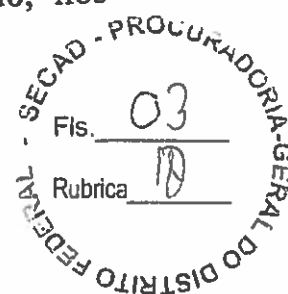




EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ (A) DE DIREITO DA 4ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Processo nº 2012.01.1.199542-9

PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES
COLETIVOS LTDA, já devidamente qualificada nos autos, vem, por
intermédio de seus advogados, requerer o aditamento do pedido, nos
moldes previstos no art. 294 do CPC, nos seguintes termos:



4. DO PEDIDO

Ante todo o exposto, em substituição ao pedido de mérito da
petição inicial, requer a Vossa Excelência que considere o seguinte pedido:

a) no mérito, considere ilegal a exigência da
homologação de atestado, contida na cláusula 21.4.1.1.2
do Edital de Concorrência nº 01/2011 - ST,
determinando a anulação da inabilitação da autora para
todos os lotes que concorreu, ou seja 1, 3, 4 e 5,
ordenando-se os atos subsequentes previstos no edital e
na lei.



Jacoby Fernandes & Reolon
ADVOGADOS ASSOCIADOS

211

Termos em que pede e espera deferimento.

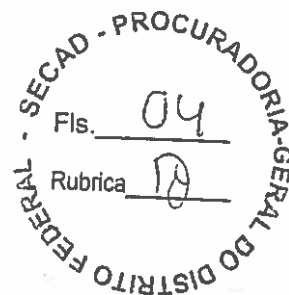
Brasília/DF, 27 de dezembro de 2012.

Jaques Fernando Reolon

OAB/DF nº 22.885

Karina Amorim Sampaio Costa
Karina Amorim Sampaio Costa

OAB/DF n. 23.803





EXCELEN[TE]SSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ (A) DE DIREITO DA 4ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Processo nº 2012.01.1.199542-9

PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES
COLETIVOS LTDA, já devidamente qualificada nos autos, vem, por
intermédio de seus advogados, sem prejuízo do aditamento ao mérito
realizado ontem, 27/12/2012, requer outro aditamento do pedido, nos
moldes previstos no art. 294 do CPC, nos seguintes termos:

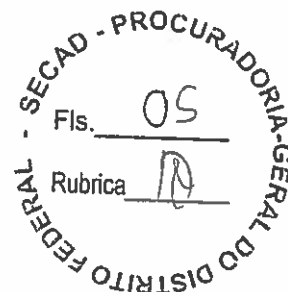
a.1) com base no poder geral da cautela, ou em antecipação de
tutela, que permita a continuidade da autora na licitação,
afastando-se temporariamente os efeitos jurídicos de sua
inabilitação, até o julgamento de mérito da presente ação.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 27 de dezembro de 2012.

Jaques Fernando Reolon

OAB/DF nº 22.885

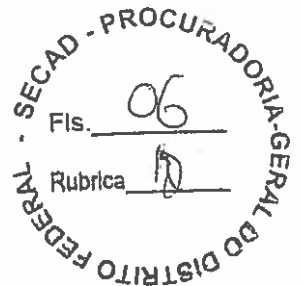




Jacoby Fernandes & Reolon
ADVOGADOS ASSOCIADOS

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ (A) DE DIREITO DA
____ VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

URGENTE



**PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES
COLETIVOS LTDA¹**, CNPJ nº 00.091.702/0001-28, pessoa jurídica,
com endereço na SGCV/Sul Conjuntos 07 e 08, Cep: 71215-100, Brasília-
DF, CEP 71215-100, neste ato representada por **NELCIDES ALVES DE
OLIVEIRA²**, brasileiro, casado, empresário CPF nº 546.211.358.72, RG nº
6343-134, residente e domiciliado em Brasília/DF, vem, por intermédio de
seus advogados³, com fulcro no art. 632 em diante do CPC, propor

**AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE
FAZER**

com pedido urgente de antecipação de tutela

em face do Distrito Federal em virtude de ilegalidades praticadas na fase externa da Concorrência n. 001/2011 – ST da Secretaria de Transportes do Distrito Federal - ST, cujo endereço da Comissão de Licitação é no Palácio do Buriti – Anexo, 15º Andar, sala 1509, nesta Capital, CEP 70.075-900, neste ato representada por seus representantes legais na forma do art. 12, I, do CPC, pelas razões de fato e de direito que passa a expor⁴:

¹ DOC 1- Cartão CNPJ

² DOC 2- Conforme Ato Constitutivo anexo.

³ DOC 3 – PROCURAÇÃO

⁴ DOC 4 - Custas



1. DO BREVE RELATO DOS FATOS

Em agosto de 2012 foi publicado Edital⁵ relativo à Concorrência nº 01/2011 – ST visando a contratação do seguinte objeto: “prestação e exploração do Serviço Básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, em regime de concessão”.

No dia 13 de dezembro de 2012, foi divulgado o julgamento final da fase de habilitação desse certame, o qual inabilitou a autora, para participar dos lotes 1, 3, 4, e 5 pelos seguintes fundamentos:

Apresentar atestados que não foram homologados pelo DFTrans, e, segundo informações fornecidas por essa última autarquia nos processos administrativos 0098-004882/2012 e 00098-004883/2012, as subcontratações em questão não foram submetidas ao conhecimento e anuência prévios do Poder Concedente, sendo nulas, de pleno direito e, inaptas, portanto, a produzir qualquer efeito. Desta forma, a licitante não atende à exigência do item 21.4.1.1.2 do Edital, interpretada à luz do art. 26 da Lei Federal nº 8.987/95.⁶

No tocante ao atestado técnico, o edital assim dispõe:

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 quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.

(omissis)

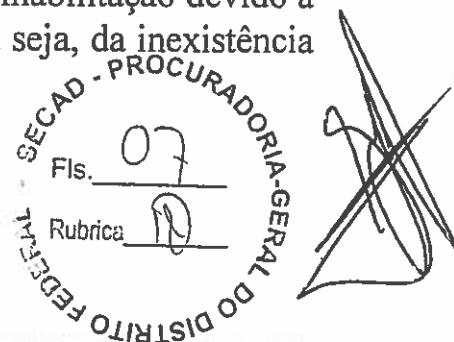
21.4.1.1.2 - Caso a prestação de serviço tenha sido realizada por subconcessão, **o atestado fornecido pela subconcedente deverá ser homologado** pelo respectivo PODER CONCEDENTE, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei Federal 8.987/1995.⁷

Portanto, almeja-se seja tornada nula a inabilitação devido à ilegalidade e a inconstitucionalidade da motivação, ou seja, da inexistência

⁵ DOC 5. Edital.

⁶ DOC 6 Julgamento final da fase de habilitação.

⁷ O destaque em negrito não consta do original. DOC 7- ATESTADO





de atestado homologado, quando, pela lei, basta apresentar simplesmente atestado. Ou seja, a exigência de homologação é ilegal e inconstitucional.

2. DO DIREITO

A exigência de **homologação** do atestado, prevista na cláusula 21.4.1.1.2, é incompatível com os princípios constitucionais que regem as licitações públicas. É também ilegal e inconstitucional.

2.1. Da licitude da exigência de atestado

A Lei Geral de Licitações⁸ limita a exigência de requisitos para a qualificação técnica de licitantes em seus arts. de 27 a 31, estabelecendo, em um destes, a comprovação de aptidão para o desempenho do objeto, *in verbis*:

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

(omissis)

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.

A mera leitura da referida norma, evidencia o objetivo único do atestado: comprovar a **aptidão** para a execução do objeto.

Como ressalta o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, a comprovação dessa aptidão envolve a existência de experiência anterior:

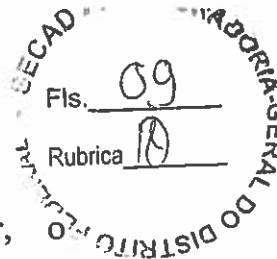
[...] a aptidão para executar uma certa prestação pode envolver a comprovação a aptidão para executar uma certa prestação pode envolver a comprovação de experiência anterior. Pode estabelecer-se que somente serão habilitadas as empresas e(ou) profissionais que, anteriormente, já tenham executado objeto do certame.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.



Jacoby Fernandes & Reolon

ADVOGADOS ASSOCIADOS



No tocante a definição da experiência anterior, doutrinador afirma:

A experiência pessoal se constitui em circunstância pessoal, interna e intransferível. No entanto, essa vivência anterior pode adquirir relevo em face de terceiros. A circunstância de alguém ter enfrentado problemas no passado e tê-los superado é valorada pela comunidade. [...]

O produto da experiência é o *conhecimento*, utilizada a expressão em sentido amplo. Esse conhecimento pode ser utilizado para atividades futuras, inclusive mediante contrapartida onerosa. Há relações jurídicas versando sobre a utilização da experiência na execução de serviços em favor de terceiros. **Esse conhecimento pode tornar-se, inclusive, critério de seleção do sujeito para contratação.**

O tema relaciona-se com a **presunção acerca da habilitação para executar tarefas complexas. Quem já enfrentou desafios de determinada natureza presume-se como qualificado para voltar a fazê-lo no futuro.**⁹

E complementa: “a questão não envolve tutela à autoria ou aos efeitos econômicos derivados da criação. Deve examinar-se o vínculo entre o ‘sujeito’ e o potencial por ele desenvolvido para enfrentar dificuldades e encontrar soluções”.¹⁰

Partindo dessa premissa, a única interpretação possível na exigência legal é a comprovação de experiência na execução de atividade similar, de modo a afastar do certame “aventureiros” que não possuam o **conhecimento** do objeto licitado, não sendo aptos a superar as dificuldades que porventura vierem a surgir.

2.2 Do rigor legal à forma de comprovação

A própria Lei determinou ser indiferente se os serviços foram prestados a entre público ou privado.

De fato, para a comprovação dessa experiência, a Lei nº 8.666/1993 estabeleceu **forma específica**:

§ 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

⁹ O destaque em negrito não consta do original. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed. P. 420.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed. P. 419.



Jacoby Fernandes & Reolon

ADVOGADOS ASSOCIADOS

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.**

Constata-se, desse modo, que a lei estabeleceu como forma de comprovação de aptidão a apresentação de atestado, o qual limitar-se-á a exigir a capacitação técnica profissional, quando for o caso.

É indiferente para a norma quem foi o tomador do serviço e em que condições se deu sua execução.

O Judiciário já firmou entendimento sobre o assunto:

[...]

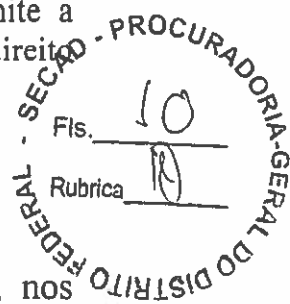
que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado é incompatível com o artigo 30, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, que expressamente permite a apresentação de atestado fornecido por pessoas jurídicas de direito público e privado¹¹

2.3 Da exigência editalícia

Na licitação em tela, exigiu-se atestado do licitante, nos seguintes termos:

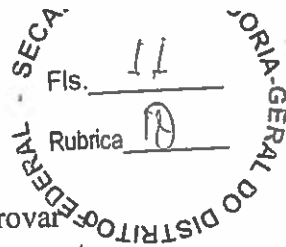
21.4.1.1 - A LICITANTE deverá apresentar atestado emitido em seu nome, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público, pertinente e compatível

¹¹ TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.014752-7/DF, 3º T. Suplementar, rel. Juiz Wilson Alves de Souza, j. em 29.05.2003, DJ de 18.06.2003





Jacoby Fernandes & Reolon
ADVOGADOS ASSOCIADOS



com o objeto da presente licitação, apto a comprovar 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.

Tal exigência encontra-se absolutamente compatível com os limites previstos na Lei nº 8.666/1993.

O edital, contudo, não se limitou a esse requisito, exigindo a **homologação** de atestados, como se verifica da cláusula 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 cláusula editalícia extrapolou a previsão do art. 30 da Lei de Licitações e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, porquanto o atestado já se constitui como meio hábil e suficiente para demonstrar *experiência* e conhecimento do objeto, como será analisado a seguir.

Lucas Rocha Furtado, eminente jurista e procurador junto ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União assente¹²:

A verificação da qualificação técnica. Conforme consta do art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem como da econômica, deve ter sempre o objetivo de assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas no contrato com a Administração.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nesse sentido¹³:

É de se observar que o objetivo da imposição dos requisitos de qualificação econômico-financeira, assim como das demais qualificações, é o de examinar se o licitante estará apto a executar o objeto do futuro contrato. **Caso não esteja presente na documentação apresentada algum documento exigido pelo edital, mas a comissão de licitação possa inferir, pelos outros documentos apresentados, que o licitante estará em**

¹² Curso de direito administrativo/Lucas Rocha Furtado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, pg.477

¹³ MS nº 5624/DF. DJU, de 26 de outubro de 1998, Seção 1



condições de executar o objeto do contrato, deve a comissão habilitar, motivadamente, o referido licitante.

A invocação do art. 26 da Lei nº 8.987/1995 não autoriza a exigência de homologação de atestado de execução de serviço, mormente porquanto apenas disciplina as concessões e permissões públicas.

Com a ausência de regras que estabelecem as exigências de habilitação técnica na lei de Concessões, as regras habilitatórias em certames devem ser verificadas na lei nº 8.666/93, em dispositivo específico para tal.

Neste passo, a extrapolação do rol dos requisitos habilitatórios elencados fere o princípio da isonomia e da ampla competição, não podendo ser aceitos por este Tribunal.

2.4 Da discricionariedade ilegalmente conferida aos agentes de Estado

Ressalta-se, ainda, que o requisito **ilegal** de homologação dos atestados confere a **alguns agentes públicos** uma discricionariedade incompatível com a o Princípio da impessoalidade insculpido na Constituição Federal.

Como já apontado anteriormente, a exigência de atestado técnico já seria apta a atender ao requisito previsto no inciso II do art. 30 da Lei nº 8666/1993, porquanto demonstra a aptidão, experiência e conhecimento do objeto licitado.

A exigência do requisito "homologação" estabelece critério exclusivamente discricionário aos agentes de Estado, posto que **não há no edital qualquer critério objetivo** para a homologação, ou não, do atestado.

Tal requisito permite um controle sobre o universo dos licitantes, por parte de alguns poucos agentes públicos, incompatível com a impessoalidade e moralidade exigida no certame licitatório.

Nesse sentido, imperioso ressaltar que o Tribunal de Contas da União – TCU – tem coibido práticas, inclusive àquelas previstas em lei,



que permitam a identificação e controle dos licitantes pelos agentes públicos antes do certame, como, por exemplo, as visitas técnicas.¹⁴

Entende o TCU, que tais exigências colocam em risco os princípios da moralidade e impessoalidade, devendo seu uso ser mitigado, apesar da existência de permissivo legal.¹⁵

2.5 Da irrelevância técnica da homologação do atestado

Os requisitos impostos aos licitantes devem ser justificados de modo a comprovar a legalidade de sua inclusão no edital.

Sob esse aspecto, verifica-se que a exigência de homologação dos atestados constitui-se em requisito irrelevante para a comprovação de aptidão, experiência e conhecimento do objeto.

Como já transcrito anteriormente, o doutrinador Marçal Justen Filho explica que a experiência anterior: “não envolve tutela à autoria ou aos efeitos econômicos derivados da criação. Deve examinar-se o vínculo entre o ‘sujeito’ e o potencial por ele desenvolvido para enfrentar dificuldades e encontrar soluções”.¹⁶

Por esse aspecto, torna-se irrelevante se o “desempenho [anterior] da prestação de serviço de transporte coletivo de passageiros” foi remunerado, decorreu de concessão ou permissão pública, decorreu de contrato válido ou não, de contrato celebrado com ente público ou privado. **O único aspecto relevante para o atestado é comprovação de execução do serviço.**

¹⁴ “proceda a nova licitação para contratação de empresa para prestação dos serviços de limpeza e conservação, informando ao TCU, tempestivamente, as medidas adotadas, na qual se observem os seguintes requisitos:

c.1) o Projeto Básico discrimine todas as condições da prestação dos serviços de maneira clara, objetiva e completa, incluindo estimativa de fornecimento de material pela contratada, de modo que a vistoria no local da prestação dos serviços pelos interessados seja somente facultativa, tendo em vista que a vistoria obrigatória, quando dispensável para o perfeito conhecimento do serviço, prejudica a competitividade e a impessoalidade nas licitações; (...) Ainda sobre esse ponto, a unidade técnica consigna que a obrigatoriedade da vistoria prévia prejudica a competitividade e a impessoalidade do certame, sendo reprovada pela jurisprudência do Tribunal (Acórdãos 983/2008 e 2395/2010, do Plenário).” (Acórdão nº 2990/2010 – Plenário – Ministro Relator Raimundo Carreiro)

¹⁵ V.g. art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed. P. 419.

SECAD - PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Fls. 13
Rubrica



Evidenciada, portanto, o caráter **dispensável** dessa exigência, em flagrante desconformidade com os imperativos legais e constitucionais.

2.6 Do alegado desconhecimento das subcontratações e falta de anuência prévia do poder concedente

Como argumento acessório, que não faz parte da motivação, mas que consta de fls. 5 do julgamento do recurso contra a inabilitação da Autora,¹⁷ a comissão de licitação alega que a subpermissão, usada para a qualificação técnica da autora, não foi submetida ao conhecimento e anuência prévia do Poder Concedente, ou seja, não foi homologado.

Ao contrário disso, a Planalto solicitou a homologação do atestado técnico emitido pela VIPLAN pela subpermissão da prestação de serviços de transporte público que executa, antes do julgamento de sua inabilitação¹⁸, entretanto, o pedido foi indeferido pelo poder público sem justificativa.

2.7 Da idoneidade do atestado de capacidade técnica fornecido pela Autora

Também sem fazer parte da motivação para inabilitar, mas como argumento acessório, a Comissão de Licitação entende também que o atestado de capacidade técnica emitido pela VIPLAN¹⁹ e utilizado pela Autora não se presta a comprovar a sua capacidade técnica.

Alega que não atesta a execução de serviços de transporte, mas somente gestão de operações e manutenção, para tanto alegou:

[...] seria apenas “gestora de operações e manutenção”.

Outrossim, da análise do contrato de gestão firmado entre as duas empresas, observa-se que o objeto do contrato não é a execução dos serviços, mas sim mera “a prestação de serviços técnicos de gestão operacional e de gestão de manutenção de 168 (cento e sessenta e oito) ônibus da frota da Contratante”.

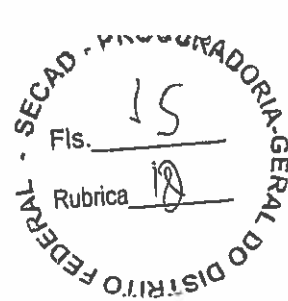
¹⁷DOC 8- Julgamento da Habilitação, Relatório da Comissão de licitação de 25 de outubro de 2012

¹⁸DOC 9 – Solicitação de Homologação

¹⁹DOC. 7 – Atestado de Capacidade Técnica emitido pela VIPLAN para a PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTE COLETIVOS LTDA.



E continua



Portanto, resta claro que, no presente caso, não houve sequer a subpermissão do serviço, ocorrendo apenas uma subcontratação de gestão técnica, realizada pela empresa VIPLAN - Viação Planalto Ltda.

Não procedem tais argumentos.

Consta do Contrato de Gestão Operacional e de Manutenção, que acompanhou o atestado fornecido na licitação, firmado entre as partes o seguinte:

Constitui objeto do presente contrato a prestação de serviços técnicos de **gestão operacional e de gestão de manutenção de 180 (cento e oitenta) ônibus** da frota da Contratante.²⁰

Delegou-se à contratada, efetivamente, o ônus de prestar os serviços de transporte à Viplan.

A gestão operacional a que se refere o objeto do Contrato nada mais é do que a execução, propriamente dita, da operação das linhas subcontratadas da VIPLAN, tanto que a Cláusula Segunda do referido Instrumento Contratual cita que

A Contratante provisionará em favor da Contratada, o valor equivalente a R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) ônibus/ano; tal valor será necessariamente reservado para fazer face a integralização de 50% (cinquenta por cento) do capital social a ser subscrito numa empresa operadora do mesmo sistema de gestão em transporte [da contratada].

Como se pode observar, o próprio Contrato de Gestão Operacional disciplina que parte do valor pago pela prestação dos serviços será reservado para ser subscrito numa nova empresa operadora, dividindo-se os riscos da operação inerentes ao negócio.

Se a remuneração é para empresa operadora do mesmo sistema de gestão em transporte, só pode sê-lo, como dito, para a operação do sistema, ou seja, é de operação que se trata.

Não há fundamento na desclassificação por esse motivo.

Não pode a Comissão dar sentido às palavras, como meio de excluir da licitação. Não pode se basear apenas no seu significado para

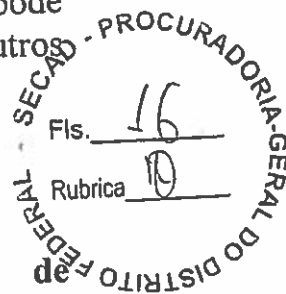
²⁰ DOC. 10- Contrato de Gestão Operacional e de Manutenção firmado entre a VIPLAN e a PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTE COLETIVOS LTDA.



gestão e excluir a Autora. A gestão referida no atestado e no contrato refere-se à gestão da frota e a efetiva operação de transporte.

Ressalta-se que, com base na documentação acostada,²¹ há a comprovação patente de que a empresa já opera as linhas há quase 2 (dois) anos, não havendo dúvidas de sua capacidade operacional no que concerne ao objeto do certame.

O objetivo da exigência da comprovação da capacidade operacional está mais do que evidenciado, não só por documentos mais como pela própria comprovação da operação das linhas. Por isso não pode prosperar a inabilitação da empresa, que comprovou, por outros documentos hábeis a comprovar sua capacidade operacional.



2.8 Da ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência de homologação dos atestados

Em se tratando de exigências de habilitação, “[...] **não devem ser incluídas nos instrumentos convocatórios exigências não previstas em lei ou irrelevantes para a verificação da qualificação dos licitantes, sob pena de se infringir o princípio básico da competitividade norteador de certames dessa natureza.**” (Acórdão nº 1745/2009 – TCU – Plenário).

A própria Constituição Federal, **limita** em seu art. 37, inciso XXI, a exigência de qualificação técnica, *in verbis*:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.²²

Como indicado anteriormente, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 enumera, taxativamente, os documentos que poderão ser exigidos para

²¹ DOC 7 - Atestado

²² O destaque em negrito não consta do original.



comprovar tal qualificação, entre os quais não se incluem os atestados homologados pelo Poder Concedente em caso de concessão. Cabe lembrar, ademais, que o § 5º do mesmo art. 30 veda 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**”.

Novamente, ressalta-se que o art. 26 da Lei nº 8.987/1995 **não autoriza** a exigência de homologação de atestado de execução de serviço, limitando-se a regulamentar as regras para subconcessão de serviços públicos, não exigindo qualquer obrigação quando da apresentação de atestados em licitações públicas.

Inquestionável, portanto, o caráter dispensável e limitador à competitividade da cláusula 21.4.1.1.2, configurando em flagrante ilegalidade e, inclusive, **inconstitucionalidade** da cláusula 21.4.1.1.2, ante a expressa limitação legal.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, já firmaram decisões aduzindo a **impossibilidade de exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação**.

Nesse sentido, nos autos do Mandado de Segurança nº 5.779/DF, o STJ assim se manifestou:

1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.
2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal.²³

²³ STJ. MS nº 5.779/DF. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 26/10/1998. No mesmo sentido: STJ. REsp 1155781/ES. Rel. Min. Eliana Calmon. DJe 17/06/2010; REsp 324498/SC. Rel. Min. Franciulli Netto. DJe 26/04/2004.



O STF, do mesmo modo, no voto do Ministro Relator da ADI nº 2716/RO, dispôs:

Lembre-se que o artigo 37, inciso XXI da Constituição do Brasil --- que conforma a licitação a que respeita o artigo 175 --- exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Assim, qualquer discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.²⁴

2.9 Da habilitação da autora

Por fim, necessário apontar que a inabilitação da autora decorreu, exclusivamente, com base na cláusula 21.4.1.1.2 razão pela qual, sendo esta cláusula declarada inconstitucional/ilegal, implica-se necessariamente na habilitação da autora para a sessão de abertura e julgamento das propostas de preço.

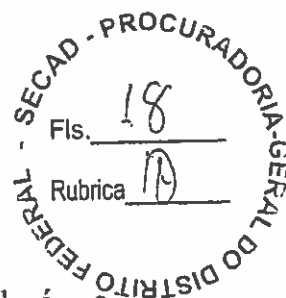
3 DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Dispõe o art. 273 do CPC que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, **existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**”.

Considerando a prolação, no dia 13/12/2012, da decisão que inabilitou a autora e, via de consequência, inibiu-a de participar da sessão de abertura das propostas de preços da Bacia 2 que já foi iniciada às 18h do dia 13/12/2012,²⁵ mostra-se urgente a necessidade da tutela judicial para que a autora possa participar do julgamento da proposta de preços desta Bacia, pois ainda está na análise das propostas, e das demais que ainda serão abertas.

²⁴ STF. ADI nº 2716/RO. Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. DJe 06/03/2008. No mesmo Sentido: STF. AI 837832 AgR/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 15/04/2011;

²⁵ DOC 11- Cópia do resultado do julgamento da Bacia 2.





Essa medida apenas ampliará a competição e inibirá o perecimento do direito da Autora, caso, ao final deste processo o seu pedido seja considerado procedente.

A autora apresentou proposta para todos os lotes.²⁶ Se o seu pedido, ao final, não for julgado procedente, nenhum dano ocasionará ao erário, mas simplesmente descarta-se a proposta de preços.

Essa medida também se justifica, tendo em conta o fato de que **das 9 (nove) participantes, apenas 2 (duas) foram habilitadas**.

Justo e razoável que seja reconhecida a ilegalidade do fundamento de sua inabilitação, ou seja, a necessidade de homologar atestado, deferindo-se a habilitação da autora de modo a que tenha sua proposta de preços considerada prosseguindo-se a licitação ou, alternativamente, que apenas se determine a abertura do envelope de proposta de preço da autora. Nenhum prejuízo causará ao Distrito Federal.

Assim já decidiu o STJ²⁷:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. ABERTURA DE PROPOSTAS. AGRAVO REGIMENTAL.

Configurados o periculum in mora e o fumus boni iuris, é de deferir-se a liminar para assegurar à participante de licitação a abertura de sua proposta.

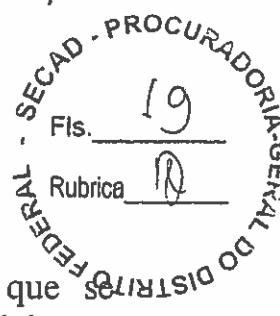
4. DO PEDIDO

Ante todo o exposto, requer a Vossa Excelência:

a) seja **concedida antecipação de tutela** para que se determine ao Presidente da Comissão Especial de Licitação da Concorrência n. 001/2011 – ST a abertura das propostas de preços da autora dos lotes/bacias 1, 3,4 e 5 de modo a evitar o perecimento do seu direito de continuar na licitação, caso o mérito lhe seja favorável;

²⁶ DOC- 8- Inabilitada em todos os lotes.

²⁷ Ag.Rg na MC 1.288/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/1998, DJ 05/03/2001, p. 143





Jacoby Fernandes & Reolon

ADVOGADOS ASSOCIADOS

b) expedidos os ofícios referentes ao pedido supra, determine a citação da ré para, caso queira e no prazo legal, preste as informações necessárias ao deslinde da questão;

c) ordene, em seguida, a oitiva do representante do Ministério Público;

d) no mérito, considere a homologação de atestado, contida na cláusula 21.4.1.1.2 do Edital de Concorrência nº 01/2011 – ST e, por consequência, determine a habilitação da autora para todos os lotes que concorreu, ou seja 1, 3, 4 e 5;

e) condene o réu no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, em valor a ser arbitrado por esse MM. Juízo.

Protesta-se provar o alegado pelos documentos que acompanham esta peça e por outros, supervenientes ou que eventualmente venham a ser necessários para contrapor as argumentações do RÉU. Além disso, pugna a AUTORA pela produção de outras provas, se necessário for.

Requer a AUTORA, por fim, que as publicações e intimações sejam realizadas em nome dos advogados Jaques Fernando Reolon, OAB/DF 22.885 e Karina Amorim Sampaio Costa, OAB/DF 23.803.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00, para fins meramente fiscais.

Termos em que pede e espera deferimento.

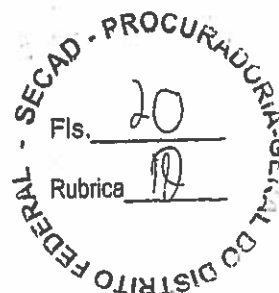
Brasília/DF, 20 de dezembro de 2012.

Jaques Fernando Reolon

OAB/DF nº 22.885

Karina Amorim Sampaio Costa

OAB/DF n. 23.803





PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD

CPA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL.



PROCESSO N.º 2012.01.1.199542-9

AUTOR: PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES COLETIVOS LTDA.

RÉU: DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL
1009 1433 149604
4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

O DISTRITO FEDERAL, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, por seu Procurador, no exercício regular das atribuições do cargo, regularmente constituído por força de lei, com o devido respeito e acatamento, nos autos da Ação de Indenização em epígrafe, vem apresentar a presente

CONTESTAÇÃO,

em face da pretensão deduzida em juízo pela parte autora, com fundamento no art. 300 e seguintes do CPC, fazendo-o com esteio nos seguintes fundamentos de fato e de direito.



1. BREVE HISTÓRICO DA DEMANDA

Trata-se de ação de conhecimento proposta pela empresa PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES LTDA., alegando em síntese que: (i) o Distrito Federal publicou o Edital de Concorrência n.º 01/2011 – ST com o objetivo de contratar novas empresas concessionárias do serviço de transporte coletivo no âmbito distrital; (ii) no dia 13 de dezembro de 2012 foi divulgado o julgamento final da fase de habilitação desse certame, o qual inabilitou a agravante, ficando ela impedida de participar dos lotes 1, 3, 4 e 5.

Afirmou ainda a empresa autora que a fundamentação grafada pela Comissão Licitante foi a seguinte: os atestados de capacidade técnica apresentados por ela não foram homologados pelo DFTRANS, haja vista que as subcontratações efetuadas **não** foram submetidas ao conhecimento e prévia anuência do Poder Concedente, sendo nulas de pleno direito, não atendendo, a agravante, assim, ao requisito expresso no item 21.4.1.1.2 do Edital acima mencionado.

Em que pese a autora já houvesse tomado conhecimento da decisão de inabilitação já naquele dia **13 de dezembro de 2012**, resolveu ajuizar ação anulatória somente nas vésperas da reabertura da licitação e já no início do recesso do Poder Judiciário por **razões totalmente desconhecidas**.

Afirmou ao final, a autora, que a exigência de apresentação de homologação do atestado pelo DFTRANS deveria ser declarada nula, uma vez que, supostamente, não encontra previsão na legislação de regência.

Após examinar os argumentos da autora, Vossa Excelência resolveu, liminarmente, indeferir o pedido de antecipação de tutela, consoante se vê da substancial decisão de fls. 191/193.

Em uma breve síntese, era o que tinha de relevante a ser relatado. Assim, estabelecido este contexto fático, passa-se ao exame das razões pelas quais o pedido deve ser julgado improcedente.



2. DO MÉRITO DA DEMANDA.

Não há como prosperar a pretensão ora deduzida em juízo pela parte autora. Afirma-se isso, pois consoante será demonstrado, a autora sonheou informações valiosíssimas para o convencimento deste Eminentíssimo Juízo, bem como não lhe socorre qualquer regra jurídica em seu favor. Vejamos:

2.1 - Da realidade fática. Não homologação dos atestados por motivo diverso do sustentado pela empresa autora.

A PLANALTO RIO PRETO NUNCA prestou serviço de transporte público regular no âmbito do Distrito Federal!!! Este é o principal argumento utilizado pelo DFTRANS para negar a homologação dos atestados de capacidade técnica expedidos pela VIPLAN em favor da empresa PLANALTO RIO PRETO e não somente o fato de a subcontratação não ter sido previamente autorizada, como quis deixar transparecer a parte autora.

A empresa autora, faltando com a lealdade processual sem o menor pudor, alterou a realidade fática com o intuito deliberado de induzir em erro o posicionamento deste Eminentíssimo Juízo.

Explica-se:

Conforme se vê da documentação a esta anexada (anexo 1 - cópia dos processos administrativos instaurados a pedido da agravante), a empresa VIPLAN - VIAÇÃO PLANALTO LTDA. emitiu atestado de capacidade técnica em favor da empresa PLANALTO RIO PRETO e, em ato contínuo, submeteu tal atestado ao crivo do DFTRANS.

Submetido o pleito à apreciação daquela autarquia, instaurou-se o processo administrativo de número 0098-004883/2012, com o seguinte objetivo: obter a homologação dos atestados de capacidade técnica expedidos pela VIPLAN.

Ocorre que, após análise criteriosa da documentação apresentada pela PLANALTO RIO PRETO, emitiu-se parecer fundamentado pelo



indeferimento da homologação com base em dois argumentos principais:

(i) o contrato celebrado entre a VIPLAN e a PLANALTO RIO PRETO **não** tinha por objetivo a delegação de parte da operação do sistema, mas exclusivamente o de gerir e manter parte da frota de ônibus;

(ii) não há, nem nunca houve um único registro sequer no sentido de que teria havido subconcessão da VIPLAN para a PLANALTO RIO PRETO no âmbito do DFTRANS

Como se vê, a **questão é pretérita**. Antes mesmo de se discutir a legitimidade da exigência de homologação do atestado pelo DFTRANS, deve ser examinado se houve a prestação do serviço transporte público coletivo pela PLANALTO RIO PRETO. Por isso, reafirma-se: **a PLANALTO RIO PRETO NUNCA PRESTOU SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO REGULAR.**

Nessa circunstância, é de se indagar: **como uma empresa receber atestado de capacidade técnica se nunca desempenhou o serviço ali atestado?**

Mas não é só!

Como dito, ao contrário do quanto alegado na peça de ingresso, não houve efetiva subcontratação da VIPLAN para empresa PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES LTDA.

Como se vê da documentação a esta anexada (anexo 1), a empresa VIPLAN celebrou contrato de **gestão empresarial** com PLANALTO RIO PRETO. Isto é, **o instrumento utilizado entre as empresas não teve o condão de transferir para a PLANALTO RIO PRETO a operação do sistema.**

Observe-se o teor da CLÁUSULA PRIMEIRA do contrato de gestão em anexo:



"Constitui objeto do presente contrato a prestação de serviços técnicos de gestão operacional e de gestão de manutenção de 180 (cento e oitenta) ônibus da frota da contratante; deles, 84 (oitenta e quatro) relativamente ao termo de permissão datado de 08/08/1990; e 16 (dezesseis) relativamente ao termo e permissão datado de 08/02/1991; e os 80 (oitenta) ônibus que complementam o objeto da gestão negociada são do excedente de frota cadastrada em nome da Viplan - Viação Planalto Ltda." - negritos nossos

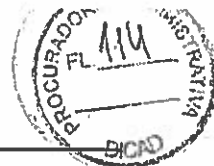
É de se constatar: a avença celebrada entre a VIPLAN e a PLANALTO RIO PRETO teve o condão apenas de transferir a **gestão** do sistema, isto é, repita-se à exaustão, **não se transferiu a operacionalização do sistema.**

Com efeito, somente a transferência da operacionalização do sistema - com a anuência do DFTRANS, frise-se - daria azo à expedição do atestado em comento.

Em outras palavras, a ilegalidade do atestado de capacidade técnica em exame é questão que antecede a sua eventual homologação.

Para resumir o quanto aqui exposto: a decisão de inabilitação da autora, bem como a decisão que a confirmou, negando provimento a recurso administrativo, deixou claro que **o atestado fornecido pela VIPLAN - VIAÇÃO PLANALTO LTDA. à empresa PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES LTDA. não comprovava que a ora autora tinha operado o serviço de transporte público coletivo em condições semelhantes à licitante**, pois, em lugar de se referir à operação do serviço, alude apenas a "gestão de operações e manutenção" de ônibus.

Por isto, a decisão do recurso administrativo da autora concluiu que, **no caso, "não houve sequer a subpermissão do serviço, ocorrendo apenas uma subcontratação de gestão técnica, realizada pela**



empresa VIPLAN - Viação Planalto Ltda.." (anexo 2 - decisão no recurso administrativo da autora).

Além disso, como se vê da documentação a esta anexada, o Diretor do DFTRANS afirma categoricamente que a empresa autora nunca prestou serviços de transporte público no âmbito do Distrito Federal.

Nesse diapasão, improcedência do pedido é medida que se impõe.

2.2 - Da necessidade de homologação dos atestados de capacidade técnica pelo Poder Concedente quando a prestação de serviço tenha sido realizada por subconcessão. Imposição do Edital da Concorrência com fundamento na Lei das Concessões

Ainda que se admitisse como verídico o pressuposto fático que embasou o atestado de capacidade técnica expedido pela VIPLAN, não houve qualquer ilegalidade na conduta da Comissão Licitante ao indeferir a habilitação da autora.

No tocante à qualificação técnica, o Edital da Concorrência exige que as licitantes apresentem atestados para comprovar a prestação de serviço público de transporte público coletivo compatível com o objeto da licitação:

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 quantidades



pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.

21.4.1.1.1 - Considera(m)-se pertinente(s) e compatível(is) com o objeto da presente licitação o(s) serviço(s) anterior(es) que atenda(m) os seguintes quantitativos:

21.4.1.1.1.1 Totalizem frota atual (ou existente na data de assinatura do atestado), composta por veículos do tipo microônibus e/ou ônibus (enquadrado em qualquer das categorias descritas no Anexo II.5 deste **EDITAL**), correspondente a, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de veículos da frota inicial prevista no presente **EDITAL** (Anexo II) para operação do lote onde proponha a **LICITANTE**; e,

21.4.1.1.1.2 - Totalizem uma quantidade média mensal de passageiros transportados (pagantes ou não), apurada em qualquer período contínuo de pelo menos 6 (seis) meses, de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de passageiros médios mensais estimados para o Lote onde concorra a **LICITANTE**, informados no Anexo II do presente **EDITAL**.

Na hipótese de prestação de serviço de transporte público de passageiros por subconcessão, o Edital da Concorrência prevê que o atestado tenha sido homologado pelo Poder Concedente:

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 razão para a necessidade de homologação do atestado pelo Poder Público decorre da simples circunstância de que a subconcessão sem anuência do Poder Concedente é nula e sem nenhum valor.

Com efeito, não obstante o caráter *intuitu personae* da obrigação decorrente da concessão, essa relação personalíssima não é absoluta, desde que observada a Lei e o que vem estatuído no respectivo contrato. E a Lei de Concessões no seu artigo 26 disciplina a matéria:



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD

110

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

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Como visto, o legislador expressamente admitiu a subconcessão, que somente terá validade se observar os requisitos legais: **a) previsão contratual (contrato de concessão); b) autorização do poder concedente; c) ser precedida de licitação pública e, d) transferência total ou parcial da obrigação de prestar o serviço público objeto do contrato.**

Não foi o que ocorreu no caso concreto, como se viu anteriormente, pois não houve subconcessão à empresa agravante, **a qual nunca prestou serviço de transporte público de passageiros no Distrito Federal.**

3. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, uma vez demonstrada a verdadeira realidade fática e, portanto, tendo-se a plena certeza de que não houve qualquer ilegalidade no ato ora impugnado em Juízo por meio da presente demanda, o Distrito Federal requer sejam julgados improcedentes os pedidos constantes da exordial.

Requer provar o alegado exclusivamente por meio das provas documentais a esta anexadas.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 16 de abril de 2013.


EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR

PROCURADOR DO DISTRITO FEDERAL



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD

118
CPA 7

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
15508
1536

PROCESSO: 2012.01.1.199542-9

AUTOR: PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES COLETIVOS LTDA.

RÉU: DISTRITO FEDERAL

O **DISTRITO FEDERAL**, ente público já devidamente qualificado nos autos da Ação em epígrafe, vem, com o devido respeito, por intermédio do seu Procurador que a esta subscreve, poderes *ex lege*, informar que **não pretende produzir outras provas**, ao tempo em que requer o julgamento antecipado da lide, uma vez que entende que as alegações das partes já se encontram devidamente provadas por meio da documentação anexada aos autos.

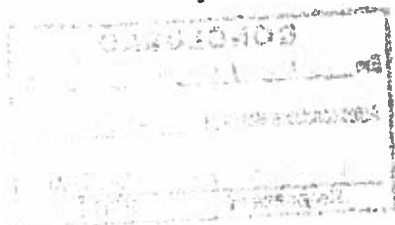
Termos em que pedem deferimento.

Brasília/DF, 4 de outubro de 2013.


EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR

Procurador do Distrito Federal

OAB/DF 29.190





Processo : 2012.01.1.199542-9
Classe : Procedimento Ordinário
Assunto : Licitações
Requerente : PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES COLETIVOS LTDA ME
Requerido : DISTRITO FEDERAL

Sentença

I – Relatório

PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES COLETIVOS LTDA
ajuizou em 20/12/2012 ação de conhecimento, em curso pelo rito
ordinário, em desfavor do DISTRITO FEDERAL, partes qualificadas nos
autos.

Narra a parte autora, em suma, que foi inabilitada em certame licitatório constituído pela Concorrência nº 001/2011 da Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal em razão do não atendimento da regra constante no item 21.4.1.1.2 do edital.

Sustenta que a exigência prevista no mencionado item (homologação de atestado de qualificação técnica em caso de subconcessão da prestação do serviço de transporte público), é inconstitucional e também ilegal por desbordar do rol dos documentos expressamente mencionados na Lei nº 8.666/93.

Após tecer arrazoado jurídico e citar jurisprudência pleiteia, em sede de antecipação de tutela, sua manutenção na concorrência pública. No mérito pretende que seja declarada a ilegalidade da exigência de homologação de atestado, contida no item 21.4.1.1.2 do edital.

A peça vestibular veio instruída com procuração, guia de custas iniciais e documentos diversos (fls. 18-190).

O provimento antecipatório, apreciado em sede de plantão, foi indeferido às fls. 191-193. Contra a mencionada decisão foi manejado recurso de Agravo de Instrumento que, apesar da liminar deferida (fls. 201-203), teve provimento negado, consoante se afere às fls. 650-662 dos autos em apenso.

A relação processual foi angularizada, sendo que o réu apresentou contestação e documentos (fls. 235-363). Não agita questões de ordem processual. No mérito, em síntese, defende a higidez de todo o processo licitatório e, por conseguinte, a





Quarta Vara da Fazenda Publica do Distrito Federal

21.4.1.1.4 - De forma anexa a cada atestado, deverá ser apresentada declaração da LICITANTE, informando o nome, cargo, endereço e telefone de funcionário do órgão emitente do atestado que possa prestar, caso necessário, esclarecimentos sobre o documento, em caso de diligência da COMISSÃO.

21.4.1.1.5 - Tratando-se de consórcio, a comprovação referida no presente item deverá ser feita através do somatório dos quantitativos representados no(s) atestado(s) de cada uma de suas consorciadas, observando-se que cada consorciada, no mínimo, deverá comprovar quantitativos de frota e passageiros transportados proporcionais à sua participação percentual no consórcio. Exemplo: a consorciada que detiver 20% (vinte por cento) de participação no consórcio, deverá comprovar quantitativos equivalentes a, no mínimo, 20% do montante exigido para a habilitação do consórcio no respectivo Lote, e assim sucessivamente, até atingir a totalidade estabelecida no presente edital.

21.4.1.1.6 - Para atendimento dos quantitativos definidos no item 21.4.1.1.1, será admitida a soma ilimitada de atestados da licitante ou de empresas consorciadas, desde que atendam as exigências de conteúdo definidas nos itens anteriores.

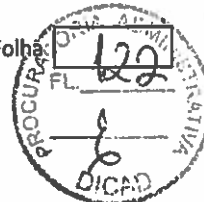
21.4.1.2 - Para os licitantes que propuserem em mais de um lote, considerar-se-á, para fins de habilitação, apenas o quantitativo correspondente ao Lote que possua o maior número de veículos para início da operação.

21.4.1.3 - Para fins de qualificação técnica, o LICITANTE deverá apresentar Compromisso de disponibilidade de imóvel(is) destinado(s) à instalação de garagem(ns) para execução do serviço licitado, pelo período de vigência do contrato de concessão, conforme Modelo do Anexo V.4 do presente EDITAL.

21.4.1.3.1 - Os LICITANTES vencedores deverão disponibilizar e adequar o(s) imóvel(is) destinados à(s) garagem(ns) às condições técnicas mínimas exigidas no Anexo II do presente EDITAL, até a data de início da operação dos serviços, sob pena de rescisão do contrato, por caducidade.

21.4.1.4 - Para fins de qualificação técnica, o LICITANTE deverá apresentar declaração de disponibilidade da frota necessária ao início da operação, nos termos exigidos no presente edital, conforme modelo do Anexo V.3.

21.4.1.4.1 - A frota a ser utilizada para início da operação e ao longo da concessão deverá ter idade média não superior a 4 (quatro) anos e não poderá ser composta por veículos com idade individual superior a: (i) nas categorias miniônibus, midiônibus e ônibus básico, 7 (sete) anos e (ii) nas categorias padron, articulado e biarticulado, 10 (dez) anos.



e a VIPLAN, as mencionadas pessoas jurídicas não ajustaram a efetiva prestação de serviços de transportes públicos em linhas urbanas no âmbito desta Unidade da Federação, mas apenas a prestação de serviços técnicos de gestão operacional e de gestão de manutenção de ônibus componentes da frota da VIPLAN, 88 deles relacionados com o termo de permissão datado de 1989.

Descumpridos os escorreitos preceitos do edital de abertura da concorrência, não haveria outra medida a ser tomada pela Administração Pública que não fosse a inabilitação da licitante.

Não é demais ressaltar que nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade consta no item do edital atacado pela postulante, 21.4.1.1.2.

O mencionado preceito guarda inquestionável pertinência com o vulto e a natureza do futuro contrato, permitindo aferir se a sociedade empresária que prestou o serviço público de transporte via subconcessão realmente desempenhou o mencionado serviço e também se a subconcessão foi realizada em conformidade com as normas aplicáveis ao referido contrato.

Necessário consignar que a exigência de adequação técnica tem envergadura constitucional eis que expressamente prevista no art. 37, XXI da Carta Republicana para os casos em que for indispensável à garantia de cumprimento das obrigações constantes no contrato administrativo que será futuramente firmado.

Conforme já assinalado, a licitação é procedimento que garante isonomia entre os particulares, assegurando-lhes oportunidades iguais de participação na disputa dos contratos administrativos. Por esta razão, não é dado à Administração Pública, no momento da definição das regras dessa disputa, exigir dos interessados requisitos de participação que não sejam proporcionais e essenciais à plena execução do objeto do contrato. Vale lembrar que o excesso das exigências interfere diretamente no caráter competitivo do certame.

Destarte, não apenas os requisitos de qualificação técnica, mas também os que se relacionam com a habilitação jurídica e com a regularidade fiscal devem guardar coerência e proporcionalidade com o objeto do certame, sob pena de se inquinarem de invalidade o procedimento licitatório.



Quarta Vara da Fazenda Publica do Distrito Federal

2 - A exigência editalícia consubstanciada na homologação, pelo Poder Público concedente, de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, referente à demonstração de experiência na prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros realizada em regime de subconcessão coaduna-se com a ordem jurídica vigente, não configurando exigência meramente formal ou desnecessária, mas imprescindível à verificação da efetiva prestação do serviço público de transporte coletivo por meio de subconcessão e também da observância da subconcessão às normas legais pertinentes.

3 - Descumprido requisito editalício de qualificação técnica, a inabilitação do licitante é medida impositiva, configurando, por conseguinte, a preclusão do direito de participação nas fases subsequentes do certame, nos termos do art. 41, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Agravo de Instrumento desprovido.

(Acórdão n.668043, 20130020002206AGI, Relator: ANGELO CANDUCCI PASSARELI, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/04/2013, Publicado no DJE: 16/04/2013. Pág.: 138)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

LICITAÇÃO. FASE DE HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

1. Se a licitante não demonstrou, da forma prevista no Edital de convocação, o cumprimento dos requisitos relativos à qualificação técnica, não tem direito líquido e certo a ser habilitada no certame.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 18.240/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 30/06/2006, p. 164)

Não havendo qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser pronunciada, e constatada a higidez do procedimento público concorrencial, a improcedência dos pedidos contidos na exordial é medida de rigor.

III - Dispositivo

Ante o exposto, ao tempo em que resolvo o mérito da demanda, com esteio no art. 269, I, do CPC, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos contidos na petição inicial.

Incluído na Pauta:

9/10

Último andamento: 19/08/2014 - JULGAMENTO - 318799 19082014 1

INFORMAÇÕES GERAIS: O presente processo encontra-se em fase de julgamento. O autor deve apresentar a petição de recurso no prazo de 15 dias, sob pena de preclusão. O réu deve apresentar a petição de resposta no prazo de 15 dias, sob pena de revelia. O processo será julgado no prazo de 30 dias.



Jacoby Fernandes & Reolon
ADVOGADOS ASSOCIADOS

61
FL. 125
Rubrica
GECAD
PROCAD

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

TJDFT - Circunscrição Judiciária de **BRASÍLIA**

Comprovante de recebimento de Petição

Número do Protocolo: 2014.01.019173860 Data e Hora: 15/09/2014 17:10

Recebido em: 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DF

Processo: 2012.01.1.199542-9

Processo nº 2012.01.1.199542-9



PLANALTO RIO PRETO TRANSPORTES COLETIVOS LTDA., devidamente qualificada nos autos da Ação de rito Ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada em face do DISTRITO FEDERAL – DF, por intermédio de sua SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES – ST/DF, vem, tempestivamente, à presença de Vossa Excelência, por seus procuradores que esta subscrevem, com fulcro nos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil – CPC, interpor a presente

APELAÇÃO

contra a r. sentença proferida por esse MM. Juízo, que julgou improcedentes os pedidos contidos na petição inicial.

Na forma dos artigos 515 e 520 do CPC, recebimento em ambos os efeitos e posterior envio ao Egrégio Tribunal.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Brasília, 15 de setembro de 2014.

Melanie Costa Peixoto
OAB/DF nº 14.585

Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes
OAB/DF nº 41.796

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
OAB/DF nº 6.546

Tel: 55 (61) 3366-1206

SHIS QL 12, Conjunto 09, Casa 20, Península dos Ministros, Lago Sul – 71630-295 – Brasília/DF
www.jacobyfernandes.adv.br – escritorio@jacoby.adv.br



Jacoby Fernandes & Reolon
ADVOGADOS ASSOCIADOS

FL. 126
Rubrica
CECAD
PROCAD

2

Apelante: Planalto Rio Preto Transportes Coletivos LTDA.

Apelada: Distrito Federal – DF/Secretaria de Estado dos Transportes – ST/DF

Origem: 4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal

Processo: 2012.01.1.199542-9

RAZÕES DO RECURSO

E. Desembargadores,

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Estão presentes os pressupostos de procedibilidade do recurso:

1.1. Da tempestividade

Nos termos do que dispõe a lei,¹ é de 15 (quinze) dias o prazo para interpor recurso de apelação.

Considerando que em 28 de agosto de 2014 (quinta-feira) foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico a sentença pugnada, o prazo limite para interposição é dia 15 de setembro de 2014 (segunda-feira), sendo, na data de hoje, plenamente tempestivo o recurso.

1.2. Do preparo

Integra o presente recurso o comprovante de recolhimento das custas judiciais.²

¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 12 set. 2014. Art. 508.

² Doc. 01: comprovante de recolhimento de custas judiciais



PL. 125
Rubrica
GECAD
PROCAD

2. DO BREVE RELATO DOS FATOS

Trata-se de ação em que se objetiva a nulidade de cláusula do Edital da Concorrência nº 01/2011-ST/DF, para prestação e exploração do Serviço Básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, e, por conseguinte, a anulação do ato de inabilitação da Apelante do correspondente certame.

A cláusula em exame assim estabeleceu:

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 quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação. [...]

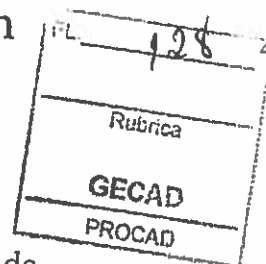
21.4.1.1.2 - Caso a prestação de serviço tenha sido realizada por subconcessão, o atestado fornecido pela subconcedente deverá ser homologado pelo respectivo Poder Concedente, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei Federal 8.987/1995.³

Acreditando fundamentada em princípios gerais de licitação – vinculação ao instrumento convocatório e isonomia, foi proferida sentença julgando improcedentes os pedidos.

Em síntese, sustenta a decisão que:

- a) há inexistência de ilegalidade nas exigências contidas no edital;
- b) há higidez do ato administrativo que impossibilitou seu prosseguimento na licitação;
- c) o atestado de capacidade técnica emitido pela empresa Viação Planalto Ltda. – VIPLAN, em favor da Apelante, não abrangia de forma plena o objeto do edital, referindo-se à descrição dos serviços;
- d) o ente que representa o Poder Concedente, DFTrans, apontou seu desconhecimento sobre a “subconcessão” da empresa Viação Planalto Ltda – VIPLAN. e a Apelante.

³ Ver Doc. 07. O destaque em negrito não consta do original.



3. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A sentença de primeiro grau merece ser reformada.

A exigência de **homologação** do atestado, prevista na cláusula 21.4.1.1.2. do edital, é incompatível com os princípios e leis que regem as licitações públicas.

3.1. Da ilicitude da exigência de atestado

Com vistas a preservar a competitividade, há na Lei de Licitações expressa limitação sobre as exigências de qualificação técnica, **limitadas àquelas previstas nos artigos 27 a 31.**⁴

Na lei não há a mínima alusão à necessidade de homologação de atestados pelo Poder Público, daí porque o edital inova ilicitamente no certame, afrontando não só a lei, mas consolidada jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, conforme se lê:

[...] a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão 'limitar-se-á', elenca de

⁴ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. "Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] II - qualificação técnica; [...] Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente; II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a: a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior 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; b) (VETADO) § 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; [...]". (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)



forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante. [...]

3.2. Da prática em licitações quanto à verificação de atestados

Rotineiramente em licitações, na forma da lei,⁶ se existirem indícios quanto à falta de idoneidade ou fidedignidade de atestados, apresentados os documentos, compete à Comissão de Licitação ou ao Pregoeiro e sua equipe diligenciarem as informações neles constantes.

O TCU ratifica a medida e o momento processual dessa diligência, em inúmeros julgados.⁷

3.3. Da homologação como quebra de sigilo na licitação

Há uma lógica quanto à vedação prévia de outras exigências senão aquelas previstas em lei para capacidade técnica e o momento processual para a verificação da idoneidade ou fidedignidade dos atestados: a preservação da legalidade e moralidade do certame, e, via de consequência, o sigilo das propostas.⁸

Assim, ao contrário do que aparentemente prezou a sentença em seus fundamentos, em verdade a exigência prévia de homologação pelo Poder Público do atestado quebrou flagrantemente esses princípios, além da própria isonomia.

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 739/2001. Acórdão nº 597/2007 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 12 set. 2014.

⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo nº TC 003.795/2013-6. Acórdão nº 944/2013. Relator Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em 12 set. 2014.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. “Art. 3º [...] § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. **Negrito não consta do original.**



Ocorre que, antes mesmo de deflagrado o certame, sendo poucas as empresas representantes do mercado, e, algumas, desprovidas da ilegal homologação, já se sabia quem compareceria à licitação.⁹

⁹ Ver trecho da decisão: DISTRITO FEDERAL. Segunda Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Processo nº 2013.01.1.137964-2. Partes: Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e cidadania - ABRADEC, e Distrito Federal - DF. Decisão de 26 de setembro de 2013 em sede de liminar. "[...] No caso em deslinde, a liminar requerida deve ser deferida a fim de suspender os efeitos dos negócios jurídicos celebrados pela Administração Pública com as sociedades empresárias Viação Piracicabana Ltda. e Viação Pioneira Ltda, em virtude de infringência à regra contida no art. 13, inc. II da Lei nº 9784/1999, sendo de se investigar no caso em exame, no curso dos presentes autos: 1) a participação do Advogado, Sr. Sacha Brekwnfeld Reck na produção de atos administrativos da alçada exclusiva dos agentes da Administração Pública legalmente investidos para essa finalidade; 2) a participação de sociedades empresárias pertencentes a um mesmo grupo econômico, frustrando o caráter competitivo do certame e 3) o pretenso favorecimento da sociedade empresária Viação Marechal Ltda e das integrantes do 'Grupo Constantino'. Os elementos constantes nos autos são suficientemente claros a respeito da existência de vícios de forma na consecução dos atos retratados na petição inicial, ocasionando assim a incidência da regra contida no art. 2º, letra "b", da Lei nº 4747/1965, o que gerou, por parte da ABRADEC, o justo receio de que tenha havido indevido direcionamento do certame licitatório para beneficiar as sociedades empresárias pertencentes ao 'Grupo Constantino'. Os elementos probatórios coligidos aos autos são suficientemente claros para a finalidade de autorizar a concessão da liminar pleiteada. Por essas razões, com fundamento no art. 12 da Lei nº 7347/1985, e, por visualizar a presença da relevância dos fundamentos do pedido, bem como do perigo da demora, defiro a liminar vindicada a fim de suspender a execução dos contratos firmados pelo réu, submetidos aos termos do Edital de Licitação de Concorrência Pública nº 001/2011 - ST, nos moldes dos itens "a" a "c" do pedido (fls. 46-47), ressaltando que o réu e seus prepostos incorrerão em multa pecuniária (art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC) no montante diário de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), para o caso de descumprimento ao preceito, sem prejuízo das cominações para o caso de desobediência, prevaricação, ou improbidade administrativa - artigos 4º e 11, inc. II, da Lei nº 8429/92 - ou crime de responsabilidade - art. 4º c/c artigos 12 e 74 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Desde já e *ad cautelam*, extraia-se cópia dos presentes autos, remetendo-os ao Ministério Público, para que, se assim entender, examine a questão à luz do art. 10, inc. VIII e art. 11, ambos da Lei nº 8429/1992." (Grifos não constam do original).

Ver trecho da decisão: DISTRITO FEDERAL. Primeira Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Processo nº 2013.01.1.092892-0. Partes: Eliete Maria de Souza e Regina Celina e Distrito Federal. Decisão de 26 de setembro de 2013 em sede de liminar. "[...] O conjunto de elementos dos autos indicam a ocorrência de fraude ao sistema concorrenciais: "Escritório de Advocacia Guilherme Gonçalves & Sacha Reck é contratado como "empresa" para prestar consultoria jurídica, não sendo apresentado procedimento administrativo de licitação ou de dispensa/inexigibilidade de licitação. "O Escritório atua de forma incisa e constrangedora, definindo o conteúdo das decisões administrativas. Inclusive com tendo o Advogado Sacha Reck assumido atividades ordinárias da Comissão de Licitação, como a digitação da Ata de Entrega de Envelopes. "Empresas que haviam utilizado os serviços advocatícios do Escritório de Advocacia Guilherme Gonçalves & Sacha Reck anteriormente são habilitadas nos certames. Ou seja o escritório que faz a consultoria jurídica confere parecer favorável às empresas que são suas clientes, sem indicar qualquer ressalva de suspeição. "O Escritório de Advocacia Guilherme Gonçalves & Sacha Reck atua como órgão público, na medida em que presta consultoria jurídica para comissão licitatória, mas não utiliza-se dos princípios da Administração, mormente a isonomia. "As empresas vencedoras recebem tratamento privilegiado da Comissão de Licitação. A Empresa Viação Piracicabana recebeu a benesse de entregar inúmeros documentos posteriormente à fase de habilitação. O que indica tratamento privilegiado, proibido no sistema licitatório. "As empresas vencedoras oferecem propostas no valor máximo permitido na licitação. Afigura-se estranho que empresas do porte das empresas vencedoras não tenham apresentado propostas em valores menores para concorrerem à licitação. Vez que se qualquer outra empresa habilitada apresentasse proposta de R\$0,01 (um centavo) menor já se sagrariam vencedora. "A Empresa Auto Viação Marechal, vencedora da Bacia 04 apresentou proposta de 2,7192, ao passo que a proposta máxima era do mesmo valor de 2,7192. Esse comportamento não é usual nem esperado. Toda empresa grande apresenta proposta que permita um mínimo de concorrência com as demais empresas. A proposta indicada pela empresa vencedora indica que esta empresa tinha certeza quanto à inexistência de outros candidatos habilitados na



FL. 131
Rubrica
GECAD
PROCAD

Exigir-se a homologação do atestado previamente ao invés de diligenciar o documento no deslinde do certame somente serviu para identificar previamente os concorrentes, o que é nitidamente imoral e prejudicial à isonomia de uma contratação pública, conforme se lê do seguinte excerto de acórdão:

[...] o Ministro Relator Guilherme Palmeira do TCU no Acórdão 31/2000: "O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes e de suma importância para a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como da subjetividade do julgamento (...). Daí porque, mesmo sem mencioná-lo expressamente, a Lei 8666/93 acatou o princípio do sigilo na apresentação das propostas ao prescrever que o conteúdo delas não é público nem acessível ao público até o momento previsto para a sua abertura (art. 3º, § 3º)".¹⁰

3.4. Do rigor ilegal à forma de comprovação

Outro ponto a se considerar é que a experiência prévia a ser exigida na licitação não precisa ser idêntica à do objeto que se pretende licitar, conforme leciona Marçal Justen Filho:

Em primeiro lugar, não há cabimento em impor a exigência de que o sujeito tenha executado no passado obra ou serviço exatamente idêntico ao objeto da licitação. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço exatamente idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado. Mas também se deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado pode ser evidenciada por meio da execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos. Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado – a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto.¹¹

concorrência. O que gera grandes suspeitas em relação ao procedimento licitatório e ao resguardo da amplitude de concorrência.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 25591/ DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário de Justiça, 25 nov. 2005, p. 037.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética. p. 441.



3.4. Da efetiva prestação dos serviços

A Apelante fez juntada de atestado de capacidade técnica emitido pela VIPLAN¹² para comprovar a prestação dos serviços na Concorrência nº 01/2011-ST/DF, além de outras provas.

Com efeito, pelo contrato firmado entre a VIPLAN e a Apelante,¹³ que acompanhou o referido atestado fornecido na licitação, depreende-se que a delegação dos serviços não se limitou à gestão de manutenção da frota, mas à própria gestão operacional.

“Operacional” significa “relativo a uma operação ou procedimento”,¹⁴ e, nesse sentido, coaduna-se com a própria execução da operação das linhas subcontratadas da VIPLAN, tanto que a Cláusula Segunda do referido Instrumento Contratual cita que:

A Contratante provisionará, em favor da Contratada, o valor equivalente a R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) ônibus/ano; tal valor será necessariamente reservado para fazer face à integralização de 50% (cinquenta por cento) do capital social a ser subscrito **numa empresa operadora do mesmo sistema de gestão em transporte** [da contratada].

As palavras têm sentido definido para contribuir, uniformizar e manter a unidade da língua, não podendo a Administração e seus defensores lhes empregar outro sentido.

O objetivo da exigência de comprovação da capacidade operacional ficou mais do que evidenciado nos autos.

3.5. Da autorização prévia do DF mediante lei distrital

Ao que se apura, a contratação de empresas antes da Concorrência nº 01/2011-ST/DF, para prestação de serviços de transporte público coletivo de passageiros, era feita apenas por intermédio de permissão, e regia-se pelo arcabouço legal fixado pelo DF.

Pelas normas distritais e pelo modelo adotado, às permissionárias do STPC/DF era facultado “celebrar [...] contratos de locação de ônibus de sua frota cadastrada no Órgão Gestor, **para operarem, em seu nome** [da

¹² Fl. 179 do processo.

¹³ Fls. 184 a 187-v do processo.

¹⁴ UOL.

Dicionário

Michaelis.

Disponível

em: http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/operacional%20_1011817.html. Acesso em: 29 jul. 2014.



permissionária], nas linhas em que estiverem alocados”.¹⁵ Nesse sentido, a autorização decorria da própria lei distrital.

Nesses moldes, a Apelante, fundada na referida norma, legitimamente firmou contrato com a Viação Planalto Ltda. – VIPLAN, originalmente permissionária do transporte público coletivo, para manutenção e operacionalização desses serviços no DF.

Não havia norma que obrigasse a expressa autorização da Administração Pública no contrato entabulado entre a permissionária e a Apelante, conforme modelo adotado. Explica-se:

- a) primeiramente, porque a lei distrital, ao dispor sobre o contrato com a permissionária, não fez ressalva a essa obrigatoriedade; e
- b) **por conseguinte, porque o vínculo entre as partes não pode se caracterizar em hipótese alguma como subconcessão prevista na lei federal.**¹⁶

Assim, conforme o primeiro argumento – alínea “a” acima, inexistindo ressalva legal, não cabe ao intérprete fazê-lo. Se assim proceder, impondo restrição não prevista em lei, a Administração – e o julgador – afastam-se do princípio hermenêutico segundo o qual “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”, ou *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Segundo o outro argumento – alínea “b” acima, o contrato entabulado entre a Apelante e a VIPLAN, por força de autorização de norma distrital, não se conforma à definição da Lei de Concessões sobre subconcessão: a norma estabelece como regra que a subconcessionária se sub-roga em todos os direitos e obrigações da subconcedente.¹⁷

Com efeito, pela leitura do dispositivo da norma distrital em comento, a operação dos veículos alocados, cadastrados perante o órgão gestor, permaneceria em nome da permissionária – VIPLAN.¹⁸ Ou seja, **não havia sub-rogação de todos os direitos e obrigações.**

¹⁵ DISTRITO FEDERAL. Lei nº 2.843, de 14 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o Serviço de Transporte Público Convencional Autônomo. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/SINJ/>>. Acesso em: 12 set. 2014. Art. 5º. Grifos não constam do original.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 12 set. 2014.

¹⁷ *Ibidem*. . “Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. § 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência. § 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.”

¹⁸ DISTRITO FEDERAL. Lei nº 2.843, de 14 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o Serviço de Transporte Público Convencional Autônomo. Disponível em: <<http://www.tc.df.gov.br/SINJ/>>. Acesso em: 12 set. 2014. Art. 5º.



626
134 10
RUBICA
GECAR
PROCAR

A natureza da relação entre as partes ~~era~~ **era sim**, de subcontratação e, não, de subconcessão da linha de operação, conforme brilhante exposição do jurista Antônio Carlos Cintra do Amaral:

É frequente fazer-se confusão entre subcontratação, subconcessão, [...]. A distinção pode ser exposta dizendo-se que na subcontratação a relação jurídica de concessão permanece imutável, assim como a responsabilidade da concessionária pela prestação do serviço concedido. Na subconcessão, parte da concessão é desmembrada e transferida a um terceiro. Efetuada a subconcessão, ter-se-á, ao invés de uma concessão, duas ou mais concessões.¹⁹

Em se tratando de situação típica, regulada por lei distrital, não há enquadramento da Lei Federal de Concessões, vez que não tem natureza de subconcessão a relação entre a Apelante e a Viação Planalto Ltda. – VIPLAN.

3.6. Da notória falta de controle administrativo à época das operadoras de serviços no DF

Ao contrário do que sustenta a decisão, o DFTrans não detinha efetivo controle administrativo das operadoras à época dos fatos, por exclusiva culpa dos seus agentes, que habilitavam linhas de operação de empresas sem a referida – e questionável – autorização prévia administrativa. Daí porque eventual consideração daquela autarquia sobre “desconhecimento sobre a subconcessão atestada” não merece guarida no processo em causa, em prejuízo da Apelante para participar do certame.

Note-se que em processo de controle, que tramita junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF, há evidências circunstanciadas da falta de controle administrativo sobre os veículos e linhas de operação:

Causa preocupação a não apresentação [pelo DFTrans] de informações relevantes [...] além da mora em implementar ações no sentido de coibir procedimentos irregulares dos operadores do STPC-DF, como a operação de linhas irregulares e sobre linhas de outras operadoras, a utilização de veículos não autorizados pela autarquia a não correção da tarifa determinada para o Serviço Vizinhança, e a não comprovação de instauração de processos correccionais para responsabilizar os servidores envolvidos com as irregularidades.²⁰

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de serviço público: Distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização. Disponível em: <http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/24.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

²⁰ Doc. 01: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Processo nº 12.102/2012. Auditoria Interna.



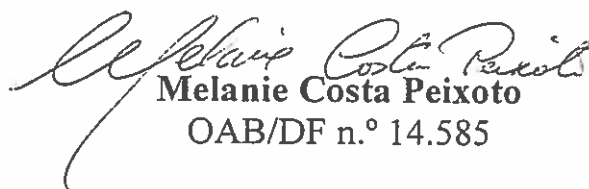
4. DO PEDIDO

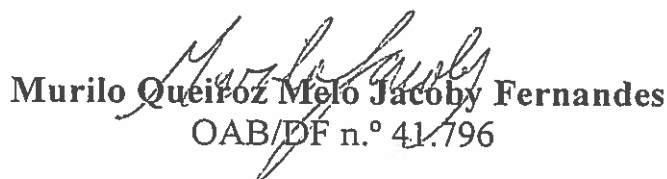
Ante o exposto, requer:

- a) autuar e processar o recurso, dispondo os efeitos em que recebida a Apelação;
- b) citar a Apelada para, querendo, apresentar contrarrazões;
- c) conhecer e prover o recurso pela instância superior com vistas a reformar a sentença que julgou improcedentes os pedidos, **deferindo na íntegra os pedidos constantes na petição inicial;**
- d) condenar a Apelada ao ressarcimento das custas e ao pagamento de honorários advocatícios conforme os requisitos da lei processual civil; e
- e) que todas as publicações sejam feitas em nome dos seus patronos, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, OAB/DF nº 6.546, Jaques Fernando Reolon, OAB/DF nº 22.885, Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes, OAB/DF nº 41.796, e Melanie Costa Peixoto, OAB/DF nº 14.585, sob pena de nulidade.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Brasília, 15 de setembro de 2014.


Melanie Costa Peixoto
OAB/DF n.º 14.585


Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes
OAB/DF n.º 41.796

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
OAB/DF n.º 6.546