



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 09/02/11 EXAME PRÉVIO DE EDITAL – MUNICIPAL

PROCESSO: TC-043422/026/10
REPRESENTANTE: Auto Viação São José Ltda.
REPRESENTADA: Prefeitura Municipal de Marília
ASSUNTO: Representação contra o edital da concorrência n.º 22/10, certame processado pela Prefeitura de Marília para outorgar a exploração de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (lote 01 – norte)
ADVOGADOS: José Alberto da Costa Villar (OABSP 79.402) e Ana Laura Teixeira de Souza (OABSP 178.553)

PROCESSO: TC-043423/026/10
REPRESENTANTE: Auto Viação São José Ltda.
REPRESENTADA: Prefeitura Municipal de Marília
ASSUNTO: Representação contra o edital da concorrência n.º 23/10, certame processado pela Prefeitura de Marília para outorgar a exploração de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (lote 02 – sul)
ADVOGADOS: José Alberto da Costa Villar (OABSP 79.402) e Ana Laura Teixeira de Souza (OABSP 178.553)

PROCESSO: TC-044096/026/10
REPRESENTANTE: Expresso Regional Transportes Ltda.
REPRESENTADA: Prefeitura Municipal de Marília
ASSUNTO: Representação contra o edital da concorrência n.º 22/10, certame processado pela Prefeitura de Marília para outorgar a exploração de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (lote 01 – norte)
ADVOGADOS: José Ricardo Biazzo Simon (OABSP 127.708) e outros

PROCESSO: TC-044097/026/10
REPRESENTANTE: Expresso Regional Transportes Ltda.
REPRESENTADA: Prefeitura Municipal de Marília
ASSUNTO: Representação contra o edital da concorrência n.º 23/10, certame processado pela Prefeitura de Marília para outorgar a exploração de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

ADVOGADOS: serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (lote 02 – sul)
José Ricardo Biazzo Simon (OABSP 127.708) e outros

PROCESSO: TC-044336/026/10
REPRESENTANTE: Expresso Infinity Transportes Rodoviários e Logística Ltda., por seus sócios-diretores Manoel Edson Barbosa e José Roberto Lopes

REPRESENTADA: Prefeitura Municipal de Marília
ASSUNTO: Representação contra o edital da concorrência n.º 23/10, certame processado pela Prefeitura de Marília para outorgar a exploração de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (lote 02 – sul)

PROCESSO: TC-044337/026/10
REPRESENTANTE: Expresso Infinity Transportes Rodoviários e Logística Ltda., por seus sócios-diretores Manoel Edson Barbosa e José Roberto Lopes

REPRESENTADA: Prefeitura Municipal de Marília
ASSUNTO: Representação contra o edital da concorrência n.º 22/10, certame processado pela Prefeitura de Marília para outorgar a exploração de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (lote 01 – norte)

RELATÓRIO

Auto Viação São José Ltda., Expresso Regional Transportes Ltda. e Expresso Infinity Transportes Rodoviários e Logística Ltda. formularam representações em face dos termos dos editais das concorrências n.º 22/10 (lote 01 – norte) e n.º 23/10 (lote 02 – sul), tipo menor valor de tarifa, certames processados pela



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Prefeitura de Marília com propósito de outorgar a exploração do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros.

De acordo com a representante Auto Viação São José Ltda., há irregularidades nos seguintes aspectos dos editais:

a) falta de ato prévio justificando a conveniência da outorga dos serviços, bem como de legislação autorizadora; b) dúvida quanto à fórmula de cálculo do dever, imposto à concessionária, de pagamento mensal e equivalente a 1% (um por cento) do total mensal arrecadado em função das tarifas cobradas de usuários (item 1.8); c) indicação do valor estimado da concessão em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal, porquanto haveria de considerar apenas a quantia de investimentos realizados ao longo do contrato, não a receita prevista (item 8.5.1); d) eleição de índices, como requisito de qualificação econômico-financeira para efeito de habilitação, sem a devida justificativa (itens 8.1.1 e 8.1.2); e) necessidade de que a frota de veículos seja transferida para o Município de Marília (item 4.5, 4.5.1 e 4.5.2); f) visita técnica obrigatória (itens 6.4, 6.5 e 7.3.1), como condição de habilitação, embora tal providência não figurasse no rol de documentos relacionados com a fase de habilitação; g) exigência de garagem instalada no município, colocada como requisito de participação no



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

certame e a despeito da vedação legal estatuída pelo § 6º, do artigo 30 da Lei n.º 8666/93 (item 4.6 e Anexo III); h) cumulação de garantia de proposta com a prova de capital social mínimo (itens 8.3 e 8.4); e i) vedação à formação de consórcios (item 3.4).

Para representante Expresso Regional Transportes Ltda., os editais padecem dos seguintes vícios: a) ausência de parâmetros quantitativos para efeito de determinação do número de viagens realizadas, no âmbito da demonstração da qualificação operacional das licitantes (item 7.1.2.2.1); b) exigência de experiência em até 100,0% do quantitativo de serviços estabelecido no objeto, em ofensa à Súmula n.º 24 deste Tribunal (item 7.1.2.2.1); c) obrigatoriedade de que, no caso de subcontratação, os atestados apresentados pela licitante (subcontratada) tenham sido emitidos por outra empresa privada (subcontratante), ofendendo o disposto no artigo 30, II, §1º, da Lei n.º 8666/93 (item 7.1.3); d) afastamento de empresas com experiência anterior em serviços de transporte rodoviário ou coletivo urbano intermunicipal, já que a qualificação operacional está restrita ao transporte público coletivo urbano de passageiros, situação que contraria a Súmula n.º 30 desta Corte (item 7.1.2.1); e) estipulação da garantia de proposta, do capital social mínimo e garantia de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

execução contratual com base no valor da remuneração da permissionária, não nos investimentos (item 8); f) necessidade de que a garagem seja localizada no município, afrontando a Súmula n.º 16 deste Tribunal; g) inobservância do prazo previsto no artigo 21, § 2º, II, *a*, da Lei n.º 8666/93, em decorrência da limitação de prazo para realização de visita técnica; h) fixação de parâmetro de qualidade impossível de ser atendido pela concessionária, em razão da ausência de definição acerca do que vem a ser "*horário programado*" (item 2.4.2); i) vedação à formação de consórcios (item 3.4.1); j) exiguidade do prazo para implantação dos sistemas e possibilidade de substituição dos veículos seminovos nos primeiros 04 (quatro) anos de contrato, beneficiando o atual operador do serviço (itens 4.3, 4.6 e 4.7); l) contradição entre cláusulas quanto à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste (itens 13.14 e 21.3.2); e m) ilegalidade da previsão relacionada com a possibilidade ou não de utilização de receitas alternativas, inclusive por inexistirem cláusulas referenciadas pelo próprio instrumento (itens 11.1 e 4.6.1 e 4.6.3).

De sua vez, a representante Expresso Infinity Transportes Rodoviários e Logística Ltda. combateu os seguintes pontos dos instrumentos: a) qualificação operacional mediante



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

fornecimento de atestados que comprovem realização de transporte coletivo urbano por ônibus e/ou micro-ônibus, embora a legislação e a Súmula n.º 30 deste Tribunal permitam apenas demonstração de experiência em atividades similares, como por exemplo, o transporte coletivo intermunicipal, interestadual, rodoviário ou suburbano (item 7.1.2.1); b) qualificação econômico-financeira por intermédio de garantia da proposta e capital social mínimo fixados com base no valor total estimado para todo o período da contratação, posto que devessem estar limitados à quantia correspondente aos 12 (doze) meses de vigência do contrato e, no caso do capital, sem integralização (itens 8.3 e 8.4); c) ausência de cláusulas obrigatórias na minuta do termo contratual (Anexo MA_10-Anexo X).

Na sessão do último dia 02 de fevereiro, este E. Plenário referendou medidas liminares concedidas para efeito de receber as matérias no rito do Exame Prévio de Edital, com as providências de estilo.

Em resposta, o responsável legal apresentou justificativas subscritas pelo Presidente da Comissão Especial de Licitação, alegando basicamente que: a) a conveniência da outorga dos serviços foi devidamente justificada por ocasião do envio do projeto de lei que culminou na aprovação da Lei Municipal n.º



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

7166/10, a qual autorizou e regulamentou a concessão do serviço de transporte coletivo urbano no Município de Marília; b) o dever imposto às concessionárias de pagamento mensal e equivalente a 1% do total mensal arrecadado, em função das tarifas cobradas dos usuários, já foi utilizado em licitação processada pela EMTU/SP e corresponde a 12,6% do lucro; c) o valor da concessão foi estimado conforme o disposto nas Leis n.º 8666/93 e 8987/95, não sendo aplicáveis decisões deste Tribunal voltadas para serviços pagos com verbas públicas orçamentárias; d) os índices de qualificação econômico-financeira foram estabelecidos para dar garantias mínimas de solidez e estão de acordo com a jurisprudência do TCE; e) a exigência de que os veículos utilizados tenham registros (RENAVAM) transferidos para o Município de Marília deve ser cumprida após a efetivação do contrato, não representando condição prévia de participação; f) a visita técnica é rotineira em licitações de concessão de transporte, sendo parte das prerrogativas da concedente incluí-la como exigência ou não; g) a instalação de garagem no Município deverá ser providenciada após a efetivação do contrato; h) a acumulação de garantia de proposta e prova de capital social mínimo está compatível com a lei; i) a proibição de consórcio não é vedada pela Lei n.º 8666/93, além do que o edital segue a regra do artigo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

2º, § 1º, da Lei Municipal n.º 7.166/10; j) a experiência das licitantes poderá ser comprovada por documentos de qualquer época, sem restrição de antiguidade, e está limitada a 39,32% da quantidade de viagens previstas para 15 (quinze) anos de contrato; l) os atestados emitidos por empresas privadas deverão ser aceitos, ressaltando que, em se tratando de serviços públicos, é necessária a confirmação dos dados apontados pelo Gestor Público; m) a licitação é específica para transportes coletivos urbanos, não servindo prova de execução anterior de transportes rodoviários, os quais usam veículos similares, mas atendem finalidades diversas, em condições operacionais muito diferentes; n) o valor da garantia da proposta foi estabelecido conforme as Leis n.º 8666/93 e n.º 8987/95; o) a instalação de garagem no município deve ser atendida isonomicamente por todos e decorre da necessidade de se fiscalizar o estado de conservação da frota da concessionária, além de permitir a intervenção do Poder Concedente na gestão da operação, assumindo a prestação do serviço nas condições previstas pelo edital; p) a limitação do prazo para realização de visita técnica, na forma contextualizada pela representante, não seria realista, porquanto não é possível preparar proposta em 03 (três) dias; q) é perfeitamente possível e exigível que 90% das viagens partam no horário pré-estabelecido, dentro da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

tolerância do minuto; r) o prazo de 90 (noventa) dias para implantação dos sistemas não é exíguo, mas amplamente suficiente, tendo sido adotado em diversas licitações já examinadas pelo TCE e Poder Judiciário; s) a faculdade na substituição de veículos seminovos configura regra que se aplica a todos, cabendo aos proponentes optarem por começar a operação com ônibus novos ou seminovos; t) é garantido ao contratado o reequilíbrio econômico-financeiro sempre que ocorrerem as situações prevista no edital e de acordo com as condições da proposta, não cabendo ao Poder Público garantir quantidades mínimas de passageiros; u) se autorizadas, as receitas complementares favorecem a modicidade das tarifas, beneficiando os usuários, ressaltando que não gera insegurança alguma para o proponente saber se determinada atividade complementar, prevista ou não, será aprovada pelo Poder Público; v) a minuta de contrato anexada é clara no sentido de que a Lei n.º 8987/95 é parte integrante do mesmo e as obrigações impostas por ela devem ser atendidas pelo futuro contratado.

Assessoria Técnica e Chefia de ATJ pugnaram pela retificação dos editais quanto às regras de qualificação técnica e econômico-financeira, instalação de garagem no município, visita técnica, vedação de consórcios, utilização de receitas alternativas,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

indicação do valor estimado da concessão, registro e transferência de veículos para o Município de Marília e obrigações contratuais decorrentes da lei, além de considerar necessária publicação de ato justificando a conveniência da outorga do serviço, sem prejuízo do aprimoramento de redações ou de maiores esclarecimentos a respeito de cláusulas voltadas à definição do termo "*horário programado*" e da fórmula de cálculo do pagamento de 1% sobre a receita de tarifas cobradas dos usuários, opinando, portanto, pelas procedências parciais das representações.

Para SDG, cabe correção na disciplina voltada à qualificação técnica e econômico-financeira, construção de garagem no município, substituição de seminovos e transferência do registro dos veículos, visita técnica, receitas alternativas, vedação de consórcios e cláusulas contratuais, além de faltarem esclarecimentos a respeito da fórmula de cálculo de 1% devida pela concessionária e de, manifestando-se pelas procedências parciais.

É o relatório.

ARPH



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

VOTO

Por ocasião da apreciação da matéria abrigada no expediente TC-043043/026/10, a propósito do qual indeferi pedido suscrito por Três Marias Transportes Ltda., igualmente deduzido contra edital da concorrência n.º 22/10, da Prefeitura de Marília (DOE de 15/12/10), abordei, ainda em juízo preliminar, algumas questões que foram objeto de impugnações nos presentes autos, razão pela qual reproduzo e reitero a fundamentação lá expendida, *verbis*:

"(...)

No tocante à crítica endereçada contra regra de qualificação econômico-financeira (itens 8.3 e 8.4), recordo que este Tribunal tem se posicionado há algum tempo no sentido de admitir a cumulação de garantia de participação na licitação e a prova de capital social mínimo, conforme enunciado n.º 27 da Súmula de nossa jurisprudência ('SÚMULA Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência').



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Ademais, o recolhimento da caução de participação, assim previsto no item 8.3, está autorizado pelo inciso III, do artigo 31 da Lei n.º 8666/93 – não se confundindo com a garantia contratual do artigo 56 do mesmo diploma legal – e vai até o último dia útil anterior à data prevista para entrega dos envelopes, não havendo supressão do período legal de elaboração e apresentação dos documentos exigidos para participação na concorrência.

Com relação à suposta falta de autorização legal para outorga do referido serviço público, verifico que o próprio edital faz referência à Lei Municipal n.º 7.166, de 17 de agosto de 2010 (anexo XVI), justamente a parte do edital que não foi apresentada pela representante, mas pode ser confirmada por consulta pública ao site da Câmara de Vereadores de Marília (www.camar.sp.gov.br – acesso em 13 de dezembro de 2010, às 16h50).

Por derradeiro, a exigência de que a concessionária disponha de frota de veículos licenciados no local da prestação do serviço (item 4.5.1), permitindo o edital, inclusive, a realização transferências caso haja veículos licenciados em outros municípios (item 4.5.2), não representa



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

necessariamente condição de participação no certame, uma vez que submetida apenas à licitante vencedora.

Sem embargo de eventuais opiniões em sentido contrário, entendo que tal obrigação apenas decorre do ordenamento jurídico em vigor, especialmente quanto à necessidade de que veículos sejam registrados perante a repartição de trânsito com jurisdição no local de domicílio ou residência do proprietário (artigo 120 e § 2º, do artigo 123, ambos do Código de Trânsito Brasileiro).

De outra parte, prescreve o § 1º, do artigo 75 do Código Civil, que 'Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados', razão pela qual não vislumbro patente desconformidade do disposto nos itens 4.5.1 e 4.5.2 com a legislação de regência".

Corroborando tal posicionamento, devo acrescentar que o tratamento dado pelo edital para registro da frota da futura concessionária advém da norma do artigo 22, § 1º e 2º, da Lei Municipal n.º 7166/10, segundo o qual "As empresas vencedoras da concessão deverão ter todos os veículos de sua frota licenciados no Município de Marília" e "No caso de veículos licenciados em outras



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

localidades, a concessionária deverá transferir as licenças dos veículos para o Município de Marília, seguindo o cronograma do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN para renovação do licenciamento, sob pena de incorrer em multa contratual”, devendo, portanto, ser mantida a disposição editalícia neste mesmo sentido.

Afora os aspectos já afastados no exame do mencionado expediente (TC-043043/026/10 – DOE de 15/12/10), entendo que há justificativa e base legal para outorga do serviço público aos particulares, na medida em que a própria Lei Municipal n.º 7.166, de 17 de agosto de 2010, já prescreve expressamente essa faculdade (art. 2º), além do que foi convocada audiência pública para tratar do tema com interessados em geral, assim como edital publicado no Diário Oficial do Município de Marília, edição de 28 de agosto de 2010 (disponível em <https://diariooficial.marilia.sp.gov.br/>; consulta realizada em 16 de dezembro de 2010, às 15h43).

De igual maneira, as críticas endereçadas contra suposta complexidade da fórmula de cálculo do pagamento mensal devido pela concessionária ao Poder Público (item 1.8), valor total estimado do contrato (item 8.5.1) ou vedação à formação de consórcios (item 3.4) sucumbem pela existência de previsões inequívocas contidas na própria Lei Municipal n.º 7.166/10 (artigos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

2º, §1º, 6º e 7º), estando o edital, também nestes aspectos, em perfeita harmonia com referido diploma normativo.

Quanto aos índices econômicos adotados (Liquidez Corrente não inferior a 1,0 e Grau de Endividamento não superior a 0,5), noto que os percentuais estão aparentemente dentro de patamares admitidos pela jurisprudência da Corte, além do que as justificativas não devem figurar propriamente nos instrumentos convocatórios, apesar de necessariamente constarem dos autos das licitações.

De sua vez, a imposição de visita técnica a todos interessados está absolutamente condizente com o objeto e conta com previsão do inciso III, do artigo 30 da Lei n.º 8666/93, podendo, assim, servir de requisito de habilitação.

Ademais e diante das circunstâncias do caso concreto, não vejo absoluta impropriedade na sua realização em *"até dois dias úteis antes da data da entrega das propostas e o agendamento, com dois dias úteis de antecedência mínima"* (item 1.6), assim como resolvido pelo edital e supostamente de acordo com a melhor forma de organização dos trabalhos.

Já a alegada contradição entre cláusulas de proteção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, segundo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

interpretação dada por uma das representantes, deverá ser mais bem examinada por conta da prestação do serviço, se e quando ocorrer alguma das hipóteses previstas na legislação de regência ou nos próprios termos dos instrumentos subscritos pelo Poder Concedente e concessionária.

Além disso, ressalto que essa matéria é fortemente regulada pelo ordenamento jurídico vigente (inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal e artigo 65, II, "d", da Lei n.º 8666/93), devendo a Administração cuidar para que, ao longo dos anos, a equação econômico-financeira não se distancie das condições concretamente estampadas na proposta vencedora do certame.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza a lição de Marcel Waline¹, segundo o qual o equilíbrio econômico-financeiro é:

"(...) a relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratado e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; desde então esta equivalência não mais pode ser alterada".

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso, 2007, p. 683. *Apud* WALINE, Marcel. Droit Administratif. 5ª ed. Paris: Sirey, 1963, p. 618.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Superados os aspectos que reputo impertinentes no universo das impugnações apresentadas, passo a externar os motivos pelos quais os editais deverão ser aperfeiçoados, delimitado pela abrangência dos pedidos formulados pelas representantes.

A qualificação técnica por intermédio de atestados limitados à execução anterior de transporte coletivo de passageiros, especificamente urbano e em serviço público municipal (item 7.1.2.1), já foi condenada por este Tribunal (cf. TC-012952/026/09, E. Tribunal Pleno, Sessão de 06/05/09, eminente Conselheiro Fulvio Julião Biazzini; e TC-036269/026/09, T. Pleno, sessão de 25/11/09, sob minha relatoria).

Mantendo-me alinhado com referidos precedentes, precisa o edital considerar que a capacitação das licitantes haverá de ser medida a partir de contratos de prestação de serviços genéricos de transporte coletivo, tenham sido estes executados no ambiente urbano ou não.

Mesmo que não se cogite de utilizar o prazo geral e anual de duração dos contratos para balizar a regra de qualificação técnica – já que a concessão de serviço público está disciplinada principalmente pela Lei n.º 8987/95 – cumpre ao Poder



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Concedente igualmente observar que o mínimo indispensável para evidenciação dessa experiência, assim prescrito desde o inciso XXI, do artigo 37 da Constituição da República, não permitiria fixar quantidades de trajetos para todos os 15 (quinze) anos da concessão, posto que cada ano considerado, além do primeiro de contrato, duplicará inadvertidamente a exigência do requisito.

De certa maneira, se em um ano a licitante comprova ter executado certa quantidade de serviços minimamente equiparável àquela prevista para um ano de concessão, por exemplo, é possível inferir que, sob o ponto de vista técnico-operacional, essa empresa reúne condições de honrar o contrato por qualquer outro período, menor ou maior.

Assim sendo, os quantitativos mínimos de viagens realizadas também deverão ser reestudados pelo Poder Público (item 7.1.2.2, 7.1.2.2.1 e 7.1.2.2.2), inclusive para que se utilize o parâmetro de trajetos executados no período de um ano de duração do contrato, sem prejuízo do disposto no enunciado n.º 24 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal.

A despeito da solução encontrada pela Prefeitura de Marília, dentre várias outras possíveis, penso que desta maneira o edital cuidará de observar a regra de maior



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

competitividade possível ao certame, a fim de que se selecione a proposta mais vantajosa à Administração, sem prejuízo de que as licitantes apresentem a indispensável prova de aptidão técnica.

No ensejo, a qualificação operacional deverá ser aperfeiçoada, ainda, para que se retifique a limitação de apresentação de atestados fornecidos exclusivamente pelo Poder Público ou que, no caso de subcontratação, exija homologação pelo Poder Concedente, na medida em que tais disposições não encontram respaldo no § 1º, do artigo 30 da Lei n.º 8666/93.

De fato, a jurisprudência deste Tribunal não tem condenado a estipulação de valor máximo do contrato, se feito em função de toda receita prevista para concessão.

Ao contrário e até onde se sabe, tem sido coibida a fixação de requisitos de qualificação econômico-financeira com base no valor somado de receitas e investimentos para o prazo total de duração da concessão.

No caso dos autos, há menção de investimentos iniciais da ordem de aproximadamente 17,4 milhões de reais (item 2.6), ao lado das receitas tarifárias em torno de 19,7 milhões de reais anuais ou de 295,8 milhões de reais para 15 (quinze) anos de contrato (item 8.5.1).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Consideradas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a complexidade e grau de risco do serviço de transporte de passageiros, assim como o forte apelo econômico e a longa duração do contrato daí decorrente, não me parecem que a garantia de proposta e o capital social exigidos, nos valores de 1,0 e 4,0 milhões de reais, respectivamente, estariam restringindo decisivamente a participação de eventuais interessados ao certame.

Sem embargo de tais considerações e pela falta de maiores esclarecimentos a respeito do total de investimentos, deverão os requisitos de qualificação econômico-financeira levar em consideração os valores para investimentos iniciais devidos para cada concessionária, consoante definidos pelo item 2.6 dos editais, na linha de outros precedentes aplicáveis deste Tribunal (cf. TC-016132/026/09, sessão plenária de 17/06/09, de minha relatoria).

Esclareço que a condição de habilitação consubstanciada no capital social mínimo poderá prever sua integralização, em conformidade com a jurisprudência atual da Corte (cf. TC-007395/026/09, T. Pleno, Exame Prévio de Edital, sessões de 04/03/09 e 15/04/09, relator eminente Conselheiro Robson Marinho).

Por outro lado, já havia afirmado, ainda em juízo preliminar, que a exigência de instalações localizadas no



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

município (Anexo III) poderia encerrar privilégio para atual prestadora do serviço público ou afastar potenciais interessados no contrato, especialmente se considerado o prazo de apenas 90 (noventa) dias para início das operações (item 2.5.1).

É verdade que a atual prestadora do serviço sempre obterá alguma vantagem em licitações do gênero, principalmente pelos investimentos realizados ao longo dos anos.

Diante disso e sendo indubitoso que à Administração caberá proporcionar ambiente de livre disputa ao contrato, assegurando igualdade de oportunidades e com vista à seleção da melhor proposta, tocará aos editais fixarem regras que possam, no quanto possível, minorar os efeitos da superioridade naturalmente conquistada pela atual concessionária.

Sob tal perspectiva, o prazo para instalação e funcionamento da garagem em apenas 90 (noventa) dias certamente impediria o acesso de outras licitantes.

Ainda que se possa compreender a necessidade de que o referido espaço físico esteja compreendido nos limites geográficos do Município, em função da competência fiscalizatória tipicamente exercida pelo Poder Concedente, favorecendo, inclusive, o atendimento aos usuários do serviço público, entendo que referido



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

prazo tornaria extremamente dificultada ou até inviabilizada a tarefa da licitante vencedora, notadamente pelas características da sede definidas pelo edital, como a pavimentação e cobertura do pátio, além de prédio administrativo com área não inferior a 150m² (anexo III).

Adotando como paradigma a solução determinada por este Tribunal no exame de edital lançado pela Prefeitura de Cotia para conceder serviço análogo (cf. TC-008536/026/08, sessão plenária de 09/04/08, relator eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga), o ato convocatório deverá prever prazo de instalação de garagem não inferior a 180 (cento e oitenta dias), a contar da assinatura dos contratos.

No ensejo e mesmo que não tenha encontrado defeito na determinação da idade medida de veículos ou na impossibilidade de se substituir os novos no prazo de até 04 (quatro) anos (item 4.3), porque aí estaria respeitada a disciplina do artigo 16 da Lei Municipal n.º 7.166/10, competirá à representada reformular o prazo para implantação do sistema de bilhetagem eletrônica e GPS (item 4.7), harmonizando-o com o novo início das operações.

Quanto à ausência de cláusulas obrigatórias previstas em lei, a boa técnica na elaboração do termo contratual não



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

seria atendida pela simples menção de que referidos diplomas normativos fazem parte do edital ou são aplicáveis à licitação.

Nesse sentido e compulsando os termos dos editais, verifico que realmente não há previsão precisa e específica quanto à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas devida pela concessionária, bem como da publicação de demonstrações financeiras periódicas, exatamente como obrigado pelos incisos XIII e XIV, do artigo 23 da Lei n.º 8987/95.

De igual maneira, deverão ser aperfeiçoados os editais quanto à definição do significado da locução "*horário programado*", no âmbito da pontualidade das viagens realizadas (item 2.4.2), na medida em que se trata de padrão de qualidade mínimo, de interesse das licitantes e do público em geral, interfundo diretamente no modo e custo de execução do serviço.

De acordo com os editais, serão admitidas receitas derivadas de publicidade nos veículos (incluindo bilhetes) no exercício da concessão, desde que autorizadas especificamente Concedente (item 11.1).

Não vislumbro patente ilegalidade em tal aspecto, uma vez que, nos termos da lei, o ato convocatório deve se limitar a prever as possíveis fontes de receitas possíveis, sejam elas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

alternativas, complementares ou acessórias (inciso VI, do artigo 18 da Lei n.º 8987/95).

Sucedem em contrato de longa duração como se dá na concessão de serviço público, a busca pela prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários (artigo 6º da Lei n.º 8.987/95) é particularmente apanhada pela necessidade superveniente de alterações no cronograma de encargos submetidos pelo Poder Público ao concessionário, seja para acrescentá-los, seja para suprimi-los.

É o que pensa Antônio Carlos Cintra do Amaral²,
verbis:

"Os contratos de concessão de serviço público devem ser submetidos a uma revisão periódica, a fim de ajustar-se o planejado ao real e, sobretudo, manter-se ou restabelecer-se o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

É conveniente que o controle do contrato de concessão de serviço público também se faça periodicamente. Mas para que seja efetivamente um 'controle de resultados',

² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Parecer s/nº. Processo TC-012639/026/00, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Contrato de concessão. Questões da execução contratual. Consultante Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões dos Serviços Públicos, da Secretaria dos Transportes do Governo do Estado de São Paulo. São Paulo, 15 de abril de 2002.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

dinâmico, e não 'de processo', estático, deve necessariamente ser atual".

Essa **dinâmica** do contrato de concessão exige constante monitoramento da equação econômico-financeira, estabelecida desde a proposta vencedora da licitação, de maneira que a justa remuneração não seja comprometida em função de novos investimentos eventualmente estranhos ao plano da concessão, como também não seja dado ao concessionário lucrar além do que se comprometeu no contrato, inclusive por fontes de receitas diferentes da arrecadação tarifária.

Se os editais reservaram ao Poder Concedente a competência para soberanamente autorizar a exploração de receitas publicitárias, disciplinando também que as receitas complementares integrarão a remuneração da concessionária (item 13.4 do edital e 5.1 da minuta contratual), caberá à fase de execução dos contratos precisar se, concedendo ou negando determinada publicidade, a equação econômica não venha a ser alterada.

Mesmo assim, noto que a redação do referido item 11.1 ressalva a obediência às "*exigências do item 4.6, e dos sub-itens 4.6.1 e 4.6.2*", posto que não tenha encontrado os



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

mencionados subitens no corpo dos editais, tampouco alguma relação com o conteúdo do item 4.6.

Ao que parece, trata-se de erro redacional dos instrumentos, cabendo correções necessárias para evitar vício de interpretação.

Por derradeiro, devo consignar que boa parte das críticas acolhidas ou afastadas nesta oportunidade poderão ser mais bem analisadas na via ordinária, a partir da remessa dos termos contratuais a este Tribunal, se e quando aperfeiçoados os respectivos instrumentos, especialmente quanto à competitividade das licitações e vantajosidade de cada proposta vencedora.

Diante do exposto, acompanho as conclusões da instrução e **VOTO pelas procedências parciais** dos pedidos deduzidos por Auto Viação São José Ltda., Expresso Regional Transportes Ltda. e Expresso Infinity Transportes Rodoviários e Logística Ltda., determinando à Prefeitura de Marília que promova as seguintes alterações do edital: a) retifique a qualificação técnica das licitantes, de modo que possam ser apresentados atestados de prestação de serviços genéricos de transporte coletivo de passageiros, em ambiente urbano ou não; b) corrija os quantitativos mínimos da prova de experiência das licitantes, a fim de que seja



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

considerada a execução do objeto no prazo de 01 (um) ano e não de 15 (quinze) anos da concessão, sem prejuízo do disposto no enunciado n.º 24 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal; c) retire a necessidade de que atestados de qualificação operacional devam ser homologados pelo poder concedente, inclusive no caso de subcontratação; d) modifique a disciplina de qualificação econômico-financeira, fixando valores de garantia de proposta e capital social mínimo com base nos investimentos iniciais devidos pelas concessionárias; e) estenda o prazo de instalação de garagem, implantação do sistema de bilhetagem eletrônica e GPS para 180 (cento e oitenta) dias, contados da assinatura dos contratos; f) inclua, nas minutas, cláusulas contratuais correspondentes à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas devida pelas concessionárias e publicação de demonstrações financeiras periódicas; g) defina o conceito da locução "horário programado", assim prevista na regra de pontualidade das viagens realizadas; h) e corrija erro redacional dos itens relativos às receitas complementares.

Acolhido este entendimento por Vossas Excelências, devem representantes e representada, na forma regimental, ser intimados deste julgado, em especial a Prefeitura de Marília, a fim de que, ao elaborar novos instrumentos convocatórios



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

para as concorrências n.º 22/10 e n.º 23/10, incorpore as retificações aqui determinadas, providenciando a publicidade com a reabertura dos prazos, na forma do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Com o trânsito em julgado e antes do arquivamento, remetam-se os autos à auditoria competente, para devidas anotações.

É como voto.

RENATO MARTINS COSTA
CONSELHEIRO