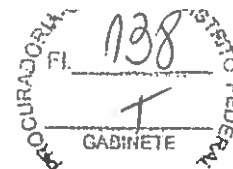
7.1.5 – Lote 5: R\$ 209.800.839,36 (duzentos e nove milhões, oitocentos mil, oitocentos e trinta e nove reais e trinta e seis centavos).”

Diante do exposto, é forçosa a conclusão de que não subsiste nenhuma ilegalidade na disciplina editalícia quanto a esse particular – a qual atenta para a obrigação legal e judicial (encartada na sentença de Ação Civil Pública supracitada) de se ampliar a competitividade entre os operadores do serviço de transporte público coletivo no Distrito Federal.

### **3.12 - Da legalidade do edital perante as alterações acarretas no sistema de transporte do Distrito Federal com instalação do metrô, VLT e BRT (item 19 da decisão interlocutória)**

Segundo a Impetrante, o STPC – DF sofrerá alterações, já previstas no Anexo II.3 do Edital, com a entrada de novos modais de transporte, alterando-se as características dos serviços licitados pelo Edital ora impugnado. Aduz que sem estudos que viabilizem estimar os impactos que serão causados, as licitantes não possuem parâmetros para analisar os investimentos frente aos riscos envolvidos, restando prejudicadas suas propostas financeiras.

1



Primeiramente, é preciso destacar que é incabível a apresentação de estudo detalhado, como pretende a Impetrante, na medida em que tais projetos encontram-se em fase de concepção, sem prazos definidos.

Ademais, esclareça-se que o Edital não suprime o direito indenizatório das concessionárias. Apenas limita-o para aquilo que é legalmente cabível. Mesmo porque, não se pode olvidar que o metrô e os demais serviços prestados sob trilhos não se inserem no conceito legal de serviço básico rodoviário. Com efeito, a norma do §1º do art. 5º da Lei Distrital 4.011/2007, divide o serviço básico de transporte público coletivo em duas categorias distintas: metroviário e rodoviário. Vejamos:

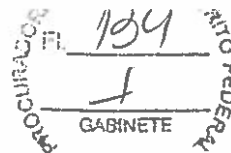
“Art. 5º Os serviços de transporte público coletivo de que trata esta Lei classificam-se em básico e complementar.

§ 1º O Serviço Básico compreende linhas dos modos metroviário e rodoviário, que poderão operar mediante integração física, tarifária e operacional, e que visem proporcionar aos cidadãos o acesso universal, seguro e equânime ao espaço urbano.”

No tocante aos corredores BRT, não se trata de novo modal, compreendendo, na verdade, um serviço rodoviário com ônibus operados em corredores exclusivos. Quando implantados (e hoje não se pode precisar quando, pois os projetos estão em produção), os referidos corredores serão operados pelas concessionárias vencedoras da licitação, conforme sua respectiva bacia operacional. O Anexo II.3 do Edital, que trata das Diretrizes para Melhorias Futuras, claramente refere aos corredores BRT como linhas operadas por ônibus, vejamos:

“O programa Brasília Integrada prevê as seguintes infraestruturas de transporte coletivo por ônibus, por meio de corredores BRT:

- Linha Verde (EPTG): Corredor de Ônibus entre Plano Piloto, Guará e Taguatinga;
- Linha Amarela: Corredor de Ônibus entre Plano Piloto e Planaltina;
- Linha Laranja: Corredor BRT entre Plano Piloto, Gama e Santa Maria;
- Linha Vermelha: Corredor na futura Via Interbairros;”



Ainda cumpre informar que a Minuta do Contrato não estabelece bens reversíveis para a concessão, consoante Item 3 da Cláusula XXIV do Anexo I, não havendo que se falar em indenização de garagens e veículos:

“2. Extinta a concessão, reverterão ao **CONCEDENTE** todos os bens transferidos para a **CONCESSIONÁRIA** durante a concessão, os bens reversíveis e os direitos e privilégios decorrentes da concessão, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, inclusive sociais e trabalhistas.

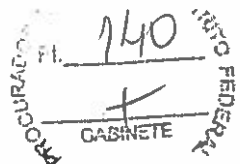
3. Para fins do item anterior, durante o prazo da concessão, o **CONCEDENTE** poderá transferir bens à responsabilidade da **CONCESSIONÁRIA**, dentro do escopo de atividades deste **CONTRATO**, bem como definir investimentos nos mesmos, desde que justificado e respeitadas as regras de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Os demais bens vinculados à concessão, mas de propriedade da **CONCESSIONÁRIA**, não serão objeto de reversão.”

Caso os novos modais mencionados no presente *mandamus* venham a ser implantados e, na eventualidade de produzirem impactos sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, será promovida a revisão da tarifa técnica da proposta vencedora, conforme prevê a minuta do contrato de concessão (Cláusula VI, item 9):

“9. Ocorrendo a hipótese definida no item anterior, será realizada a revisão da **TARIFA TÉCNICA**, para manutenção da equação econômico-financeira do contrato, utilizando-se como parâmetro apenas a preservação da Taxa Interna de Retorno de Investimento prevista na planilha de fluxo de caixa da proposta vencedora da licitação, apresentada pela concessionária, excluído qualquer provisionamento de lucros cessantes.”

Conforme se verifica, caso haja redução ou majoração do objeto do contrato, a **TIR – Taxa Interna de Retorno** será respeitada, ao longo da concessão.

Por fim, é de se destacar que a concessão não possui caráter exclusivo, sendo que o tema ora debatido foi inclusive objeto de esclarecimento pela Comissão de Licitação,



em razão do questionamento da empresa VERA CRUZ TRANSPORTES, divulgado na data de 08.03.2012, abaixo transcrita:

**Resposta:**

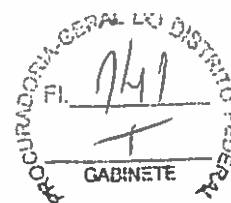
A este respeito, os licitantes devem consultar o item 4.5 do Edital de Licitação, o Anexo II.8 e o Decreto nº 33.556, de 1º de março de 2012, especialmente o seu art. 3º e parágrafos. A partir da leitura desses itens e do citado anexo, claramente se conclui que, no início da concessão, os serviços e a frota relacionados no Anexo II.8, não integram objeto da concessão, devendo as futuras concessionárias operar em conjunto com tais permissionários, nos horários especificados pelo Poder Concedente. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro está assegurada na Minuta do Contrato de Concessão. Os dados de oferta e demanda de passageiros pagantes transportados, de referência para as propostas financeiras, são informações providas pelo Poder Concedente, no Anexo II.2 do Edital. Havendo variação do número de passageiros pagantes transportados, por qualquer razão, será promovida a revisão da tarifa técnica ou outras medidas previstas em Lei para a preservação da equação econômico-financeira do contrato. Por outro lado, no que se refere às permissões envolvendo os serviços descritos no Anexo II.8, esclareça-se que foram delegadas sem caráter de exclusividade.

Em convergência com o exposto, assentou o Douto Desembargador Sérgio Rocha, Relator deste *writ*, inoportunizar qualquer ilegalidade editalícia relativo aos impactos promovidos no objeto licitado pela futura instalação do metrô, VLT e BRT:

“Também não prospera a alegação de que não há previsão da implantação/melhoramento do transporte público do Distrito Federal por meio do metrô, VLT e BRT para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato porque o edital traz previsão expressa, inclusive com a possibilidade de ressarcimento de eventual saldo residual de bens definidos como reversíveis e revisão das tarifas técnicas (item 4.6).”

Por essas razões, devem ser afastadas as alegações da Impetrante nesse particular.

**3.13 - Do completo atendimento à determinação do Tribunal de Contas quanto à adaptação dos veículos para tráfego no EPTG (item 20 da decisão interlocutória)**



Defende a Impetrante que o Distrito Federal desrespeitou decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal quanto à adaptação dos veículos para tráfego no EPTG, o que supostamente levaria à invalidação do instrumento convocatório por este Colendo Tribunal de Justiça.

Preliminarmente, cabe apontar quão esdrúxula é a argumentação da Impetrante – a exemplo de demais questões por ela suscitadas vistas nesta manifestação. Pede a empresa Viação Jardins S.A. que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios anule o Edital de Concorrência n.º 01/2011-ST em vista de interpretação de decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal. Ora, é óbvio que se há órgão de fiscalização com competência para averiguar se suas próprias decisões foram ou não descumpridas, e as conseqüências daí decorrentes, é o Tribunal de Contas do Distrito Federal, e não esta Colenda Corte.

Ainda que desconsiderada a flagrante impropriedade das acusações tecidas por competência exclusiva do Tribunal de Contas para analisar o cumprimento de suas decisões, as alegações referenciadas, no mérito, são de clara improcedência. Deve-se, de início, esclarecer que a Decisão n.º 3341/2012 do TCDF, ao referir ao tópico em questão, em nenhum momento visava instaurar discussão sobre a conveniência e oportunidade da opção adotada pela Administração Pública em iniciar a concessão objeto do certame em tela com veículos com porta a direita, ao invés de utilizar veículos com portas em ambos os lados ou ao lado esquerdo. Mesmo porque a atuação daquela Corte se adstringe à análise da legalidade e legitimidade<sup>23</sup> da regras do processo de licitação em discussão, não se prestando ao julgamento das opções atuais ou anteriores da Administração Pública no tocante à construção e operação dos corredores da EPTG.

Se eventuais equívocos existiram na execução desta política pública ou na morosidade em se concluir o planejamento a ela inerente, tal situação sequer poderia ser objeto de fiscalização pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, devendo ser objeto de análise e controle em outro procedimento ou outra seara.

<sup>23</sup> Da Constituição Federal: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”



Tem-se, claramente, que o motivo da ressalva feita na Decisão nº 3341.2012, item III, subitem “a.1”<sup>24</sup>, da Sessão Ordinária de 03.07.2012, decorria da necessidade de se esclarecer aos licitantes, a fim de viabilizar a elaboração das propostas, qual seria a especificação da frota exigida para início da concessão, para que os mesmos pudessem realizar seus levantamentos, cotações e, enfim, definir os valores de suas propostas financeiras.

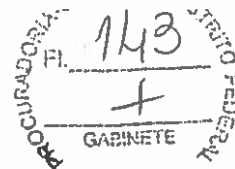
Pela análise do Item 4.8.1 do Edital de Licitação republicado, de pronto se percebe que a ST/DF, atendendo às sugestões daquele Egrégio Tribunal de Contas, para o início das operações, exigirá dos licitantes vencedores a utilização e disponibilização exclusiva de veículos com portas à direita, veja-se:

“4.8.1 - Para fins de proposta na presente licitação, as LICITANTES deverão considerar a utilização apenas de veículos com portas à direita. Durante a vigência da concessão, no exercício de suas prerrogativas legais e de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público, o PODER CONCEDENTE poderá determinar a utilização de veículos com portas à esquerda ou em ambos os lados, consoante prevê o Manual inserido no Anexo II.5 deste EDITAL, promovendo, concomitantemente, a revisão da TARIFA TÉCNICA, caso necessário, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS.”

Em conta da inclusão desse ponto, e demonstrando encontrar-se completamente equivocada a empresa representante ao tentar argumentar que o Distrito Federal não teria atendido às determinações desta Colenda Corte de Contas sobre o assunto, **a Decisão n.º 4106/2012, exarada na Sessão Ordinária n.º 4531 de 09.08.2012 deste TCDF, explicitou estar atendido o item III, subitem “a.1” supra transcrito, asseverando que não mais subsistiriam quaisquer ressalvas quanto às adaptações exigidas para operação na EPTG:**

<sup>24</sup> “III - determine à Secretaria de Estado de Transportes do DF: a) nos termos do art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, que encaminhe a esta Corte no prazo de 10 dias, nova minuta do edital escoimada das seguintes falhas: 1. indefinição quanto ao lado das portas dos veículos a serem utilizados nas linhas que passam pela EPTG, que necessita de ônibus com portas do lado esquerdo ou de ambos os lados, evidenciando indefinição do objeto licitado, em desacordo com o art. 6º, IX, da Lei de Licitações;”





**“O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Revisor, Conselheiro MANOEL DE ANDRADE, decidiu: (...)”**

II – em relação ao item III da Decisão nº 3.341/2012, **considerar atendido o disposto nos subitens “a.1”, “a.2”, “a.3”, “a.4”, “a.5”, “a.6” “a.7”, “a.8”, “a.9”, “a.10”, “b” e “d”.**”

Ainda, como se extrai do referido item editalício, eventual determinação do Poder Concedente para modificação da posição da porta nos veículos envolvidos na futura prestação do serviço, conforme à discricionariedade deste em favor do interesse público, correrá de forma concomitante à revisão da TARIFA TÉCNICA vencedora da licitação, após a efetiva assinatura do contrato de concessão.

Por fim, saliente-se que a opção da Administração em iniciar a operação do serviço por ela gerenciado com determinado tipo de equipamento, remetendo eventual modificação à conveniência e oportunidade a ser apreciada durante a execução do contrato, no exercício de sua prerrogativa de modificar as normas e meios de prestação do serviço, não pode ser objeto de rejeição no âmbito de atuação deste Tribunal de Justiça (circunscrito ao exame de legalidade dos atos administrativos), sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

### **3.14 - Da legalidade da restrição de uso dos subsídios ao custeio de benefícios tarifários (item 21 da decisão interlocutória)**

A Impetrante aduz que o item 5.4.1.1 do Edital, ao restringir a utilização de subsídios ao estrito custeio de benefícios tarifários, seria ilícito face ao princípio da modicidade tarifária, bem como colocaria em risco o equilíbrio econômico-financeiro do serviço.

Sem qualquer razão a Impetrante. Primeiro porque não alude a nenhum fundamento legal que tornaria obrigatório o emprego de subsídios em concessões do serviço público de transporte coletivo. A empresa Viação Jardins, em verdade, procede a interpretação largamente equivocada do princípio da modicidade tarifária porquanto este, enquanto princípio, deve se aplicar no caso concreto em ponderação com os outros valores



a serem tomados em consideração. *In casu*, o emprego de recursos públicos no custeio do serviço, por óbvio, implica em redução de subsídios em outras atividades – sujeitando-se, portanto, ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador público, o que não pode ser apreciado por esta Corte de Justiça para invalidar cláusulas editalícias por força do princípio constitucional da separação dos poderes.

De qualquer modo, a previsão do Edital de que os subsídios se adstringem ao custeio de benefícios tarifários (gratuidades e descontos) se trata de mera decorrência do art. 56 da Lei Distrital n.º 4.011/2007, que dispõe sobre os serviços de transporte público coletivo integrantes do Sistema de Transporte do Distrito Federal – diploma legal que, destacamos, encontra-se em plena vigência:

**“Art. 56. É vedada ao Distrito Federal a concessão de subsídios diretos a delegatários privados.”**

Ademais, inapropriado se falar em que restaria prejudicado o equilíbrio econômico do serviço, pois, como já visto nesta manifestação, são expressamente elencados no instrumento convocatório instrumentos para manutenção da viabilidade da atividade, como a revisão da tarifa técnica, etc.

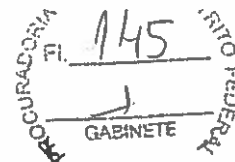
Nesses termos, afasta-se de plano a alegação da Impetrante, a qual tenta negar vigência a diploma legislativo vigente sem qualquer amparo legal ou constitucional.

### **3.15 - Da constitucionalidade da previsão de reapresentação de documentos de habilitação ou propostas financeiras respectivamente em caso de inabilitação ou desclassificação de todos os licitantes (item 22 da decisão interlocutória)**

Alega a Impetrante que a previsão constante dos Itens 22.2<sup>25</sup> e 23.6<sup>26</sup> do Edital de Licitação que facultam à Comissão de Licitação a fixação de prazo para reapresentação

<sup>25</sup> “22.2. Se todas as LICITANTES forem inabilitadas, a COMISSÃO poderá fixar o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação da DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO escoimada dos vícios e/ou irregularidades constatadas.”

<sup>26</sup> “23.6 - Se todas as LICITANTES do respectivo Lote forem desclassificadas, a COMISSÃO poderá fixar-lhes o prazo de 8 (oito) dias úteis para a reapresentação da PROPOSTA”



da documentação de habilitação ou da proposta financeira em casos, respectivamente, de inabilitação ou desclassificação de todos os licitantes, seria inconstitucional. Não lhe assiste razão.

Os Itens 22.2 e 23.6 do Edital de Licitação decorrem de expressa previsão legal do art. 48, § 3º da Lei n.º 8.666/93, cujo dispositivo, incluído pela Lei Federal no. 9.648/98, encontra-se em plena vigência, não tendo sido afastado pelo Poder Judiciário, ou mesmo pelas Casas Legislativas. Isso seria suficiente a afastar as razões expostas pela Impetrante, como dissertou o Eminentíssimo Desembargador Relator destes autos:

“Não prospera a alegação de que é inconstitucional, por ofensa à isonomia, ampla competitividade e moralidade, a previsão editalícia de concessão de nova oportunidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados para apresentação de nova documentação porque essa previsão segue o disposto no art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93, o qual está em plena vigência.”

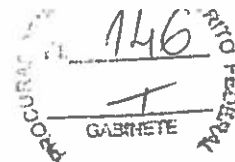
Ademais, visto que não cabe mandado de segurança contra lei em tese – como disposto pela Súmula 266 do STF<sup>27</sup> - pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual, só seria cabível questionar a constitucionalidade do art. 48, §3º, em sede de *mandamus* se este fosse efetivamente aplicado na Concorrência n.º 01/2011-ST. Como há apenas a previsão dos itens 22.2 e 23.6 – não houve ocasião de inabilitação ou desclassificação de todos os proponentes, nem abertura de prazo para reapresentação de documentação – **induidoso que não há interesse processual a legitimar a impetração de writ neste âmbito.**

De qualquer maneira, não há que se falar em inconstitucionalidade do referido dispositivo legal porque a licitação deve respeitar o **princípio da vantajosidade**, que impõe a consecução, dentro do certame, da escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública, conforme art. 3º da Lei Federal de Licitações, devendo ser observada, de forma harmônica com o **princípio da isonomia**.

---

FINANCEIRA, exclusivamente para o Lote em questão, escoimada dos vícios e/ou irregularidades constatadas.”

<sup>27</sup> “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”



Assim, os itens 22.2 e 23.6 do Edital de Licitação, ao reproduzirem expressa previsão legal do art. 48, § 3º da Lei n.º 8.666/93, nada mais privilegiam o princípio da isonomia, em prol da vantajosidade buscada em processos licitatórios, na medida em que, no caso de inabilitação ou desclassificação de TODOS os licitantes, estes terão, em igualdade de condições, a oportunidade de renovar seus documentos/propostas, em prol da economicidade, não sendo razoável exigir-se do ente licitante a reabertura do certame, com republicação do Edital e adoção de todos os trâmites envolvidos.

### **3.16 - Da legalidade de utilização de parcela das receitas acessórias como incentivo aos concessionários (item 23 da decisão interlocutória)**

Sustenta a Impetrante que a cláusula XV<sup>28</sup> da minuta do contrato de concessão, ao estabelecer que a aferição das receitas acessórias pela futura concessionária se reverterá parcialmente em “incentivo” da própria concessionária, violaria o art. 11 da Lei Federal 8.987/95, sob o fundamento de que eventual receita obtida na exploração de receitas acessórias deve se destinar integralmente à modicidade das tarifas.

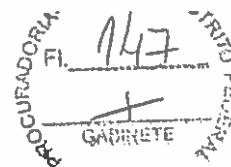
Ora, a empresa Impetrante deixou de observar que os dispositivos contratuais impugnados coadunam-se perfeitamente com as inovações trazidas pela Lei Federal n.º 12.587/12, que instituiu as diretrizes da Nova Política Nacional de Mobilidade Urbana, senão vejamos seus dispositivos pertinentes *in casu*:

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.

(...)

<sup>28</sup> “6. As receitas decorrentes da exploração publicitária, de qualquer natureza, no interior ou na parte externa dos veículos da CONCESSIONÁRIA, na forma física ou eletrônica por meio de televisores ou similares, se e quando implantada pela CONCESSIONÁRIA, ao longo da concessão, na forma do item 7 da presente cláusula, serão rateadas da seguinte forma:

- a) 50% (cinquenta por cento) auferidas pela CONCESSIONÁRIA, como incentivo;
- b) 50% (cinquenta por cento) comporão a CONTA DE COMPENSAÇÃO, sendo contabilizadas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.”



§ 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.

(...)

§ 10. As revisões ordinárias das tarifas de remuneração terão periodicidade mínima estabelecida pelo poder público delegante no edital e no contrato administrativo e deverão:

I - incorporar parcela das receitas alternativas em favor da modicidade da tarifa ao usuário;

II - incorporar índice de transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários; e

III - aferir o equilíbrio econômico e financeiro da concessão e o da permissão, conforme parâmetro ou indicador definido em contrato.

Art. 10. A contratação dos serviços de transporte público coletivo será precedida de licitação e deverá observar as seguintes diretrizes:

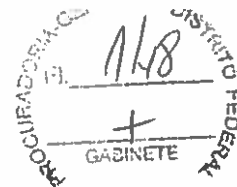
I - fixação de metas de qualidade e desempenho a serem atingidas e seus instrumentos de controle e avaliação;

II - definição dos incentivos e das penalidades aplicáveis vinculadas à consecução ou não das metas;

III - alocação dos riscos econômicos e financeiros entre os contratados e o poder concedente;

IV - estabelecimento das condições e meios para a prestação de informações operacionais, contábeis e financeiras ao poder concedente; e

V - identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.



Consoante se percebe da leitura do §10 do art. 9º e do inciso V do art. 10 da Lei Nacional de Mobilidade Urbana, não se exige que 100% (cem por cento) da receita acessória seja destinada à modicidade tarifária, exigindo-se tão somente que se identifique qual parcela de tais receitas se destinará à modicidade tarifária.

Foi exatamente o que fez o Edital de Licitação em tela, ao apontar expressamente que, em caso de estabelecimento de receitas decorrentes da exploração publicitária, de qualquer natureza, *50% (cinquenta por cento) serão auferidas pela CONCESSIONÁRIA, como incentivo; e 50% (cinquenta por cento) comporão a CONTA DE COMPENSAÇÃO, sendo contabilizadas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.*

Ou seja, se e quando forem adotadas, 50% (cinquenta por cento) do valor das receitas acessórias se dirigirá a incentivar os concessionários, enquanto os outros 50% (cinquenta por cento) serão empregados na manutenção do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e na modicidade tarifária, assegurando-se sempre a tarifa técnica vencedora da licitação.

De mais a mais, não se verifica qualquer contrariedade ao art. 11 da Lei 8.987/95, na medida em que, ao estabelecer o Edital que parcela das eventuais receitas alternativas será destinada à Conta de Compensação, foi preservada a modicidade tarifária a que alude o referido dispositivo, vejamos:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, **em favor da concessionária**, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, **com vistas a favorecer a modicidade das tarifas**, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

O doutrinador Egon Bockmann Moreira, comentando referido dispositivo legal, esclarece que deve existir *“direcionamento da renda auferida: a receita necessariamente deve ingressar no caixa do projeto concessionário”*<sup>29</sup>. Foi exatamente o que ocorreu, tendo se estabelecido que parcela das receitas alternativas serão destinadas ao

<sup>29</sup> *Direito das Concessões de Serviço Público*: inteligência da Lei 8.987/95. Malheiros Editores. São Paulo, 2010. p. 416.



incentivo do concessionária, enquanto outra parcela será destinada à modicidade tarifária e ao equilíbrio econômico financeiro da concessão.

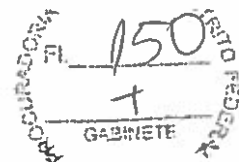
Por fim, cumpre salientar artigo recentemente disponibilizado escrito por Rafael Wallbach Schwind, confirmando todas as considerações expostas e, citando Marçal Justen Filho, demonstrando a necessidade de que parcela dos ganhos de eficiência operacional – que façam com que seja possível cobrar menores tarifas da população – seja transferida ao prestador. Confira-se:

“A revisão ordinária, portanto, envolve uma incorporação de índices de eficiência à concessão, de modo que revertam parcialmente aos usuários. Trata-se de questão extremamente sensível. Deve-se ter cautela para observar os direitos do prestador e para que continue havendo incentivo à sua eficiência. Não se deve admitir, por exemplo, que a integralidade das receitas marginais reverta em favor da modicidade tarifária, sob pena de não haver nenhum incentivo à busca por fontes ancilares de remuneração. Bem por isso, aliás, a Lei menciona a incorporação de apenas “parcela das receitas alternativas em favor da modicidade da tarifa”, bem como incentiva a “identificação de eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados” (artigo 10, inciso V).

Aplica-se aqui a opinião de MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem “a determinação de que todo ganho de eficiência seria repassado aos consumidores significaria a irrelevância na obtenção do ganho para o operador. Se nenhum benefício lhe trouxesse a redução dos custos, o operador não realizaria esforço algum nesse sentido” (Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 360).

Em outras palavras, os mecanismos de fixação de tarifas devem ser aplicados inteligentemente. O repasse integral dos ganhos de eficiência do concessionário às tarifas retiraria todo o incentivo ao prestador.

Com isso, tais ganhos deixariam de existir - e, então, não representariam um benefício nem ao usuário, nem ao delegatário do serviço. Dessa forma, não há problema em se admitir que parte dos



**ganhos de eficiência do concessionário reverta em benefício dele próprio.**<sup>30</sup>

Desta feita, a cláusula contratual impugnada encontra respaldo na Nova Lei de Mobilidade Urbana, respeitando, ademais, a Lei Federal de Concessões e Permissões, não havendo que se falar em ilegalidade.

**3.17 - Da legalidade do requisito de prévia anuência do concedente para fusão ou cisão da concessionária (item 24 da decisão interlocutória)**

Alega a Impetrante que o Item 2 da cláusula XXV da Minuta do Contrato de Concessão do Edital de Licitação sob análise, ao prever que *a concessionária não poderá, no todo ou em parte, transferir a concessão ou o seu controle societário, nem realizar fusão ou cisão, salvo quando houver expressa e prévia anuência do CONCEDENTE, sob pena de caducidade da concessão, nos termos do artigo 27 da Lei Federal 8.987/95*, extrapolaria o conteúdo do art. 27 da Lei 8.987/95.

Não lhe assiste razão.

O art. 27 da Lei 8.987/95 assim estabelece:

**Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.**

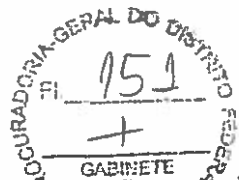
§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

<sup>30</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do delegatário de transporte público coletivo de acordo com a Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 60, fevereiro de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=60&artigo=617>, p. 04. Acesso em 15.10.2012.





§ 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Diferentemente do que sustenta a Impetrante, tanto a cisão como a fusão de sociedade podem acarretar na transferência da concessão. Sobre tais institutos, a Lei de Sociedade Anônimas assim dispõe:

#### Fusão

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

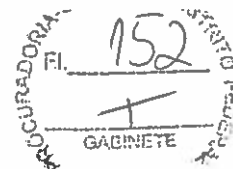
(...)

#### Cisão

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

No caso de **fusão** haverá a constituição de **uma nova sociedade**, de forma que a sociedade até então existente que preste o serviço público transferirá a outorga a essa nova sociedade, sendo perfeitamente razoável e plausível a aplicação do art. 27 da Lei 8.987/95 neste caso.

Da mesma forma, esclareça-se que a **cisão** de uma empresa acarreta em transferência patrimonial de uma sociedade para outra, nova ou já existente, de forma que tal operação societária poderá acarretar na transferência de contratos que a empresa originária possua com a Administração Pública, justificando-se, também nesse caso, a aplicação do art. 27 da Lei 8.987/95. ✓



Por isso, asseverou o Douto Desembargador Relator deste *mandamus*, quando do indeferimento da medida liminar pugnada pela empresa Viação Jardins S.A.:

“Não prospera a alegação de que é inconstitucional, por ofensa à isonomia, ampla competitividade e moralidade, a previsão editalícia de concessão de nova oportunidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados para apresentação de nova documentação porque essa previsão segue o disposto no art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93, o qual está em plena vigência.

Assim como também há expressa previsão legal na necessidade de anuência do Poder Concedente para a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária - art. 27 da Lei n. 8.998/95.

(...)

Analisei todo o edital da licitação, considerando todas as alegações apresentadas pela impetrante e não vislumbro qualquer irregularidade ou ilegalidade suficiente a fundamentar a suspensão da licitação.”

Inexistente, assim, qualquer ilegalidade.

#### 4. DA CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer-se:

- a) O imediato indeferimento do presente mandado de segurança, com base no art. 10º da Lei Federal n.º 12.016/2009, por inexistência de prova pré-constituída de interesse próprio da Impetrante na anulação da Concorrência n.º 01/2011-ST – critério de legitimação para utilização do remédio constitucional que não pode ser presumido, mas deve ser expressamente aduzido e comprovado na petição vestibular de *writ*;



b) Sucessivamente, caso esse não seja o entendimento deste Douto Juízo, que seja denegada a segurança pleiteada pela empresa Viação Jardins S.A. pela flagrante improcedência de suas alegações.

## 5. ANEXOS

- Ata da sessão pública de recebimento dos envelopes e abertura da documentação de habilitação da Concorrência n.º 01/2011-ST, realizada em 14 de setembro de 2012;
- Acórdão de Mandado de Segurança n.º 4452/DF, do Superior Tribunal de Justiça;
- Sentença de Ação Civil Pública n.º 2001.01.1010242-8, da 4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal;
- Decisão n.º 4106/2012 do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Brasília/DF, 25 de outubro de 2012.

**AGNELO QUEIROZ**

Governador do Distrito Federal

**Edvaldo Costa Barreto Júnior**

Procurador do Distrito Federal



Órgão  
Processo N.  
Impetrante(s)  
Informante(s)  
Relator  
Acórdão Nº

Conselho Especial  
Mandado de Segurança 20120020204566MSG  
VIAÇÃO JARDINS S.A  
GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL E OUTROS  
Desembargador SÉRGIO ROCHA  
669.952

## EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – CONCORRÊNCIA – SISTEMA PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL DO CERTAME.

1. Não gera a perda superveniente do interesse de agir o fato de a licitação ter prosseguido regularmente, sem apresentação de proposta da impetrante, tendo em vista que não possuía as condições exigidas no edital impugnado para apresentar proposta.
2. É legal e atende os princípios da moralidade e razoabilidade a exigência constante no edital de que as empresas, para participarem da licitação, possuam no contrato social a previsão de desenvolvimento de atividade de transporte coletivo de passageiros.
3. Obedece aos princípios da moralidade e razoabilidade a exigência de apresentação de certidões de regularidade fiscal em todas as esferas, para participar da licitação, principalmente considerando o grande valor dos contratos.
4. A documentação exigida no edital, além da prevista nos artigos 28 a 31 da Lei n. 8.666/93, não ofende a Constituição ou a lei porque visa resguardar a administração pública.
5. A previsão do edital de concessão de nova possibilidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados para regularizar a situação, quando não houver nenhum selecionado, atende ao disposto no artigo 48, §3º da Lei n. 8.666/95, legislação plenamente vigente.



6. A necessidade de expressa anuência do Poder Concedente para a cisão ou fusão da empresa concessionária é legal e observa o disposto no artigo 27 da Lei n. 8.987/95.

7. Rejeitou-se a preliminar de perda superveniente do interesse de agir e denegou-se a segurança.

## ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SÉRGIO ROCHA - Relator, ANTONINHO LOPES - Vogal, JOÃO EGMONT - Vogal, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, MARIO MACHADO - Vogal, LECIR MANOEL DA LUZ - Vogal, J.J. COSTA CARVALHO - Vogal, SANDRA DE SANTIS - Vogal, FLAVIO ROSTIROLA - Vogal, ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal, JAIR SOARES - Vogal, MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal, GEORGE LOPES LEITE - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA, em proferir a seguinte decisão: **Rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir, no mérito, denegou-se a segurança. Unânime**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de abril de 2013



Certificado nº: 2F 11 17 D7 00 04 00 00 0D 98  
16/04/2013 - 17:42

**Desembargador SÉRGIO ROCHA**  
Relator



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

## RELATÓRIO

## DOS FATOS E CAUSA DE PEDIR



O Governo do Distrito Federal, por meio de sua Secretaria de Estado de Transportes, publicou o Edital de Concorrência Pública n. 1/2011 – ST, que tem por objeto a seleção de pessoa jurídica ou consórcio de pessoa jurídica para a prestação e exploração de serviço básico do sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, em regime de concessão.

A empresa Viação Jardins S.A. sustenta que o edital que disciplina o certame possui diversos vícios e irregularidades que inviabilizam a licitação, e sua participação no certame, restringindo a concorrência e beneficiando as empresas que já possuem a concessão.

Aduz que a exigência de que a pessoa jurídica interessada possua como objeto em seu contrato social a atividade de transporte coletivo de passageiros, para participação do certame, configura restrição ilegal e desarrazoada.

Afirma que é incabível a exigência de apresentação de certidão de regularidade fiscal quanto aos tributos estaduais e municipais, tendo em vista que sobre a atividade a ser desenvolvida incide apenas o ISS, não havendo vinculação quanto aos demais tributos.

Alega que há irregularidade no edital no que tange a prova de capacidade técnica, sendo que a exigência de que o certificado emitido em contrato cumprido em sistema de sub-concessão seja homologado pelo poder



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

concedente afronta o art. 30, §1º da Lei n. 8.666/93<sup>1</sup>. Além disso, a lei não permite diferenciação entre o atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado.



Há afronta à lei porque o rol de documentos exigidos pelos artigos 28 a 31 da Lei n. 8.666/93<sup>2</sup> é taxativo, não podendo ser ampliado.

<sup>1</sup> **Lei n. 8.666/93, Art. 30.** A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)  
§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

<sup>2</sup> **Lei n. 8.666/93, Art. 28.** A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

**Art. 29.** A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

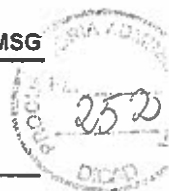
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

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

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

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



Sustenta que a exigência de apresentação de certidão de regularidade tributária pelo licitante adjudicatário, no prazo de 30 (trinta) dias, para a assinatura do contrato é descabida e implica restrição indevida ao universo dos licitantes porque o prazo exíguo impede o cumprimento da exigência por empresas não localizadas no Distrito Federal.



Observa que o edital não previu metas a serem atingidas pelas futuras concessionárias.

Aduz que a apresentação da proposta fica impossibilitada porque não foram fornecidas informações necessárias, que são do conhecimento apenas das atuais operadoras e que a Secretaria de Transporte guarda tais dados, sendo que os fornecerá a quem bem entender, direcionando a licitação aos atuais contratados. Tal irregularidade estaria também no fato de não existirem parâmetros para subsidiar a elaboração das propostas pelos licitantes interessados, tendo em vista a ausência de identificação dos serviços pretendidos.

Assevera, quanto à remuneração do contrato, que o edital possui ilegalidades porque não previu as fontes de receitas alternativas a serem

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

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

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

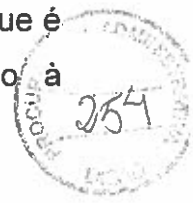


Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

auferidas pelas futuras concessionárias; há contradição quanto à remuneração da concessionária no aspecto relativo ao custeio das gratuidades do transporte público, onde há previsão de subsídio do poder Público apenas às gratuidades e isenções criadas por ele mesmo, ofendendo o art. 11 da Lei n. 8.987/95<sup>3</sup>, e que é ilegal a previsão de reversão das receitas acessórias como incentivo à concessionária.



Afirma que o edital viola o art. 23, XII e 18, I da Lei n. 8.987/95<sup>4</sup> porque traz absoluta liberdade ao poder concedente para optar pela prorrogação. Além disso, estabelece prazo exíguo para o início das atividades (180 dias), sendo que o início deve se dar com uma frota de 100% dos veículos zero quilômetro, o que afronta o princípio da legalidade.

Alega que o edital viola os arts. 9º e 15 da Lei n. 8.987/95<sup>5</sup> porque adotou o critério de julgamento da menor tarifa, criando duas espécies de tarifa, a tarifa do usuário e a tarifa técnica, com violação ao princípio da proposta mais vantajosa à Administração, diante da vedação a uma mesma empresa ser adjudicada em mais de um dos lotes do edital.

<sup>3</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 11 – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

<sup>4</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitação e contratos e conterà, especialmente:

(...)

I – o objeto, metas e prazo da concessão.

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

(...)

XII – às condições para prorrogação do contrato;

<sup>5</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

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;

VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Pleiteia, ainda, o reconhecimento de irregularidade porque a audiência pública que precedeu o procedimento licitatório foi realizada apenas "*pro forma*", não observando o disposto no art. 39 da Lei n. 8.666/93<sup>6</sup>, porque não houve efetiva participação da população.



Não foram considerados, no edital, os riscos da alteração do sistema público de transporte com a implantação/melhoramento do metrô, VLT e BRT, ademais, não foi observada a exigência do TCDF de que os ônibus tenham portas dos dois lados do veículo.

Pondera que o edital padece de inconstitucionalidade porque prevê a concessão de oportunidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados, em flagrante ofensa aos princípios da isonomia, ampla competitividade e moralidade (CF/88 37<sup>7</sup>).

Ao final, afirma que a vedação, prevista no edital, de transferência da concessão, transferência do controle societário e fusão ou cisão da concessionária, sem expressa anuência do Poder Concedente, extrapola os limites previstos no art. 27 da Lei n. 8.987/95<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> **Lei n. 8.666/93, Art. 39.** Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

<sup>7</sup> CF/88, 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:

<sup>8</sup> **Lei n. 8.987/95, Art. 27.** A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

## DO PEDIDO NO MANDADO DE SEGURANÇA (fls. 02/78)



Diante desses fatos, Viação Jardins S.A. impetrou mandado de segurança, contra ato do Governador do Distrito Federal, do Secretário de Estado de Transporte do Distrito Federal e do Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Estado de Transporte do Distrito Federal com pedido liminar, pleiteando: 1) em sede de liminar a suspensão do andamento da Concorrência n. 02/2011 - ST; 2) no mérito, que seja declarado nulo o edital convocatório da licitação.

Às fls. 766/772-verso indeferi o pedido de liminar.

As autoridades coatoras apresentaram informações às fls. 791/849 e 887/937 onde sustentam, em sede de preliminar, a falta de interesse da impetrante Viação Jardins S.A., tendo em vista que a empresa não apresentou a documentação para participar do procedimento licitatório. No mérito, pleiteiam a denegação da segurança.

## DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA (fls. 975/982)

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer, manifestou-se pela extinção do processo sem resolução do mérito por perda superveniente do interesse de agir, não se manifestando quanto ao mérito da impetração.

É o relatório.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

## VOTOS

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Relator



## DO INTERESSE DE AGIR DA IMPETRANTE

Sustentam as autoridades impetradas, bem como o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que houve perda superveniente do interesse de agir porque não foi proferida decisão liminar suspendendo o andamento do procedimento licitatório e a impetrante, Viação Jardim S.A., não compareceu à sessão pública de recebimento de envelopes e abertura de documentação para habilitação na licitação.

Sem razão as autoridades coatoras e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A impetrante, Viação Jardim S.A., por meio do presente Mandado de Segurança, impugna regras do edital que, conforme afirma em sua inicial, a impossibilitam de participar da concorrência, de forma que, seria inabilitada mesmo que entregasse o envelope com documentos para participar do certame.

O pedido principal da presente impetração é de declaração de nulidade do edital convocatório da licitação por apresentar ilegalidade.

Assim, adoto o entendimento, não se sentido de que não há perda superveniente do interesse de agir da impetrante porque o prosseguimento do certame em suas fases ulteriores não afasta a possibilidade de o Judiciário



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

analisar a legalidade do ato administrativo praticado. Nesse sentido os seguintes julgados:



*"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COMPLEMENTAR RURAL - STPCR. HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DE TRANSPORTES. EXCLUSÃO DO EDITAL DAS LINHAS DE TRANSPORTE OPERADAS PELO IMPETRANTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA*

*Não obstante a publicação do resultado, no DODF em 27 de fevereiro de 2009, subsiste o interesse processual do impetrante na declaração da nulidade da licitação no que tange as linhas de transporte que explora. (...) (Acórdão n.435136, 20090020000574MSG, Relator: CARMELITA BRASIL, Conselho Especial, Publicado no DJE: 04/08/2010. Pág.: 35)*

*"MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - PROSSEGUIMENTO DO CERTAME - INEXISTÊNCIA DE PERDA DO OBJETO - SERVIÇOS DE INFORMÁTICA - NATUREZA COMUM - SENTENÇA MANTIDA*

*1.Inobstante a segurança tenha sido denegada e o procedimento licitatório prosseguido, isso não é suficiente para que se conclua pela perda de interesse processual. (...) (Acórdão n.372951, 20070111263253APC, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Revisor: HAYDEVALDA SAMPAIO, 5ª Turma Cível, Publicado no DJE: 31/08/2009. Pág.: 119)*

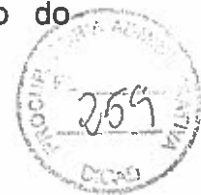
Diante do exposto, rejeito a preliminar de perda superveniente do interesse de agir.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD  
GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Mandado de Segurança.



DA REGULARIDADE DE EXIGÊNCIA DO OBJETO SOCIAL DE TRANSPORTE COLETIVO DE PESSOAS

Afirma a impetrante que é ilegal e desarrazoada a exigência prevista no edital, como condição para participação no certame, de que o interessado possua como objeto social a atividade de transporte coletivo de passageiros.

Sustenta que uma empresa que tenha em seu contrato social apenas "atividade de transporte" pode ter experiência e capacidade técnica para a atividade a ser desenvolvida.

Sem razão a impetrante.

O objeto da concorrência pública é a concessão do serviço público de transporte coletivo, conforme se verifica, inclusive, no ato de abertura do certame, *in verbis*:

**"(...) EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 1/2011-ST**

*A Secretaria de Estado de Transporte do Distrito Federal, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, torna público que fará realizar licitação, na modalidade de concorrência pública, do tipo **MENOR TARIFA**, por meio de 5 (cinco) lotes, tendo como finalidade a seleção de pessoas jurídicas ou consórcio(s) de pessoas jurídicas para a prestação e exploração do Serviço Básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, em regime*



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

*de concessão, nos termos da Lei Orgânica do Distrito Federal, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, da Lei Distrital 4.011, de 12 de setembro de 2007 e das demais leis e decretos distritais correlatos, em conformidade com as disposições contidas neste Ato Convocatório e seus anexos. (...)” (fl. 93 – grifo nosso)*



Assim, a exigência no sentido de que as empresas participantes da licitação possuam definida como atividade social a operação de serviços de transporte coletivo de passageiros é razoável e coerente com a atividade que será desenvolvida, não apresentando qualquer ilegalidade.

Nesse sentido ensina a doutrina:

***“(...) 5) Condições gerais e condições específicas de participação***

*(...)*

*São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica. Cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas. A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado.*

*Somente se admitem condições específicas que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar. Como visto, o direito de licitar existirá quando o sujeito for titular dos requisitos para realizar satisfatoriamente as prestações do futuro e eventual contrato. Portanto, as “condições” da licitação deverão ser fixadas tendo em conta o objeto da*



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



licitação. Cabe estabelecer um cotejo entre o objeto da licitação e as condições específicas previstas no ato convocatório.

(...)

#### 4) O problema do "objeto social" da pessoa jurídica.

(...)

Reputa-se, de modo generalizado, que a pessoa jurídica somente poderá ser habilitada quando o objeto da licitação for compatível com o seu objeto social, independentemente de qualquer outra exigência legal específica.

#### Jurisprudência do TCU

"1. Inviável a habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação (...)" (Acórdão nº 1.021/2007, Plenário, rel. Min. Marcos Vilela). (...)''<sup>9</sup> (grifo nosso).

Em uma licitação que tem por objeto a concessão do serviço de transporte público de todo o Distrito Federal durante um prazo mínimo de 10 (dez) anos, a qual levará a contratação com valores que ultrapassam R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e meio de reais) cada um dos cinco lotes licitados, não se mostra, de forma alguma, desarrazoada a exigência contida no item 16.1.1<sup>10</sup> do edital que estabelece a necessidade de que a pessoa jurídica tenha por objeto social a atividade de operação de serviços de transporte coletivo de passageiros.

Ademais, não vislumbro interesse da impetrante, Viação Jardins S.A., quanto a essa alegação, tendo em vista que em seu estatuto social<sup>11</sup> há

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, páginas 454 e 470.

<sup>10</sup> "(...) 16.1 – REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO

16.1.1 – Poderão participar da Licitação as pessoas jurídicas ou consórcio de pessoas jurídicas que tenham no seu objeto social previsão de atividade econômica que inclua a operação de serviços de transporte coletivo de passageiros, que comprovem o atendimento das condições e demais exigências deste EDITAL e da legislação em vigor. (...)”

<sup>11</sup> "(...) CAPÍTULO I



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

expressa menção à atividade de operação de serviços de transporte coletivo de passageiros, de forma que preenche esse requisito previsto no edital.

Diante do exposto, denego a segurança nesse ponto.



DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE  
REGULARIDADE FISCAL QUANTO A TRIBUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS

Afirma a impetrante, Viação Jardins S.A., que a exigência de apresentação de certidão de regularidade fiscal quanto a tributos estaduais e municipais é descabida porque a atividade a ser desenvolvida gera incidência apenas do ISS, não cabendo qualquer vinculação aos demais tributos.

Sem razão a impetrante.

A apresentação de certidão de regularidade fiscal em todas as esferas tributárias deveria estar presente em todo e qualquer edital de licitação e não apenas no edital ora em análise.

Isso porque a exigência de regularidade fiscal configura garantia para a Administração Pública, além de observância aos princípios de direito administrativo da moralidade e razoabilidade, conforme ensina Marçal Justen Filho:

---

**DENOMINAÇÃO, SEDE, FORO, PRAZO DE DURAÇÃO E OBJETO**

(...)

*ARTIGO 2º - A Sociedade tem por objeto a exploração do ramo de transporte coletivo urbano de passageiros por ônibus. (...)*



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

"(...) 9.1) A constitucionalidade dos requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal

(...)

*Por outro lado, a irregularidade fiscal produz o risco de apropriação dos bens do licitante para satisfação de dívidas perante o Fisco. Há uma potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira. Depois, reputa-se constitucional a restrição do devedor perante o Fisco quando não tiver natureza de impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. Ademais disso, o empresário que não liquida as suas obrigações fiscais incorre em custos mais reduzidos, acarretando infração à livre concorrência. Enfim, o sujeito que não satisfaz as suas obrigações perante o Fisco não pode ser reputado como idôneo e confiável, não merecendo tratamento equivalente ao reservado para aquele que cumpre os seus deveres para com a coletividade. Observe-se que a própria Constituição impõe exigência de regularidade fiscal para contratação (art. 195, §3º). Por isso, a exigência da regularidade fiscal não é, em tese, inconstitucional. (...)”<sup>12</sup> (grifo nosso)*

O valor total a ser contratado, considerados os cinco lotes previstos no edital, alcança o montante de R\$ 7.789.959.463,90 (sete bilhões, setecentos e oitenta e nove milhões, novecentos e cinquenta e nove mil, quatrocentos e sessenta e três reais e noventa centavos).

Assim, a exigência de que as empresas apresentem certidão de regularidade fiscal em todas as esferas se mostra razoável e, ainda, obedece ao princípio da moralidade administrativa, não havendo qualquer irregularidade ou ilegalidade.

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, página 465.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Assim, denego a segurança nesse ponto.

DA LEGALIDADE DAS EXIGÊNCIAS RELATIVAS AO  
ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA



Aduz a impetrante, Viação Jardins S.A. que: **1)** o edital prevê como exigência de prova da capacidade técnica que o certificado emitido em contrato cumprido em sistema de sub-concessão deverá ser homologado pelo poder Concedente, exigência que afronta o art. 30, §1º da Lei n. 8.666/93<sup>13</sup>; **2)** a lei não permite a diferenciação entre o atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado; **3)** a doutrina entende que o rol de documentos exigidos pelos artigos 28 a 31 da Lei n. 8.666/93 é taxativo, não podendo ser ampliado; **4)** a leitura do art. 26 da Lei n. 8.666/93 demonstra que não há necessidade de homologação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito privado em caso de subcontratação.

Sem razão a impetrante.

O edital que disciplina o certame, quanto ao ponto relativo à qualificação técnica prevê:

<sup>13</sup> **Lei n. 8.666/93, Art. 30.** A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:  
(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

**“(...) 21.4 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

21.4.1 – A documentação relativa à qualificação técnica, no tocante à demonstração de experiência, consiste em:

21.4.1.1 – A LICITANTE deverá apresentar atestado emitido em seu nome, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, em linhas urbanas, suburbanas, intermunicipais e/ou interestaduais, em quantidade pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.

(...)

21.4.1.1.2 – Caso a prestação tenha sido realizada por subconcessão, o atestado fornecido pela subconcedente deverá ser homologado pelo respectivo PODER CONCEDENTE, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei Federal 8.987/1995.

21.4.1.1.3 – O atestado deverá ser apresentado em nome da LICITANTE, por se tratar de comprovação de experiência técnico-operacional, sendo vedada a apresentação de atestados em nome de sócios ou responsáveis técnicos da proponente; (...)” (grifo nosso)

O art. 30 da Lei de Licitações que a impetrante afirma ter sido violado estabelece que:

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

*I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*

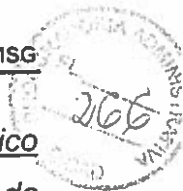
*II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da*



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



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

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (...)"

Assim, a exigência de que a certidão de aptidão técnica, quanto a serviço prestado em sistema de subconcessão, seja homologada pelo poder concedente está prevista na Lei de Licitações, art. 30, II e, ainda, na Lei que disciplina as Concessões de Serviço Público (Lei n. 8.987/95 26), tendo em vista que a subconcessão somente pode ocorrer se expressamente autorizada pelo Poder Concedente:



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



*“Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.”*

Ademais, diferente do afirmado pela impetrante, a relação de documentos prevista nos artigos 28 a 31 da Lei n. 8.666/93 é meramente exemplificativa<sup>14</sup>, podendo haver exigência de documentos conforme o vulto do contrato e a importância da atividade a ser desenvolvida.

Diante do exposto, não merecem acolhida as alegações da impetrante quanto a esse ponto.

#### DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL PERANTE O DISTRITO FEDERAL NO PRAZO DE 30 DIAS

Sustenta a impetrante, Viação Jardim S.A., que a exigência de apresentação de certidão de regularidade fiscal pelo licitante adjudicatário, no prazo de 30 (trinta) dias, para a assinatura do contrato é descabida e implica restrição indevida ao universo de licitantes porque o prazo exíguo impede o cumprimento da exigência por empresas não localizadas no Distrito Federal.

Sem razão a impetrante.

<sup>14</sup> “(...) 3.2) elenco exemplificativo da lei.

Reputa-se que a previsão do §1º do art. 32 não é exaustiva. (...)” in JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, página 557

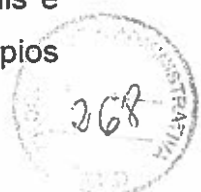


Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Conforme apreciei quando da análise do tópico relativo à apresentação de certidão de regularidade fiscal quanto a impostos Estaduais e municipais, entendo que essa exigência visa garantir a observância dos princípios da moralidade, evitando a contratação de empresas que não são idôneas.



A meu ver, o prazo de 30 (trinta) dias não é exíguo para apresentação da referida certidão e não fere o princípio da isonomia porque, atualmente as certidões são obtidas, inclusive, pela *internet*, sendo desnecessária a atuação de prepostos da empresa para a obtenção do referido documento.

Ademais, o art. 64 da Lei de Licitações prevê a possibilidade de prorrogação de prazos quando solicitado pela parte interessada e havendo motivo justificado para tanto, *in verbis*:

*“Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.*

*§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.”*

Diante do exposto, quanto a esse ponto, denego a segurança.

DA REGULARIDADE DA PREVISÃO E DISCIPLINA DOS  
DADOS RELATIVOS AO SERVIÇO A SER PRESTADO E À FORMA DE  
PAGAMENTO

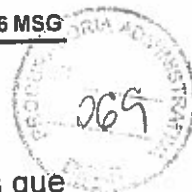


Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA





Alega a impetrante que: 1) não foram fornecidas informações que são do conhecimento apenas das atuais operadoras; 2) a Secretaria de Transporte guarda os dados necessários para a elaboração da proposta e os fornecerá a quem bem entender, de forma a direcionar a licitação aos atuais contratados; 3) não existem parâmetros que possam subsidiar a elaboração das propostas pelos licitantes interessados, tendo em vista a ausência de identificação dos serviços pretendidos; 4) o edital não previu as fontes de receitas alternativas a serem auferidas pelas futuras concessionárias, sendo que a única fonte prevista, a publicidade, demanda análise e admissão pela concedente; 5) há contradição no edital quanto à remuneração da concessionária no aspecto relativo ao custeio das gratuidades do transporte público, não se definiu quais serão custeadas pelo poder concedente; 6) há violação aos arts. 9º e 15 da Lei n. 8.987/95<sup>15</sup> porque o edital adotou o critério de julgamento da menor tarifa, criando duas espécies de tarifa, a tarifa do usuário e a tarifa técnica; 7) o Poder Público previu que apenas subsidiará as gratuidades e isenções criadas por ele mesmo, o que põe em risco a própria manutenção do serviço público de transporte, bem como o art. 11 da Lei n. 8.987/95<sup>16</sup>.

Sem razão a impetrante.

<sup>15</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I – o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II – a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III – a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV – melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

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;

VI – melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

<sup>16</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 11 – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



Inicialmente, quanto à disponibilização de informações, verifico que, faz parte do edital que disciplina a licitação, diversos anexos, entre eles, o Anexo II.1 – Informações Gerais do STPC/DF, o anexo II.2 – Especificação dos Lotes Licitados (Bacias), anexo II.3 – Diretrizes para melhorias futuras na infraestrutura do STPC/DF, anexo II.10 – Tabelas de Partidas de Frotas e anexo II. 11 – Parâmetros Econômico-Financeiros.

Nesses anexos constam informações como a população das áreas em que será realizado o transporte coletivo, a frota atual de veículos que realizam esse transporte, além dos valores de tarifas cobradas, a forma como será desenvolvido o transporte público coletivo, os meios de transporte que serão implementados no futuro (Metro, VLT, BRT), os horários de partida das linhas atuais, além dos parâmetros econômico-financeiros.

O edital completo, com todos os seus anexos possui mais de 500 (quinhentas) páginas (fls. 93/596) e, a meu ver, possui todas as informações necessárias para a apresentação de proposta pelas empresas licitantes.

Ademais, a proposta a ser apresentada pelo licitante deve ter por base a "tarifa técnica", que conforme a definição do item XXII<sup>17</sup> do item 3.1 do

<sup>17</sup> "(...) 3 – DEFINIÇÕES

3.1 – São adotadas as siglas, expressões e termos abaixo descritos, sem prejuízo de outros inseridos neste **EDITAL**, em seus Anexos ou, ainda, na legislação aplicável:

(...)

**II. CONTA DE COMPENSAÇÃO:** conta de consolidação de receitas e de pagamentos de remuneração de operadores do Serviço Básico Rodoviário, gerenciada e administrada pelo **PODER CONCEDENTE**, destinada à consolidação e compensação de todas as receitas provenientes da arrecadação da **TARIFA USUÁRIO**, do repasse de **SUBSÍDIO** e de outras fontes de receita acessórias, que realizará o pagamento da **REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS**;

(...)

**XIV. PASSAGEIRO PAGANTE TRANSPORTADO:** usuário pagante transportado pela concessionária na prestação do serviço licitado – assim também considerados os usuários beneficiários de gratuidade tarifária custeadas pelo Poder Concedente por meio do **SUBSÍDIO** -, computado a partir do pagamento em espécie ou validação de passagem por intermédio de cartão eletrônico, ainda que em regime de integração temporal, nos ônibus e, quando houver, terminais de integração e estações de transbordo do Sistema de Transporte Coletivo do Distrito Federal;

(...)

**XVII. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA:** remuneração devida à **CONCESSIONÁRIA**, oriunda de recursos de arrecadação da **TARIFA USUÁRIO** em espécie, nos ônibus e, quando houver, terminais e estações de transbordo do sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – **STPC/DF**, complementados com repasses recebidos do Poder concedente, junto à **CONTA DE COMPENSAÇÃO**, provenientes da comercialização de créditos eletrônicos de transporte, das fontes de **SUBSÍDIO** para custeio de gratuidades e de outras eventuais receitas acessórias, que



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



edital depende exclusivamente do valor do custo individual de atendimento dos usuários e essa será obtida por meio do cálculo da empresa com os custos para o transporte do passageiro pagante naquela determinada linha, estando disponíveis nos anexos do edital todas as informações necessárias para a obtenção desse valor.

Também não prospera a alegação de nulidade do edital por falta de previsão das receitas alternativas a serem auferidas pelas futuras concessionárias.

Conforme apreciei no parágrafo anterior, o valor da contratação terá por base a tarifa técnica. A receita acessória está prevista no edital como uma faculdade da Administração e que não pode ser considerada para o cálculo remuneratório, mas tão somente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, durante a execução do contrato, conforme previsão do item 5 do edital, *in verbis*:

### **“(...) 5 – REMUNERAÇÃO DA CONCESSÃO**

**5.1 – A REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS, que assegurará o equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS DE**

---

corresponderá ao valor de sua **TARIFA TÉCNICA** vencedora da licitação, atualizada de acordo com as hipóteses de revisão e reajuste previstas no **CONTRATO DE CONCESSÃO**, multiplicada pelo número de **PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS** pela mesma concessionária, registrados no Sistema de Bilhetagem Automática;

(...)

**XX. SUBSÍDIO:** valores repassados pelo Governo do Distrito Federal à **CONTA DE COMPENSAÇÃO**, estabelecidos em lei específica, destinados ao custeio de gratuidades e benefícios tarifários, os quais complementarão o montante necessário à constituição do valor de **REMUNERAÇÃO DA(S) CONCESSIONÁRIA(S)**;

**XXI. TARIFA USUÁRIO:** valor ou valores diferenciados de tarifa decretados pelo Governo do Distrito Federal para utilização do Serviço Básico Rodoviário do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, os quais, relacionados ao número total de usuários pagantes de cada perfil tarifário e acrescidos do repasse de **SUBSÍDIO** e de outras eventuais fontes de receitas acessórias, devem propiciar a arrecadação de receita que assegure a remuneração das concessionárias pelas suas respectivas tarifas técnicas, para cada **PASSAGEIRO PAGANTE TRANSPORTADO**.

**XXII. TARIFA TÉCNICA:** valor, por **PASSAGEIRO PAGANTE TRANSPORTADO**, proposto pelas **LICITANTES** no presente certame e que servirá de parâmetro para a remuneração da concessão e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do **CONTRATO**, no caso das **LICITANTES** vencedoras, observadas as condições de reajuste e revisão definidas no **CONTRATO DE CONCESSÃO**. (...)”



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



**CONCESSÃO**, decorrerá do valor da **TARIFA TÉCNICA**, apresentado nas propostas vencedoras da licitação, multiplicado pelo número de **PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS**.

5.2 – As receitas necessárias para a constituição do valor de **REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS**, consolidado em **CONTA DE COMPENSAÇÃO**, advirão da cobrança da **TARIFA DO USUÁRIO** e do repassa do **SUBÍDIO** para custeio de gratuidades tarifárias.

5.3 – A remuneração de cada **CONCESSIONÁRIA** corresponderá ao valor de sua **TARIFA TÉCNICA**, devidamente atualizado conforme as hipóteses de reajuste e revisão prevista no **CONTRATO DE CONCESSÃO**, multiplicado pelo número de **PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS** por ela.

5.3.1 – As receitas decorrentes do pagamento de **TARIFA USUÁRIO** em espécie, auferidas diretamente pela concessionária nos ônibus do Sistema e, quando houver, terminais de integração e estações de transbordo do Sistema, permanecerão em seu domínio a título de pagamento antecipado.

(...)

5.4.1 – Para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS, a TARIFA DO USUÁRIO deverá ser fixada, reajustada e revisada pelo PODER CONCEDENTE, em valores que, relacionados aos passageiros pagantes de cada perfil tarifário e considerando o repasse do SUBSÍDIO e outras eventuais receitas acessórias, propiciem arrecadação suficiente para a constituição do valor de REMUNERAÇÃO DAS CONCESSIONÁRIAS.

(...)

5.5 – As receitas acessórias decorrentes da exploração publicitária, de qualquer natureza, no interior ou na parte externa dos veículos das CONCESSIONÁRIAS, na forma física ou eletrônica por meio de televisores ou similares, se e quando implantada pela(s) CONCESSIONÁRIA(S), ao longo da concessão, na forma do item 5.6, serão rateadas da seguinte forma:



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



a) 50% (cinquenta por cento) auferidas pela(s)

CONCESSIONÁRIA(S), como incentivo;

b) 50% (cinquenta por cento) comporão a CONTA DE COMPENSAÇÃO, sendo contabilizadas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e a preservação da modicidade da TARIFA USUÁRIO.

5.6 – A exploração das atividades referidas no subitem anterior deverá ser disciplinada por contrato firmado entre a(s) **CONCESSIONÁRIA(S)** e terceiro(s), avença que, necessariamente, deverá ser submetida à prévia e expressa anuência do poder Concedente, por intermédio da **SECRETARIA**, bem como seus eventuais aditivos ou contratos correlatos. (...)” (grifo nosso)

Portanto, não há qualquer irregularidade na falta de previsão das fontes alternativas de receita.

Quanto à alegação de inconsistências no edital no que tange às gratuidades concedidas e subsídios a serem repassados pelo Governo do Distrito Federal, as eventuais discrepâncias serão, a toda evidência, adequadas com as tarifas, atendendo à política de transporte público a ser implementada pelo governo do DF.

No que tange às alegações de contradições e inconsistências relativas às tarifas técnica e usuário, não vislumbro irregularidades, pois o objetivo buscado foi o de diferenciar o valor que a concessionária efetivamente utiliza para o transporte do usuário, daquele que será remunerada.

Diante do exposto, quanto a esses pontos, denego a segurança.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



## DA DISCRICIONARIEDADE DO PODER PÚBLICO NA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Sustenta a impetrante, Viação Jardim S.A., que o contrato viola o art. 23, II e 18, I da Lei 8.987/95<sup>18</sup> porque traz absoluta liberdade ao poder concedente para optar pela prorrogação ou não do contrato.

Sem razão a impetrante.

Quanto à questão relativa à prorrogação da concessão, estabelece o edital e o contrato anexo ao edital:

### "(...) 8 – PRAZO DA CONCESSÃO

8.1 – O prazo da concessão será de 10 (dez) anos, podendo ser prorrogado, por igual período e por uma única vez, por meio de aditamento aos **CONTRATOS DE CONCESSÃO**, devidamente justificado em processo administrativo próprio. (...)”

### "(...) CLÁUSULA IX

#### **Do Prazo da Concessão**

1. O prazo da **CONCESSÃO** será de 10 (dez) anos, podendo ser prorrogado, por igual período e por uma única vez, por meio de aditamento ao

<sup>18</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitação e contratos e conterá, especialmente:

(...)

I – o objeto, metas e prazo da concessão.

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

(...)

XII – às condições para prorrogação do contrato;



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

presente instrumento, devidamente justificado em processo administrativo próprio.

2. A prorrogação será realizada de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público e desde que verificada a adequada prestação de serviços ao longo da execução do período original da **CONCESSÃO**. (...)"

Não vislumbro ofensa ao dispositivo legal porque as disposições do edital, bem como do contrato estabelecem diversos requisitos para a análise da possibilidade de prorrogação do contrato de concessão de registro público, como: 1) a necessidade de instauração de prévio procedimento administrativo; 2) a existência de oportunidade e conveniência para o interesse público; 3) bem como a adequação do serviço prestado.

Importante ressaltar, quanto a essa questão, que o STJ possui entendimento no sentido de que mesmo a prorrogação de concessão demanda prévia licitação<sup>19</sup>, na qual serão estabelecidos os requisitos específicos para a prorrogação, não gerando irregularidade a falta de previsão das condições específicas da prorrogação no edital, que ocorrerá, eventualmente, depois de decorridos os 10 (dez) anos de prazo do contrato.

Diante do exposto, quanto a esse ponto, denego a segurança.

<sup>19</sup> "(...) Manifesta a divergência entre esses julgados, devidamente comprovada na forma do disposto no artigo 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço dos presentes embargos de divergência.

É da própria letra da Constituição Federal a necessidade da prévia realização de licitação para as contratações, aqui incluídas as prorrogações de contratos vigentes, realizadas pelo Poder Público, visando à concessão de serviços públicos, *verbis* :

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Deste modo, a inobservância do mandamento constitucional macula o negócio jurídico firmado com nulidade absoluta, tamanha a gravidade do vício que sobre ele se abate. (...) in (EREsp 1079126/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/05/2011)



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

DA PREVISÃO DE METAS A SEREM ATINGIDAS PELAS  
CONCESSIONÁRIAS VENCEDORAS DA LICITAÇÃO



Aduz a impetrante, Viação Jardins S.A. que o contrato possui irregularidade porque não prevê as metas que devem ser atingidas pelas concessionárias vencedoras da licitação.

Sem razão a impetrante.

O edital, em seu Anexo VI – Disciplina do Sistema de Controle da Qualidade do Serviço Básico Rodoviário do STPC/DF (fls. 582/589), prevê, de forma minuciosa, a forma como será avaliado o serviço prestado.

Nesse documento há previsão de cálculo de pontuação a ser atribuída aos serviços prestados, considerando a variação de intervalo entre as viagens, o grau de falha dos veículos em operação, o número de acidentes ocorridos, o número de reclamações dos usuários, o grau de limpeza dos veículos entre outros, *in verbis*:

*"(...) O Sistema de Controle da Qualidade do Serviço Básico do STPC/DF constitui elemento de gestão dos serviços e da relação contratual estabelecida com as concessionárias, tendo como objetivos:*

*. Apurar, através de um conjunto de indicadores, o grau de qualidade do serviço de transporte coletivo, permitindo a orientação de ações operacionais e de planejamento para a superação das principais deficiências observadas;*



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA





. Apurar o desempenho das concessionárias em cada período, mediante a transformação dos valores obtidos nos vários indicadores em uma nota de referência, de fácil identificação e acompanhamento;

. Estimular a melhoria contínua dos serviços por parte das concessionárias;

. Servir de processo e parâmetro para a avaliação da qualidade do serviço e para a priorização da melhoria contínua do serviço;

O sistema está baseado em um conjunto de indicadores que expressam aspectos operacionais, descritos a seguir:

1. **Indicador 1 – Grau de variação dos intervalos nos pontos terminais**

(...)

2. **Indicador 2 – Grau de falhas de veículos em operação**

(...)

3. **Indicador 3 – Grau de cumprimento de viagens**

(...)

4. **Indicador 4 – Grau de reclamações dos usuários sobre os serviços**

5. **Indicador 5 – Grau de ocorrência de acidentes de trânsito**

6. **Indicador 6 – Grau de ocorrência de irregularidades de trânsito**

7. **Indicador 7 – Grau de reprovação de veículos em vistorias programadas pelo Poder Concedente**

8. **Indicador 8 – Grau de limpeza dos veículos.**

(...)

**Valores de referência**



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

*Para composição do índice de qualidade os vários indicadores serão comparados com os valores fixados, que representarão o padrão de referência de qualidade que a STPC/DF estabelece para o serviço.*

Os valores de cada indicador serão transformados em uma nota de 0 a 100 em função da sua variação em relação ao padrão de referência, expresso através de valores mínimos e máximos. (...)" (grifo nosso)

Esse anexo disciplina, de forma clara, as metas que devem ser atendidas pelas empresas vencedoras do certame, a nota 100, em todos os indicadores ali relacionados.

Diante do exposto, não procede a alegação de que o edital é nulo por falta de previsão das metas a serem alcançadas.

#### DA LEGALIDADE DO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS PARA O INÍCIO DAS ATIVIDADES

Alega a impetrante, Viação Jardins S.A., que o edital ofende o princípio da legalidade porque fixou prazo exíguo para o início das atividades da empresa vencedora do certame – 180 (cento e oitenta) dias, exigindo, ainda que o início das atividades se dê com uma frota de 100% dos veículos zero quilômetros.

Sem razão a impetrante.

A mesma cláusula do edital que prevê o prazo para início das atividades em 180 (cento e oitenta) dias, prevê também a possibilidade de



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

prorrogação desse prazo desde que haja requerimento, justificado, nesse sentido:



**"(...) 8 – PRAZO DA CONCESSÃO**

8.1 – O prazo da concessão será de 10 (dez) anos, podendo ser prorrogado, por igual período e por uma única vez, por meio de aditamento aos **CONTRATOS DE CONCESSÃO**, devidamente justificado em processo administrativo próprio.

8.2 – O prazo máximo para início da operação dos serviços concedidos é de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de assinatura deste **CONTRATO**, podendo ser prorrogado, por deliberação do **PODER CONCEDENTE**, em requerimento próprio da(s) **CONCESSIONÁRIA(S)**, justificado e comprovado, necessariamente, na impossibilidade de fornecimento e/ou fabricação de bens da concessão do prazo estabelecido, por motivo que não decorra de ação ou omissão da(s) **CONCESSIONÁRIA(S)**."

O prazo estipulado no edital é razoável. Ademais, o sistema de transporte público do Distrito Federal encontra-se em situação emergencial, de forma que a implantação e inclusão de novos veículos adequados para o transporte da população deve ser realizada de maneira célere.

Diante do exposto, denego a segurança quanto a esse ponto.

DA REGULARIDADE DA AUDIÊNCIA PÚBLICA REALIZADA  
ANTES DA LICITAÇÃO



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Aduz a impetrante que o procedimento licitatório deve ser invalidado porque não houve efetiva participação da população na audiência pública prévia a licitação, conforme previsto no art. 39 da Lei n. 8.987/95<sup>20</sup>.



Sem razão a impetrante.

Às fls. 619/684 dos autos está anexada a documentação utilizada na audiência pública prévia à licitação. Analisando as projeções verifico que estão apresentadas informações suficientes para a população acerca do novo sistema de transporte público que será implementado com a concessão do serviço de transporte.

Assim, foram observadas as formalidades previstas no art. 39 da Lei n. 8.666/93, não havendo qualquer ilegalidade a ser reconhecida quanto a esse ponto.

#### DA LEGALIDADE DA PREVISÃO EDITALÍCIA QUE VEDA A ADJUDICAÇÃO DE MAIS DE UM LOTE A CADA LICITANTE

<sup>20</sup> **Lei n. 8.666/93, Art. 39.** Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.  
Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Sustenta, ainda, a impetrante que o edital viola o princípio da proposta mais vantajosa à Administração porque veda que uma mesma empresa seja adjudicada em mais de um dos lotes licitados.

Sem razão a impetrante.

A Constituição Federal tem como um dos seus fundamentos a livre iniciativa (CF/88 1º IV<sup>21</sup>) e, quando trata da ordem econômica e financeira, estabelece como princípio a livre concorrência (CF/88 170 IV<sup>22</sup>).

Assim, o edital que disciplinou a concorrência, ao vedar a adjudicação para uma mesma empresa de mais de um dos lotes da licitação, tem por objetivo evitar o monopólio na prestação do serviço de transporte público do Distrito Federal, observando os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, inclusive em observância à Lei de Concessões que estabelece em seu art. 29 como uma das incumbências do poder concedente o incentivo à competitividade, *in verbis*:

*“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:*

*(...)*

*XI – incentivar a competitividade; e (...).”*

<sup>21</sup> **CF/88, Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

*(...)*

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

<sup>22</sup> **CF/88, Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

*(...)*

IV - livre concorrência;



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Ademais, analisando os item 20.2 e 7.1 do edital que disciplinou a licitação percebe-se que a licitação ocorrerá em ordem decrescente dos valores dos 5 lotes licitados, de forma que o maior lote será objeto da primeira avaliação e o vencedor desse lote não poderá participar da licitação do lote seguinte, que é menor e, assim, sucessivamente, *in verbis*:

**" (...) 20 – EXAME DA DOCUMENTAÇÃO**

(...)

20.2 – Transcorrido o prazo legal para interposição de recurso, havendo desistência ou renúncia do direito de recorrer por todas as **LICITANTES**, ou após o julgamento dos recursos interpostos, a COMISSÃO dará início à fase de julgamento das propostas do certame, que ocorrerá de forma seqüencial e sucessiva, na seguinte ordem: primeiramente será julgado o Lote 2 da licitação, em seguida o Lote 5, posteriormente o Lote 3, em seguida o Lote 4 e por último o Lote 1. (...) (grifo nosso)

Quanto aos lotes e seus respectivos valores, prevê o edital:

**" (...) 7 – DOS INVESTIMENTOS INICIAIS E DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO**

(...)

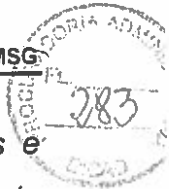
7.2 – O valor estimado do contrato por lote, fixado com base na receita estimada da concessão, tendo-se por base os valores máximos de **TARIFA TÉCNICA** fixados neste EDITAL e a demanda de **PASSAGEIROS PAGANTES TRANSPORTADOS** informada no Anexo II.2, corresponde a:

7.2.1 – **Lote 1:** R\$ 1.417.275.530,20 (um bilhão, quatrocentos e dezessete milhões, duzentos e setenta e cinco mil, quinhentos e trinta reais e vinte centavos;



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD  
GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



7.2.2 – **Lote 2:** R\$ 1.875.003.792,90 (um bilhão, oitocentos e setenta e cinco milhões, três mil, setecentos e noventa e dois reais e noventa centavos;

7.2.3 – **Lote 3:** R\$ 1.413.734.304,70 (um bilhão, quatrocentos e treze milhões, setecentos e trinta e quatro mil trezentos e quatro reais e setenta centavos;

7.2.4 – **Lote 4:** R\$ 1.393.216.599,50 (um bilhão, trezentos e noventa e três milhões, duzentos e dezesseis mil, quinhentos e noventa e nove reais e cinquenta centavos;

7.2.5 – **Lote 5:** R\$ 1.690.729.236,60 (um bilhão seiscentos e noventa milhões, setecentos e vinte e nove mil, duzentos e trinta e seis reais e sessenta centavos); (...)"

A previsão editalícia não ofende, de forma alguma, o princípio da proposta mais vantajosa.

Diante do exposto, denego a segurança quanto a esse ponto.

DA AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO EDITAL TENDO EM VISTA A POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE NOVOS MEIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO – METRÔ, VLT E BRT

Afirma a impetrante, Viação Jardins S.A., que o edital possui irregularidade porque não previu os riscos que as concessionárias estão assumindo, tendo em vista a implantação/melhoramento do serviço público de transporte coletivo através do metrô, VLT e BRT.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



Sem razão a impetrante.

O edital que disciplinou a licitação, prevê em seus itens 4.6 e 4.6.1, a possibilidade da implantação dos novos meios de transporte, e também como será feito o cálculo para a manutenção da equação econômica-financeira dos contratos, *in verbis*:

*“(...) 4.6 – Caso, durante a concessão, o DF venha a implantar novos modais de transporte, com a utilização de distintas tecnologias de material rodante, diverso do modo rodoviário, como trem metrô ou similares, poderá ser reduzido o objeto das concessões ora licitadas, observados os limites legais, sem que disso resulte qualquer direito às CONCESSIONÁRIAS, ressalvados os ressarcimentos do saldo residual de bens que sejam definidos como reversíveis.*

*4.6.1 – Ocorrendo a hipótese definida no presente item, será realizada a revisão das TARIFAS TÉCNICAS, para manutenção da equação econômico-financeira dos contratos, utilizando-se como parâmetro a preservação da Taxa Interna de Retorno de Investimento prevista nas planilhas de fluxo de caixa das propostas vencedoras da licitação, excluído qualquer provisionamento de lucros cessantes. (...)”*

Portanto, diferente do afirmado pela impetrante, o edital traz disciplina para eventual risco que as concessionárias suportarão quando da implantação de novos meios de transporte coletivo.

Assim, denego a segurança quanto a esse ponto.

DA OBSERVÂNCIA À DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS  
QUANTO AOS ÔNIBUS COM PORTAS DOS DOIS LADOS



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA



Aduz a impetrante que o edital possui irregularidade porque não foi observada a exigência do TCDF no sentido de que os ônibus possuam porta dos dois lados, para o atendimento da faixa verde.

Sem razão a impetrante.



O item 4 do edital, relativo ao objeto da concorrência, prevê a necessidade de que os ônibus que irão atender a rota da EPTG, onde está a faixa verde, tenham porta dos dois lados e que, os custos decorrentes dessa implementação serão calculados em momento ulterior, com a respectiva revisão da tarifa técnica, para a manutenção do equilíbrio financeiro-econômico do contrato:

**"(...) 4 – OBJETO DA CONCORRÊNCIA**

**(...)**

*4.8 – As linhas cujo itinerário inclua a faixa exclusiva da Estrada Parque Taguatinga – EPTG, bem como quaisquer outras faixas exclusivas destinadas ao tráfego de veículos do STPC/DF, sempre tendo em conta o planejamento operacional, serão atendidas com veículos que viabilizem a operação naquelas vias e, se e quando necessário, que possuam portas em ambos os lados, observada as especificações da Resolução n.º 4.741, de 16 de abril de 2012, do Conselho de Transportes do Distrito Federal.*

*4.8.1 – Para fins de proposta na presente licitação, as **LICITANTES** deverão considerar a utilização apenas de veículos com portas à direita. Durante a vigência da concessão, no exercício de suas prerrogativas legais e de acordo com a conveniência e oportunidade ao interesse público, o **PODER CONCEDENTE** poderá determinar a utilização de veículos com portas à*



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

esquerda ou em ambos os lado, consoante prevê o Manual inserido no Anexo II.5 deste EDITAL, promovendo, concomitantemente, a revisão da TARIFA TÉCNICA, caso necessário, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos CONTRATOS. (...)” (grifo nosso)



Assim, a meu ver, foi obedecida a determinação do Tribunal de Contas de previsão de ônibus com duas portas para o atendimento da linha que tráfegará na EPTG e, também, está sendo garantida a isonomia entre os participantes porque o cálculo dos custos serão feitos em momento posterior, com revisão da tarifa técnica.

Diante do exposto, denego a segurança quanto a esse ponto.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DE  
REAPRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO PARA OS LICITANTES  
INABILITADOS OU DESCLASSIFICADOS

Sustenta a impetrante, Viação Jardins S.A. que o edital padece de inconstitucionalidade porque prevê a concessão de nova oportunidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados, em flagrante ofensa aos princípios da isonomia, ampla competitividade e moralidade (CF/88 37<sup>23</sup>).

Sem razão a impetrante.

<sup>23</sup> CF/88, 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:



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

A impetrante se insurge contra as disposições constantes nos itens 22.2 e 23.6 do edital da licitação, *in verbis*:



**“(…) 22 - JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO**

22.1. A **COMISSÃO** examinará a **DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO**, julgando inabilitadas as **LICITANTES** que não atenderem, integralmente, aos requisitos exigidos neste **EDITAL**.

22.2. Se todas as **LICITANTES** forem inabilitadas, a **COMISSÃO** poderá fixar o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentação da **DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO** escoimada dos vícios e/ou irregularidades constatadas.

(…)

**23 – DA PROPOSTA FINANCEIRA**

(…)

23.6. Se todas as **LICITANTES** do respectivo Lote foram desclassificadas, a **COMISSÃO** poderá fixar-lhes o prazo de 8 (oito) dias úteis para a reapresentação da **PROPOSTA FINANCEIRA**, exclusivamente para o Lote em questão, escoimada dos vícios e/ou irregularidades constatadas. (…)  
(grifo nosso)

Essa previsão editalícia, de concessão de nova oportunidade aos licitantes desclassificados ou inabilitados para apresentação de nova documentação, está disciplinada no art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93, regra que está em plena vigência:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

(…)



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD  
GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (...)”



Ademais, para a aplicação da disposição do edital é necessária a desclassificação de todas as empresas participantes da licitação. Portanto, não há ofensa ao princípio da isonomia porque a possibilidade de retificação da habilitação ou proposta será deferida a todas empresas participantes.

Diante do exposto, denego a segurança quanto a esse ponto.

#### DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE ANUÊNCIA DO PODER CONCEDENTE PARA O CASO DE FUSÃO OU CISÃO DA CONCESSIONÁRIA

Ao final, aduz a impetrante, Viação Jardins S.A., que a vedação, prevista no edital, de fusão ou cisão da concessionária, sem expressa anuência do Concedente, extrapola os limites previstos no art. 27 da Lei n. 8.987/95<sup>24</sup>.

Sem razão a impetrante.

A minuta do contrato a ser firmado pela empresa vencedora da licitação prevê, quanto à transferência da concessão, que:

<sup>24</sup> Lei n. 8.987/95, Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

**"(...) CLÁUSULA XXV*****Da Transferência da Concessão***

1. *É vedada a subconcessão dos serviços.*

2. A **CONCESSIONÁRIA** não poderá, no todo ou em parte, transferir a concessão ou o seu controle societário, nem realizar fusão ou cisão, salvo quando houver expressa e prévia anuência do **CONCEDENTE**, sob pena de caducidade da concessão, nos termos do artigo 27 da Lei Federal 8.987/92. (...)"

O art. 27 da Lei n. 8.987/95, que disciplina a questão relativa à transferência de concessão traz que:

*"Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão."*

Apesar de não haver previsão expressa no dispositivo legal da necessidade de permissão do poder concedente para a fusão e cisão da empresa concessionária, essa previsão no edital não gera irregularidade.

Ocorre que, dependendo das proporções da cisão ou fusão poderá haver completa formação de nova empresa, que assumirá os encargos da concessão, razão pela qual há previsão de anuência do poder concedente no edital.

Diante do exposto, denego a segurança quanto a esse ponto.



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

No mais, registro que analisei o edital da licitação e não verifique irregularidade ou ilegalidade.



Registro que, esse mesmo procedimento licitatório está sendo apreciado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, no processo n. 12.086/2011 e, por decisão proferida em 09/08/2012 aquele Tribunal de Contas autorizou o prosseguimento do certame e, entendeu que as retificações realizadas pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal no edital haviam solucionado as irregularidades apontadas, *in verbis*:

*"(...) O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Revisor, Conselheiro MANOEL DE ANDRADE, decidiu: I – tomar conhecimento: a) do Ofício nº 635/2012-GAB/ST, fls. 2136; b) do Ofício nº 639/2012-GAB/ST, fls. 2137/2145; c) do Ofício nº 53/2012-GAB/ST, fls. 2252/2254; d) dos papeis de trabalho acostados às fls. 2415/2427 e do Anexo XIX; II – em relação ao item III da Decisão nº 3.341/2012, considerar atendido o disposto nos subitens "a.1", "a.2", "a.3", "a.4", "a.5", "a.6", "a.7", "a.8", "a.9", "a.10", "b" e "d"; III – em consequência do item anterior, autorizar o prosseguimento do certame em apreço, condicionando ao cumprimento do item IV; IV – determinar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal – ST/DF que republique o aviso de edital da Concorrência Pública nº 01/2011- ST, reabrindo o prazo inicialmente estabelecido, nos termos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993; V – reiterar à Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal a determinação constante no item II, alínea "e", da Decisão nº 3.984/11; VI – determinar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para as providências pertinentes. Parcialmente vencido o Relator, que manteve o seu voto de fs. 2451-2471. Decidiu, mais, acolhendo proposição do Conselheiro RONALDO COSTA COUTO, mandar publicar, em anexo à ata, o relatório/voto do Relator e do Revisor, bem como as referidas declarações de voto. (...)"<sup>25</sup>*

<sup>25</sup><http://www.tc.df.gov.br/web/tcdf/1/processos#ConsultaDecisao.php?id=4&op=1&txtNrAno=4106/2012&tpsessao=ORD&Pesquisar=Pesquisar>



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Além disso, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, quando de sua manifestação em parecer, informou que os Promotores que atuam perante a defesa da ordem urbanística e patrimônio público vem acompanhando o desenvolvimento dessa concorrência, não apontando irregularidades<sup>26</sup>.



### DISPOSITIVO

Ante o exposto, **rejeito a preliminar** de perda superveniente do interesse de agir e **denego a segurança** pleiteada pela impetrante, Viação Jardins S.A..

É como voto.

**O Senhor Desembargador ANTONINHO LOPES - Vogal**

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador JOÃO EGMONT - Vogal**

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal**

<sup>26</sup> "(...) O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, consoante demonstra documento de fls. 597/618, por meio dos Procuradores e Promotores de Justiça que atuam perante a defesa da ordem urbanística e patrimônio público, tem acompanhado o desenvolvimento da concorrência em questão. (...)”



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.I1HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal**



Com o Relator.

**O Senhor Desembargador LECIR MANOEL DA LUZ - Vogal**

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador J.J. COSTA CARVALHO - Vogal**

Com o Relator.

**A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS - Vogal**

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Vogal**

Com o Relator.

**A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal**

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Vogal**

Com o Relator.

**O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal**



Código de Verificação:

8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD8KF3.2013.DYE2.11HQ.NPDE.K3JD

GABINETE DO DESEMBARGADOR SÉRGIO ROCHA