



Informação nº 1483/2021-ASJUR/CELIC

Porto Alegre, 23 de agosto de 2021.

Assunto: Impugnação – Edital CR 0066/2021

Processo nº 20/0400-0000369-5

O DELIC/CELIC solicita manifestação quanto à impugnação cadastrada sob o Protocolo nº 5371 ao Edital de Concorrência Internacional nº 0066/CELIC/2021, que tem por objeto a delegação, por meio de concessão de serviços públicos, da gestão, operação, manutenção e melhoria da capacidade da infraestrutura da Estação Rodoviária de Porto Alegre/RS.

A impugnante alega que o procedimento não está obedecendo as Leis Estaduais nº 14.667/14 e 14.834/16. Alega, também, que há violação ao princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes, na medida em que não está prevista indenização para desmobilização e encerramento das atividades da atual concessionária. Aduz que o item 17.5 do edital restringe à competitividade e direciona o objeto. Afirma que não há identificação de projetos básicos no instrumento convocatório. Por fim, alega que a previsão de contratação de empresa de auditoria independente é injustificada.

A Secretaria Extraordinária de Parcerias respondeu à impugnação de maneira pormenorizada às fls. 4096/4109.

Entendemos que as respostas apresentadas pela SEPAR não merecem reparos, estando em perfeita consonância com a legislação que rege a matéria. Assim, ratificamos o exposto pela Secretaria Extraordinária de Parcerias e sugerimos o indeferimento da presente impugnação, com o retorno do expediente à CPL para prosseguimento.





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL
SECRETARIA DE PLANEJAMENTO,
GOVERNANÇA E GESTÃO

Contudo, à consideração superior.

Carlos Freitas Orellana

Assessoria Jurídica – CELIC

De acordo.

Encaminhe-se à Coordenadora Setorial.

Patrícia Nazario

Coordenadora da Assessoria Jurídica Substituta

Subsecretaria da Administração Central de Licitações – CELIC

DE ACORDO.

Encaminhe-se ao DELIC/CELIC para prosseguimento.

Melissa Guimarães Castello

Procuradora do Estado

Coordenadora Setorial do Sistema de Advocacia de Estado da Procuradoria Setorial junto à

SPGG



CELIC/RS - Av. Borges de Medeiros nº 1501-2º andar - Centro Administrativo Fernando Ferrari - Porto Alegre, CEP 90119-900
- RS – Brasil - Fone (51) 3288-1160 - FAX (051) 3288-1162



Nome do documento: info 1483 CO impugnacao CR 0066 200400-0000369-5.doc

Documento assinado por	Órgão/Grupo/Matrícula	Data
Carlos Freitas Orellana	SPGG / ASJUR/CELIC / 349558201	23/08/2021 12:10:50
Patricia Nazario dos Santos	SPGG / ASJUR/CELIC / 340908202	23/08/2021 14:09:36
Melissa Guimarães Castello	SPGG / ASJUR/CELIC / 324958101	23/08/2021 16:50:43



CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 0066/2021

IMPUGNAÇÃO VEPPO

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Prezados Senhores,

Apresentamos abaixo a sugestão de resposta desta Secretaria Extraordinária de Parcerias – SEPAR, à impugnação ao Edital apresentada por VEPPO & CIA LTDA., encaminhada a esta SEPAR em 06/08/2021.

Abaixo, respondemos a cada eixo da impugnação apresentado, como segue:

1) ALEGADA “expressa violação às Leis Estaduais nº 14.667/14 (especialmente, no seu art. 6º) e Lei nº 14.834/16”

A Impugnante refere haver contrariedade do Edital em testilha com as Leis Estaduais n. 14.667/14 (especialmente, no seu art. 6º) e n. 14.834/16, por alegadamente não haver levantamento patrimonial prévio à extinção da relação contratual existente e por haver impossibilidade de solução de continuidade de serviço público essencial.

Primeiramente, cumpre deflagrar a atual situação da empresa VEPPO & CIA LTDA como atual gestora da Estação Rodoviária de Porto Alegre (ERPA). A Impugnante possuía contrato de concessão firmado em 1954 com o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem. A concessão foi repetidamente renovada até 2002, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou a exigir licitação para concessão de serviço público, nos termos dos art. 37, XXI e 175, regulamentado pela lei federal n. 8987/95.

Em 2003 foi efetuada nova prorrogação do prazo da concessão. Contudo, esta foi tornada nula pela Direção Executiva do DAER, mediante a Decisão nº 11.967/2007, com base no Parecer nº 14.652/2006 da Procuradoria-Geral do Estado (PGE). Não há dúvidas, portanto, da relação precária com a VEPPO, seja pelas renovações sem a competente licitação, seja pelo exaurimento do prazo do último contrato para a gestão da Estação Rodoviária de Porto Alegre.

Em decorrência da precariedade, a Procuradoria-Geral do Estado vem recomendando há diversos anos a deflagração de licitação, conforme se depreende dos Pareceres ns. 14.652/2006 e 18.016/2020 e Informação n. 140/10/PDPE.

Além disso, a situação da Estação Rodoviária de Porto Alegre (ERPA) passou a ser acompanhada pelo Ministério Público, no âmbito do Inquérito Civil n. 00829.00202/2008, no qual há recorrente recomendação de realização de licitação.

Feita essa breve digressão acerca da precariedade da relação existente entre a impugnante e o Estado do Rio Grande do Sul para a administração da ERPA, sobreleva destacar que, na tentativa de postergar a realização da licitação, a Impugnante ajuizou ação de obrigação de fazer n. 001/1.11.0262366-1 (CNJ: 0313305-33.2011.8.21.0001), que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, na qual postulava compelir o Estado a inserir o serviço no Sistema de Transportes Coletivos previamente à realização de licitação para concessão da ERPA. Ação judicial na qual restou julgado improcedente o pleito da impugnante, bem como foi assentada a precariedade da exploração da ERPA pela VEPPO.

Passamos à avaliação das Leis estaduais citadas.

A Lei Estadual nº 14.667/14 institui o Sistema Estadual de Transporte Público Intermunicipal de Passageiros de Longo Curso – SETLC –, em consonância com os arts. 178 e 179 da Constituição Estadual, e seu art. 6º dispõe o que segue:

“Art. 6º O Poder Concedente deverá, previamente, fixar as regras de entrada e de saída do Sistema e quantificar, para efeitos de outorga, os valores financeiros e patrimoniais a serem aportados e/ou compensados por e entre operadores do Sistema, em benefício do equilíbrio financeiro do mercado, por meio de aferição contábil dos patrimônios líquidos a serem transferidos, bem como de todas as demonstrações contábeis capazes de permitir a adequada e saudável gestão do Sistema.

§ 1º Deverão ser observados os critérios fixados na Lei de Concessões, incluindo-se, para efeitos de apropriação patrimonial, a observação das regras de sucessão trabalhista e fiscal, especialmente na apuração dos patrimônios a serem transferidos e para constituição dos valores de outorga.

§ 2º Compete ao órgão regulador definir as regras de retrocessão ao sistema anterior, observada previamente a existência de dados operacionais e econômicos que justifiquem tal necessidade e que apontem a potencialidade de, ao manter um novo sistema, colocar-se em risco a prestação dos serviços com padrões mínimos de qualidade ou que impliquem em desequilíbrio econômico e financeiro dos contratos, podendo comprometer o Poder Concedente.”

Na tentativa de obstar o processamento do certame, a impugnante sustenta que o Estado deveria proceder nos levantamentos supramencionados, com o intuito de apurar os haveres que supostamente teria direito.

De início, convém destacar que a apuração dos bens e direitos patrimoniais das delegatárias, bem como as regras de sucessão trabalhista e fiscal, são voltadas a relações contratuais regulares, o que indubitavelmente não é o caso da impugnante.

A propósito desse tema, é cediço o entendimento jurisprudencial quanto à ausência de direito à indenização a permissões e concessões delegadas em caráter precário, sem a devida realização de licitação.

De acordo com a iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao examinar o art. 42 da Lei n. 8.987/95, para o qual o art. 6º da lei Estadual n. 14.667/14 guarda correspondência, assentou-se que não há qualquer obrigatoriedade de realização de prévio levantamento “*dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão*”, segundo a dicção do inciso I do §3º do art. 42 da Lei Federal nº 8.987/95, quando se está diante de permissões precárias de serviço público, concedidas sem o devido procedimento licitatório.

Sequer se discutiria no presente caso a eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão da ERPA, isso porque a impugnante explora o ativo há cerca de 70 anos, precariamente (já que as prorrogações confrontam com a ordem constitucional), tempo suficiente para a amortização dos investimentos.

Dessarte, considerando a precariedade da delegação da ERPA, inaplicável o disposto no art. 6º da Lei Estadual n. 14.667/14 ao caso em apreço. Tampouco as disposições do art. 42 da Lei n. 8.987/95 são aplicáveis previamente à licitação para a concessão da Estação Rodoviária.

Corroborando esse entendimento, colaciona-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao apreciar demanda em que se questionava a apuração de eventual indenização para delegatários precários de transporte coletivo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE PÚBLICO URBANO COLETIVO. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DO SERVIÇO. ART. 175 DA CARTA DE OUTUBRO. APURAÇÃO DE EVENTUAL INDENIZAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI 8.987/95, ALTERADA PELA LEI 11.445/07.

1. A Lei 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. 1.1. Segundo tal diploma, as concessões em caráter precário com prazo vencido ou realizadas por prazo indeterminado teriam como data limite o dia 31/12/2010, desde que até o dia 30/06/2009 tivessem sido cumpridas as determinações dos parágrafos do art. 42, extinguindo-se as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988. 2. Esta Corte de Justiça decidiu, no julgamento do Mandado de Segurança nº 2012 00 2 008093-3 pelo Conselho Especial, que os estudos para apuração de eventual direito à indenização pela concessionária em virtude de investimentos ainda não amortizados podem ser realizados pelo ente federado de forma paralela à realização da licitação, conforme determinado pela Constituição Federal. 2.1 Confira-se: "(...) 1. A Lei 11.447/2007 inseriu novo parágrafo ao art. 42 da 8987/95, para prorrogar pela última vez o prazo das concessões de serviços públicos que estivessem em desacordo com o art. 175 da Constituição Federal, determinando, paralelamente, que o ente federativo realizasse estudos para apuração de eventual direito à indenização pela concessionária em virtude de investimentos ainda não amortizados. 2. **Tal determinação não deve ser condição para a realização de nova licitação, para a outorga de concessão de serviço de transporte coletivo, pois a função precípua da Lei 8987/95 é a adequação dos atos e contratos à Constituição Federal, sobretudo quanto à obrigatoriedade de prévia licitação pública. 3. O interesse particular da concessionária não pode se sobressair em detrimento do interesse público, consistente na realização de licitação, sobretudo por se mostrar possível o ressarcimento de eventual prejuízo por outras vias.** 4. **Segurança de negada.**" (Acórdão n. 638390, 20120020080933MSG, Relator: J.J. Costa Carvalho, Conselho Especial, DJE: 04/12/2012. Pág.: 58). 3. **Tratando-se de permissão, e não concessão de serviço público aplica-se o art. 40 da Lei 8.987/95, e não o art. 42, como sustentado pela apelante.** 3.1. **A permissão possui caráter precário e pode ser revogada a qualquer tempo, de forma unilateral, pela Administração Pública.** 3.2. **Noutras palavras: "Permissão é o ato administrativo produzido usualmente de modo unilateral e no exercício de competência discricionária, tendo por objeto a prestação de serviço público ou a utilização de um bem público para fins específicos, caracterizando-se pela precariedade"** (Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, RT, 9ª edição, p. 427), enquanto que "todas as hipóteses de concessão envolvem a atribuição pelo Estado em favor de um particular da fruição de uma posição jurídica (que compreende a fruição de direitos determinados), com um cunho de estabilidade. Em alguns casos, esta atribuição destina-se a ser permanente e imutável, tal como se passa com a concessão de cidadania. Na maior parte dos outros casos, a concessão é realizada por prazo determinado, o que gera direitos adquiridos para o particular"

(p. 429). 4. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. 4.1. "(...) **conclui-se ser indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso. Saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 aplica-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões.**" 5. Recurso conhecido e improvido. (Acórdão n.737978, 20120111390357APC, Relator: JOÃO EGMONT, Revisor: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 20/11/2013, Publicado no DJE: 28/11/2013. Pág.: 178)

LICITAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. ATUAIS PERMISSIONÁRIOS. INDENIZAÇÃO. 1 - Licitação de serviço de transporte público coletivo não se condiciona às providências estabelecidas no art. 42 e §§ da L. 8.987/95. 2 - **As disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões de serviço público. Não se aplicam às permissões. No tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.** 3 - Ordem concedida. (Acórdão n. 656280, 20120020211864MSG, Relator: JAIR SOARES, Conselho Especial, Data de Julgamento: 05/02/2013, Publicado no DJE: 27/02/2013. Pág.: 47) - grifo nosso.

Assim, por se tratar de hipótese em que prevalece a precariedade da relação contratual, não pode o delegatário exigir indenização da Administração pela frustração quanto à expectativa de obtenção de lucro projetado, já que essa perdeu em descompasso com a legislação pátria, podendo ser rescindida unilateralmente a qualquer tempo. Aliás, no presente caso, convém registrar que sequer existe contrato em vigor, haja vista que a última relação contratual firmada entre as partes expirou no ano de 2002.

Em razão da natureza precária da delegação, todos os eventuais investimentos realizados pela impugnante foram efetuados mesmo com o risco de não serem amortizados pela receita da administração da ERPA, sendo que a assunção desse risco é exclusiva da VEPPPO, não podendo ser repassada à Administração Estadual.

Ressalta-se que, caso a delegatária não tivesse interesse em continuar operando a administração da ERPA, poderia (desde que previamente notificado o interesse à Administração Estadual) ter deixado de prestá-lo, o que somente não ocorreu porque a remuneração tarifária se prestava e sempre se prestou a remunerar adequadamente seus investimentos. Aliás, convém registrar que nos últimos anos houve descontinuidade de inúmeras rodoviárias do Estado, justamente pela ausência de interesse dos delegatários, fato que não ocorreu com a administração da ERPA, na qual a VEPPPO, mesmo sem um contrato em vigor, continua executando as atividades e auferindo as respectivas receitas.

Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando da seguinte forma:

“PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. ALTERAÇÃO DE TARIFAS. PERMISSÃO. PRÉVIA LICITAÇÃO.

1. Descuidou-se a recorrente de observar as exigências legais e regimentais, em especial no que se refere ao confronto entre os fundamentos adotados no acórdão recorrido e o acórdão proferido pela 1ª Turma no REsp 120.113-MG que, aliás, examinou uma

situação atípica, consoante se deduz da própria ementa transcrita pela recorrente.

2. O acórdão entendeu que mera permissão de serviço público, ato unilateral e precário da Administração Pública, não gera direito à pretendida equivalência patrimonial em decorrência de sua própria natureza, eis que é executada por conta e risco da permissionária. O fundamento é suficiente para refutar a pretensão da recorrente.

3. É indispensável a ocorrência de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, já que atuam por sua conta e risco. Precedentes.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 686.601/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 07/08/2006, p. 205) (grifou-se)

Vale trazer à colação, excerto do julgado supramencionado, a saber:

“Como se pode verificar, o acórdão entendeu que mera permissão de serviço público, ato unilateral e precário da Administração Pública, não gera direito à pretendida equivalência patrimonial em decorrência de sua própria natureza, eis que executada por conta e risco da permissionária. Esse fundamento é suficiente para refutar a pretensão da recorrente. Não seria necessário, evidentemente, discorrer sobre a nulidade do ato de outorga ou sobre a ausência de procedimento licitatório, ainda que se cuide de ato administrativo proferido antes da promulgação da Carta da República de 1988.”

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em razão do caráter precário e do pleno conhecimento do delegatário quanto às condições para a prestação do serviço, a elas se subordinando sem qualquer ressalva, não há qualquer direito à indenização, conforme se observa de outro julgado daquele mesmo Tribunal, *verbis*:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. LIMITES DA LIDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Configura violação do art. 462 do Código de Processo Civil, a aplicação de legislação superveniente que escapa os lindes objetivos da lide. Precedentes.

2. Este Tribunal entende que o art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 não se aplica a permissões, o que per se já justificaria o afastamento da indenização destinada aos concessionários. Precedentes.

3. O entendimento deste Tribunal entende ser "indispensável o cumprimento dos ditames constitucionais e legais, com a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso." (REsp 1354802/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.9.2013, DJe 26.9.2013).

4. Ausente prévio procedimento licitatório, a Administração não deve indenizar empresas permissionárias, mormente quando se busca mera adequação de serviço público à legislação de regência e à Carta da República. Precedentes.

5. Por simetria, em sede de ação civil pública, não cabe a condenação do réu em honorários. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1407860/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013) (grifo nosso)

De acordo com a Corte Superior, a mera permissão/concessão de serviço público, por ato unilateral e precário da Administração Pública, não gera direito à equivalência patrimonial em decorrência de sua própria natureza, eis que é executada por conta e risco do delegatário.

Vale transcrever excertos do Recurso Especial n. 1.407.860-RJ, supramencionado, pois de grande pertinência ao objeto em questão, *verbis*:

“Ainda a reforçar o afastamento da indenização, cabe consignar que a manutenção da irregularidade aferida na ação civil pública não pode ficar condicionada ao procedimento complexo de aferição de eventual ressarcimento ao qual teria direito a empresa.

Em consequência, é inviável vincular a realização do pleito licitatório ao pagamento de eventual ressarcimento à empresa.

Ainda se assim não fosse, este Tribunal entende que o art. 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 não se aplica aos permissionários, o que per se já justificaria o afastamento da indenização.

Confiram-se os precedentes:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEI N. 8.987/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.

Sobreleva notar que, ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, e, tampouco, destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia observada a res in iudicium deducta. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que 'incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos'. Na mesma esteira, a Lei n. 8.987/95 impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão.

Na hipótese em exame, independentemente da natureza da permissão (condicionada ou não), inexistente direito à indenização, porque a exigência legal de realização de licitação não foi cumprida.

A assinatura do Termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória também naquela época.

'O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a

Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na

ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)' (Adilson Abreu Dallari).

Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei n. 2.300/86 e 59 da Lei n. 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E ainda que a hipótese dos autos cuidasse de contrato de concessão, tampouco teria a recorrente direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Recurso especial não provido

(REsp 443.796/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 03.11.03).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PARCIAL. TRANSPORTE COLETIVO PÚBLICO. TERMO DE PERMISSÃO, COM CARACTERÍSTICAS DE CONCESSÃO. INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZOS DECORRENTES DE TARIFAS DEFICITÁRIAS. INOCORRÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ DO CONTRATANTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente

ação intentada por empresas permissionárias do serviço público de transporte coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte, com vistas a obter indenização por prejuízos decorrentes de tarifas deficitárias impostas ao setor, causadoras do desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste firmado por ocasião da permissão.

2. Ausência de prequestionamento sobre aspectos suscitados que não foram objeto de debate pela decisão recorrida no ambiente do apelo extremo.

3. Termo de Permissão assinado pelo Poder Público e pela permissionária. Os elementos componentes do mencionado Termo levam a que se considere que, entre partes, houve, verdadeiramente, a Concessão de serviço público.

4. Exigência de procedimento licitatório prévio para validação de contrato de concessão com a Administração Pública, quer seja antes da Constituição Federal de 1988, quer após a vigência da mencionada Carta.

5. Não havendo a licitação, a fim de garantir licitude aos contratos administrativos, pressuposto, portanto, para a sua existência, validade e eficácia, não pode se falar em concessão e, por consequência, nos efeitos por ela produzidos.

6. As relações contratuais do Poder Público com o particular são desenvolvidas com obediência rigorosa ao princípio da legalidade. Ferido tal princípio, inexistente direito a ser protegido, para qualquer das partes, além de determinar responsabilidades administrativas, civis (improbidade administrativa) e penais, quando for o caso, para o administrador público.

7. Em razão do uso indiscriminado das permissões de serviço público, é de se lhe atribuir efeitos análogos aos do instituto da concessão de serviço público quando a complexidade da atividade deferida por meio daquele instituto seja de tal monta que exija um longo prazo para o retorno dos altos investimentos realizados no intuito de viabilizar a sua prestação.

8. Este direito está condicionado à licitude da atividade prestada pelo permissionário, de modo que, ausente prévio procedimento licitatório, não há que se falar em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que nele deveria ser estipulado, cabendo ao permissionário, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e à sua inexistente boa-fé, suportar os ônus decorrentes de uma ilegalidade que lhe favoreceu."

9. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 403905/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 06/05/2002, p. 260 - grifos nossos)

Por fim, como já reconhecido acima, não há como se condenar a ré em honorários advocatícios.

A jurisprudência desta Corte reconheceu que, ausente o procedimento de licitação, a Administração não deve indenizar as empresas permissionárias, mormente quando se busca mera adequação de serviço público à legislação de regência e à Carta da República.

Confira-se.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. 1. "É indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988." (REsp 886925/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 21.11.2007). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 799250/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 4/2/2010)

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. ALTERAÇÃO DE TARIFAS. PERMISSÃO. PRÉVIA LICITAÇÃO. 1. Descuidou-se a recorrente de observar as exigências legais e regimentais, em especial no que se refere ao confronto entre os fundamentos adotados no acórdão recorrido e o acórdão proferido pela 1ª Turma no REsp 120.113-MG que, aliás, examinou uma situação atípica, consoante se deduz da própria ementa transcrita pela recorrente. 2. O acórdão entendeu que mera permissão de serviço público, ato unilateral e precário da Administração Pública, não gera direito à pretendida equivalência patrimonial em decorrência de sua própria natureza, eis que é executada por conta e risco da permissionária. O fundamento é suficiente para refutar a pretensão da recorrente. 3. É indispensável a ocorrência de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, já que atuam por sua conta e risco. Precedentes. 4. Recurso especial improvido" (REsp 686.601/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 2706.06)."

Portanto, para que haja direito à indenização, é indispensável prévio procedimento licitatório.

No mesmo sentido, o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul já se pronunciou por ocasião da discussão quanto ao transporte coletivo por ônibus de Porto Alegre, quando restou definida a ausência do direito à indenização dos operadores em caráter precário, bem como da inexistência da obrigação de apurar os haveres previamente à licitação, nos autos da ação n. 001/1.14.0327480-1, que tramitou na 4ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre.

Resta evidenciado, portanto, que o Estado não está obrigado a proceder aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários, para fins de indenização, previamente à extinção da atual outorga da exploração da Estação Rodoviária, notadamente em face do caráter precário de tal autorização, que não enseja qualquer direito à indenização.

Ademais disso, contrariamente ao que alega a Impugnante, os estudos realizados pelo Estado e que culminaram com a publicação do presente Edital observaram rigorosamente às disposições da legislação estadual, relativamente às obrigações do futuro concessionário e procedimentos prévios à ulterior extinção do contrato. Evidentemente que, relativamente aos levantamentos, avaliações e liquidações da atual empresa gestora da ERPA, não há como se pretender sejam realizados, por se tratar de uma relação precária que não enseja qualquer direito à indenização e tampouco ressarcimento pelo futuro concessionário.

Tampouco haverá transferência de ativos ou passivos fiscais e trabalhistas para a nova concessão. A empresa concessionária que irá assumir a gestão da ERPA será uma Sociedade de Propósito Específico, constituída exclusivamente para os fins do contrato de concessão que se pretende com o presente Edital. Trata-se de nova empresa, constituída e extinta no interim da concessão.

Por fim, ressaltamos que os estudos foram colocados à Consulta Pública em 4 de abril de 2019¹, para fins de obter as contribuições da sociedade sobre o modelo proposto, e foi objeto de verificação pelo Tribunal de Contas do Estado e homologado pela Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS.

2) ALEGADA “violação ao princípio da igualdade de condições a todos os concorrentes, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”

A Impugnante (VEPPO), diante da alegada falta de previsão de indenização à atual gestora (VEPPO), refere que o Edital a colocou em desvantagem financeira perante os demais interessados, violando “o princípio da igualdade de condições entre os concorrentes, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”.

Primeiramente, as razões apontadas neste item pela Impugnante foram fundamentadas na alegada existência de direito a ressarcimento à VEPPO. Conforme abordado no item anterior (mormente no que se refere à precariedade de sua relação contratual como Estado), não há direito a ressarcimento à VEPPO, e, somado a isso, o fato de que a concessão proposta neste Edital não sucederá as relações fiscais e trabalhistas da VEPPO, tampouco há contrariedade ao art. 6º da Lei Estadual nº 14.667/14.

De outra banda, o Edital não traz qualquer disposição que crie tratamento anti-isonômico aos interessados.

Pelo exposto, não há qualquer ilegalidade ou irregularidade no Edital.

¹ Disponível em: <https://www.daer.rs.gov.br/estacao-rodoviaria-de-porto-alegre>.

3) ALEGADA “oneração de proposta, restrição de participação e direcionamento do negócio público privado”

A Impugnante alega oneração das propostas, restrição de participação e direcionamento do negócio público privado em decorrência da previsão disposta no item 17.4 do Edital, violando princípios do ato administrativo.

Eis o que traz o item do Edital vergastado:

17.4. O PLANO DE NEGÓCIOS deverá ser elaborado de acordo com as diretrizes do Anexo 7: DIRETRIZES PARA A ELABORAÇÃO DO PLANO DE NEGÓCIOS e deverá ser apresentado pelo CONCORRENTE vencedor junto dos seguintes documentos:

17.4.1. Relatório de instituição ou entidade financeira ou de pessoa jurídica especializada em consultoria financeira contendo a análise do PLANO DE NEGÓCIOS elaborado pela CONCORRENTE e que será apresentado ao PODER CONCEDENTE, que atesta a sua viabilidade e exequibilidade financeira.

17.4.2. Relatório de empresa de auditoria independente, registrada perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, contendo a análise do PLANO DE NEGÓCIOS elaborado pela CONCORRENTE e que será apresentado ao PODER CONCEDENTE que atesta a sua adequação sob o ponto de vista contábil e tributário.

17.4.3. As instituições e empresas que elaborarem os relatórios mencionados pelos subitens 17.4.1 e 17.4.2 acima, deverão assinar Termo de Confidencialidade, nos termos do Anexo 9 – Termo de Confidencialidade, que deverá ser encaminhado junto dos relatórios elaborados e constar do PLANO DE NEGÓCIOS apresentado ao PODER CONCEDENTE.

17.5. A instituição ou entidade financeira referida no item 17.4.1, poderá ser brasileira ou estrangeira, desde que autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou órgão estrangeiro análogo, e deverá possuir patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), a ser comprovado por meio da apresentação das últimas demonstrações financeiras disponíveis devidamente publicadas.

17.6. A empresa de auditoria independente, referida no item 17.4.2, poderá ser brasileira ou estrangeira, desde que autorizada a funcionar no Brasil, estando constituída há no mínimo 5 (cinco) anos.

17.7. Para efeito de alcance dos valores mencionados no subitem 17.5, será considerado o patrimônio líquido da instituição ou entidade financeira tanto no Brasil quanto no exterior.

17.7.1. Quando o patrimônio líquido for expresso em moeda estrangeira, ele será convertido em R\$ (reais brasileiros) pela taxa de câmbio em vigor, conforme divulgada pelo Banco Central do Brasil (PTAX do Dólar Americano), na data da declaração emitida pela instituição financeira.

17.8. A instituição financeira ou a empresa de auditoria não poderá ser CONCORRENTE, nem poderá ser PARTE RELACIONADA de CONCORRENTE, e tampouco poderá se encontrar submetida a liquidação, intervenção ou Regime Especial de Administração Temporária – RAET ou regime equivalente.

A previsão editalícia exposta tem fundamento no art. 30, § 8º, da Lei federal nº 8.666/93, e subsidiariamente no art. 15, § 3º, da Lei nº 8.987/95:

Art. 30. ...

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

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

§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

Trata-se de previsão comum em processos concessão que envolvem grandes investimentos, como é o caso em tela, sendo ferramenta que busca trazer maior segurança à comprovação da exequibilidade da proposta pela licitante.

O valor mínimo de patrimônio líquido, disposto no item 17.5, busca assegurar que o plano de negócio que baseará a proposta da concorrente seja atestado por uma empresa capacitada e habituada a exercer esse tipo de serviço.

Não se trata aqui de uma exigência desnecessária e que apenas teria por finalidade impor um custo adicional para o interessado participar do processo licitatório, mas de uma preocupação do órgão licitante quanto à viabilidade e exequibilidade do plano de negócios para um contrato cuja execução se prolonga por 25 anos e envolve a realização de vultosos investimentos (estimados em R\$ 87.389.125,14). Além disso, é comum em contratos de longo prazo a realização de financiamento para a implementação dos investimentos em infraestrutura, de modo que não detém a Administração Pública o know-how necessário para este tipo de aferição em seus quadros e nem seria crível que o ateste fosse dado pela própria empresa.

Justamente a propósito disso o seguinte comentário de MAURICIO PORTUGAL RIBEIRO²:

“(...) Em regra, o Poder Público não tem menor condição, ao longo de um processo de licitação, de avaliar se esses custos correspondem ou não à realidade, mesmo quando tem contratado os melhores consultores técnicos, pois é muito difícil em projetos envolvendo obras relevantes a realização dessa avaliação. Na prática, o que acontece é que, na impossibilidade de avaliar de fato os custos, eles terminam aceitos sem maior análise.

Além disso, exatamente pela dificuldade de realizar a distinção entre proposta agressiva e proposta inexequível, é também difícil para os agentes públicos integrantes da comissão de licitação bancar, da perspectiva política, declarar inabilitado um participante da licitação que, tendo oferecido garantias de proposta reputadas válidas, declara ser capaz de prestar o serviço por um preço muito menor do que o de seus concorrentes.

Note-se que desqualificar esse participante da licitação sem ter um fundamento objetivo e relevante é como renunciar a benefícios financeiros para o usuário do serviço e para a Administração.

Por último, note-se que, da perspectiva econômica, a principal razão por que a licitação é necessária para a concessão comum e PPP é a grande assimetria de informação no que toca à avaliação da concessão enquanto um negócio. Nesse contexto, é até mesmo previsível que alguns participantes da licitação - por uma série de razões que envolvem a sua visão do negócio, sua estratégia, as sinergias com outros negócios que detém, ganhos de escala e de escopo etc. - proponham preços bastante diversos na licitação, sem que necessariamente os preços desviantes sejam inexequíveis.”

Projetos de concessão de grandes vultos e longos prazos contratuais devem ser resguardados com maior grau de segurança jurídica no julgamento das propostas dos interessados. Os proponentes devem demonstrar capacidade técnica, jurídica e financeira para fazer frente às obrigações da concessão.

² RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs – Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo. Atlas. 2011.

No presente Edital, a exigência do item atacado é condizente com os investimentos previstos e demais valores envolvidos, não havendo de se falar em oneração de proposta, restrição de participação.

Também não há de se falar em direcionamento do negócio público privado. Trata-se de exigência editalícia, cuja comprovação deve ser demonstrada pela concorrente. Para tanto, ela deverá buscar no mercado instituição que cumpra os requisitos mínimos exigidos para a atestação em comento, no âmbito de sua liberdade de contratação.

Pelo exposto, não há qualquer ilegalidade ou irregularidade no Edital.

4) ALEGADA “ausência de identificação de projetos básicos, nos moldes das Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95”

A impugnante alega inexistência de projeto básico das obras previstas, tanto no terminal como no seu arredor, em contrariedade ao disposto no art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Não encontra razão a Impugnante. As disposições editalícias e contratuais sobre as intervenções de engenharia e obras tem por base o disposto no art. 18, inciso XV, da Lei nº 8.987/95:

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

*XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais **os elementos do projeto básico** que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;*

A Lei de Concessões exige “*elementos do projeto básico*”, ou seja, não requer o mesmo nível de detalhamento. Nessa orientação a doutrina especializada trata o tema, conforme as palavras de Maurício Portugal Ribeiro:

“Elementos de projeto básico” é bem menos do que o projeto básico da obra. A lógica nesse caso é que, como o concessionário ou parceiro privado que vai executar a obra e demais investimentos vai também operar o serviço por vários anos, a ideia é que o estudo seja suficiente para: (a) definir claramente os indicadores de desempenho que o concessionário ou parceiro privado deverá cumprir na operação do serviço; (b) estimar - com margem de erro cuja dimensão deve ser estabelecida setor a setor, em vista dos custos de realização dos projetos - os custos de investimento e operacionais ao longo de todo o contrato, tomando como referência a tecnologia, materiais, equipamentos e forma de implantação que pareça à equipe técnica a mais eficiente.

Como a ideia é que os resultados dos estudos feitos pela Administração Pública não sejam vinculantes para o parceiro privado - pois é pressuposto das concessões comuns e PPPs a ideia de que o concessionário ou parceiro privado encontrará uma maneira de implantar e operar o projeto mais eficiente do que aquelas imaginadas pela Administração Pública e seu time de consultores - e como a maior parte dos riscos de implantação do projeto será em regra alocada para a iniciativa privada (de maneira a evitar os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro por essa razão), não faz sentido a Administração Pública expender-se em fazer estudos extremamente detalhados.

Do mesmo modo, não há de se falar em projeto básico para fins de licenciamento perante o Município de Porto Alegre. Ocorre que as soluções de engenharia e arquitetura para cumprir com as intervenções exigidas no Edital são de responsabilidade da concessionária. Assim, caberá a ela, com base nos projetos por ela elaborados (e aprovados pelo Poder

Concedente nos termos do contrato), requisitar análise dos órgãos municipais competentes para fins de Estudo de Viabilidade Urbanística (EVU).

Não obstante, na formação do Edital, o Estado avaliou previamente perante o Município de Porto Alegre as diretrizes de EVU possíveis de serem exigidas com base nas intervenções exigidas no Edital e no projeto referencial, conforme se observa do Anexo 10 da presente Concorrência. Tais diretrizes, a depender dos projetos elaborados pela concessionária, são passíveis de alteração pelo Município de Porto Alegre no âmbito de sua competência federativa, sobre a qual o Estado não possui ingerência.

Portanto, cabe à concorrente elaborar sua própria proposta de acordo com sua expertise, considerando, além dos elementos de projeto básico disponibilizados, as obrigações contratuais e os riscos inerentes ao contrato de concessão.

Dessa forma, não há qualquer ilegalidade ou irregularidade no Edital.

5) ALEGADA “previsão de contratação de empresa de auditoria independente, com registro na Comissão de Valores Imobiliários – CVM, para auditar receita operacional bruta declarada pela Concessionária, quando o próprio Estado possui órgão competente para tanto, a CAGE – Contadoria e Auditoria-Geral”

A Impugnante alega que a previsão da Cláusula 16.4 da Minuta de Contrato oneraria o contrato, considerando que a CAGE seria o órgão público para tal função.

Eis o que dispõe a cláusula contratual impugnada:

16.4. O PODER CONCEDENTE deverá contratar empresa de auditoria independente, com registro na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, para auditar a receita operacional bruta anual declarada pela CONCESSIONÁRIA com o objetivo atestar a veracidade e higidez destes valores.

16.4.1. A empresa de auditoria não poderá pertencer ao mesmo grupo econômico da CONCESSIONÁRIA.

16.4.2. A empresa de auditoria contratada pelo PODER CONCEDENTE deverá entregar a este último relatórios parciais, em datas a serem definidas pelo PODER CONCEDENTE, com informações prévias a respeito da receita operacional bruta da CONCESSIONÁRIA naquele período.

16.4.3. Na hipótese de o PODER CONCEDENTE não proceder à contratação tempestiva do auditor independente, a declaração da receita operacional bruta anual apresentada pela CONCESSIONÁRIA será presumida verdadeira.

A previsão editalícia exposta tem fundamento no *caput* do art. 67 da Lei nº 8.666/93 e no art. 30 da Lei nº 8.987/95:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (...).

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme



previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

No que tange à suposta violação de competências da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, cumpre salientar que a contratação de auditoria independente disposta na minuta de contrato de concessão está em consonância com o art. 2º, inciso XXVI, da referida Lei Complementar:

“Art. 2.º São funções institucionais da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado: ...

XXVI - disciplinar, acompanhar e controlar as contratações de consultorias e de auditorias independentes”.

Portanto, não há ilegalidade ou irregularidade na referida Cláusula.

6) CONCLUSÃO

Conforme todo o exposto, não vislumbramos qualquer ilegalidade ou irregularidade no Edital, razão pela qual sugerimos o desacolhimento da impugnação.