

DENÚNCIA N. 1054040

Denunciante: CAF Transportes Eireli
Órgão: Prefeitura Municipal de Ouro Preto
Responsáveis: Geraldo Rodrigues Rioga, Hállan Vinícius Araújo Nepomuceno, André Luís dos Santos Lana e José Anchieta Barbosa Neto
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. OCORRÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA* INVERSO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REVOGAÇÃO DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE SUSPENSÃO DO CERTAME.

1. A suspensão do certame, por meio da concessão de liminar, poderá ser reavaliada após a apresentação de esclarecimentos e justificativas por parte do Município, e analisada pela Unidade Técnica.
2. A constatação de que, após a análise de novos documentos, a irregularidade restante não justifica a suspensão do certame, por não possuir gravidade suficiente, conduz à reversão da liminar concedida.
3. Configura o *periculum in mora* inverso a hipótese em que é mais gravoso ao Município e ao interesse público que se mantenha a decisão cautelar de suspensão do certame, justificando a revogação da cautelar.

Tribunal Pleno
4ª Sessão Ordinária – 30/01/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia apresentada pela empresa CAF Transportes Eireli, em face do edital da Concorrência Pública nº 05/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, visando “selecionar EMPRESA ou CONSÓRCIO de empresas para a(o) qual será outorgada a CONCESSÃO do SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS DO MUNICÍPIO DE OURO PRETO, para a ÁREA OPERACIONAL descrita e caracterizada no Anexo I – PROJETO BÁSICO, na forma da legislação pertinente e das normas estabelecidas neste EDITAL”, fl. 22.

A peça exordial foi protocolizada neste Tribunal em 08/10/2018, sendo os autos distribuídos à minha relatoria em 10/10/2018, fl. 331, por dependência.

A denunciante alegou, sucintamente, que o edital apresentou restrição de participação ao exigir a qualificação técnica no item 10.2.5.1, comprovação de tempo de experiência de no mínimo 10 anos, em afronta ao art. 30, § 5º, da Lei de Licitações, que veda exigência de atividade com limitação de tempo.

Insurgiu-se, ainda, quanto à omissão do número de viagens nos horários de pico da frota, ressaltando que os dados de número de viagens nestes horários em dias úteis, sábado e domingo, e os quadros de horários das linhas atuais e do sistema proposto, não foram apresentados, o que torna impossível aferir objetivamente as propostas conforme os critérios de pontuação definidos no edital, que poderiam favorecer a atual operadora.

Pleiteou, ao final, a suspensão do certame.

O valor estimado do contrato, em lote único, é de R\$433.815.478,00 (quatrocentos e trinta e três milhões, oitocentos e quinze mil e quatrocentos e setenta e oito reais), com o valor da tarifa básica de referência de R\$3,34 (três reais e trinta e quatro centavos), fls. 36 e 283.

A sessão de abertura das propostas ocorreu em 26/10/2018 (fl. 26).

Determinei a intimação dos responsáveis, Sr. Geraldo Rodrigues Rioga, Procurador-Geral do Município, bem como dos membros da Comissão Especial de Licitação, Sr. Hállan Vinícius Araújo Nepomuceno, Sr. André Luís dos Santos Lana e Sr. José Anchieta Barbosa Neto (fl. 332), para que prestassem esclarecimentos e justificativas que julgassem necessários à elucidação dos fatos denunciados.

Em atendimento à determinação supra, os responsáveis juntaram a documentação de fls. 338/345, protocolizada em 16/10/2018, sob o nº 5044510/2018, que encaminhei à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados para análise, fls. 347/347v.

Concluiu aquela Coordenadoria pela improcedência do item da denúncia que diz respeito a omissão do número de viagens nos horários de pico, restando apenas um apontamento procedente, qual seja, o item 10.2.5.1, que exige comprovação de tempo de experiência de, no mínimo, 10 (dez) anos, e, assim, opinou pela suspensão do certame na fase em que se encontrava e pela retificação do item 10.2.5.1., fls. 348/351v.

Nessa esteira, em análise perfunctória dos apontamentos constantes da Denúncia, com fundamento no estudo da Unidade Técnica, nos termos do disposto no art. 267, do Regimento Interno deste Tribunal, determinei a suspensão cautelar do certame em 05/11/2018, por entender que se encontravam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, nos termos da fundamentação constante em meu despacho às fls. 353/355-v.

A decisão foi referendada em sessão plenária do dia 07/11/2018, conforme notas taquigráficas às fls. 366/368v.

Determinada a intimação dos responsáveis para que comprovassem a suspensão da Concorrência Pública nº 05/2018, tendo sido juntados, pelos responsáveis, esclarecimentos e justificativas (fls. 370/380), cópia digitalizada do procedimento licitatório (fl. 381), a documentação de fls. 392/433 e comprovantes da suspensão do certame, fl. 383/386.

Ato contínuo, fl. 369, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados, para análise da documentação juntada.

Aquela Coordenadoria juntou o estudo de fls. 437/441.

Após, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Em uma primeira análise, para a concessão da medida liminar, foi considerado improcedente o item da denúncia que diz respeito à omissão do número de viagens nos horários de pico, restando, apenas, um apontamento procedente, qual seja, em relação à previsão do item 10.2.5.1, do edital, que exige comprovação de tempo de experiência de, no mínimo, 10 (dez) anos.

Pois bem, em uma análise inicial esta Relatoria e a Unidade Técnica entenderem excessiva e restritiva a exigência adicional de tempo de experiência de 10 (dez) anos, uma vez que o tempo de experiência por si só não reflete, necessariamente, a qualidade ou mesmo a capacidade operacional da empresa para a prestação dos serviços, bem como o entendimento de que a exigência de atestado de capacidade técnica já é suficiente para atestar a experiência prévia das empresas.

Passo a tecer as seguintes considerações, com fundamento nos esclarecimentos e justificativas apresentadas pelos responsáveis e estudo da Unidade Técnica:

Os responsáveis, às fls. 370/380, informaram o histórico da licitação, relatando que os serviços de transporte coletivo vêm sendo prestados de forma precária pela atual concessionária, até que se conclua licitação para esse fim, com fundamento em ordem judicial proferida no ano de 2006, nos autos da ACP nº 0461.03.012053-3, e que, passados 12 (doze) anos não obtiveram sucesso na realização de nova licitação.

E que, após dispêndio com diversos estudos técnicos e inúmeras tentativas infrutíferas de conclusão de procedimentos licitatórios, o certame em tela encontra-se em fase de conclusão, constituindo um ganho para a proteção do patrimônio histórico e artístico da cidade (tombada como patrimônio histórico da humanidade pela UNESCO), tendo buscado reduzir a quantidade de veículos em operação, eliminação da sobreposição de horários e itinerários, e taxa de ocupação e eficiência melhores.

Esclareceu que o procedimento licitatório, foi realizado com “ampla publicidade e participação de entidades de representação social, tendo, inclusive, rigoroso acompanhamento do Ministério Público do Estado, por meio dos inquéritos nºs 0461.06.000007-6, 041.09.00047-6, 0461.13.000048-6, 0461.14.000394-2 e 0461.14000230-8, e informa, ainda, que o Edital de licitação também foi encaminhado ao Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Além disso, realizou-se amplo debate do projeto básico com a comunidade, após ampla divulgação, com a realização de audiência pública em 29/06/2016, e, também, com o Conselho Municipal de Transporte e Trânsito, Força Associativa dos Moradores de Ouro Preto – FAMOP e Câmara Municipal.

Assim, defendem a necessidade de assinatura do contrato decorrente da licitação *sub examine*, para que o município supere esse longo estado de precariedade do serviço público de transporte coletivo de passageiros.

Quanto à exigência constante do item 10.2.5.1, do edital, em relação ao atestado de capacidade técnica com fixação de tempo de experiência mínimo de 10 (dez) anos, alegaram que não há configuração de ilegalidade, uma vez que a restrição contida no art. 30, da Lei nº 8.666/93, é aplicável, apenas, à capacidade técnica profissional e não à capacidade técnica operacional.

Argumentaram que a complexidade dos serviços justifica a exigência para comprovação da capacidade técnico operacional das licitantes, sendo que o tempo de experiência seria necessário para comprovar a capacidade de cumprimento das obrigações contratuais durante o período de fluxo de caixa negativo, necessário para recuperar os valores dos investimentos iniciais.

Citaram as dificuldades de operação no município de Ouro Preto, e distritos espalhados em 1.245.865 Km², afunilamento de ruas com desníveis e aclives, obstruções das vias estreitas pelo excesso de veículos, qualidade do calçamento com enorme desgaste do calçamento poliédrico, bastante desgastado, muito antigo e com ausência de abrasividade, apresentando risco crítico de colisão entre veículos e atropelamento de transeuntes.

Juntaram às fls. 393/403 Parecer Técnico de Meio Ambiente, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Procuradoria-Geral de Justiça, datado de 02/02/2018, elaborado a pedido da 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ouro Preto, com o objetivo de vistoriar eventuais impactos causados pelo tráfego de veículos do transporte coletivo, no centro histórico de Ouro Preto, em razão das ondas vibratórias que afetam as fundações e pavimentos, em função da velocidade dos veículos, peso e condições de rolamento do pavimento local.

Foi juntado, ainda, às fls. 404/429, relatório da empresa Turin Transportes Ltda., “Levantamento das Condições Críticas das Vias de Acesso de ônibus em Ouro Preto”, com o objetivo de demonstrar as dificuldades do tráfego em razão das condições citadas acima, e outras.

Pois bem, citaram os autos do Processo nº 987360, que fora instaurado nesta Corte de Contas, sob a relatoria da Conselheira Adriene Andrade, posteriormente distribuído à minha relatoria, no qual aquela relatora citou, *verbis*:

A jurisprudência atual do TCU admite, em caráter excepcional, na contratação de obras e serviços adotados de complexidade técnica, que a Administração Pública delimite, tanto nos atestados de capacidade técnico-operacional, como nos atestados de capacidade técnico-profissional, características que devem ser comprovadas em experiência anterior da empresa licitante ou dos profissionais integrantes da sua equipe, desde que demonstrado que tal exigência é essencial para a execução satisfatória do objeto contratual.

Apresentou jurisprudências do TCU, em referência aos Acórdãos nºs. 2.339/2010 e 1.214/2013, em que se teria admitido a exigência de atestado de tempo de experiência de no mínimo 3 (três) anos na contratação de serviços de natureza contínua, isto é, contratos com prazo de vigência de 5 (cinco) anos.

Assim, concluiu que o tempo de 10 anos seria adequado ao objeto licitado, pelo fato de se tratar de concessão com prazo de vigência de 20 anos, o que seria proporcional ao prazo de experiência de 3 anos admitido pelo TCU nos citados Acórdãos, em razão do prazo de vigência contratual.

Pois bem, em nova análise da documentação juntada pelos responsáveis, a Coordenadoria de Fiscalização de Concessão e Projetos Financiados (fls. 440/441), registrou:

Quanto à comprovação de tempo de experiência, esta Unidade Técnica, via de regra, defende o posicionamento de que essa exigência é inadequada, tanto como critério de habilitação, quanto como quesito de pontuação técnica, pois pode representar restrição ao universo de licitantes e direcionamento do certame, sobretudo quando associado a outros critérios restritivos. Entende-se que as exigências de quantitativos de serviços prestados já seriam suficientes para atestar a experiência prévia e sua capacidade operacional, e os

requisitos de qualificação econômico-financeira suficientes para comprovação da saúde financeira e capacidade econômica de suportar o fluxo de caixa do negócio. Assim, seria potencialmente excessiva e restritiva a exigência adicional de tempo de experiência.

Sopesa-se que no presente caso, não foram identificados no Edital outros critérios restritivos, o que atenua a gravidade de forma genérica, em plano hipotético, sem demonstrar se este critério teria de fato impedido a empresa de participar da licitação.

Dessa forma, não haveria elementos suficientes para afirmar, de forma inequívoca, que a referida exigência de fato restringiu a competitividade da licitação, entendendo esta Unidade Técnica que a irregularidade relatada, identificada no Edital de forma isolada, não possui gravidade suficiente para justificar a anulação do procedimento licitatório como um todo, tendo ainda em vista que a licitação encontra-se na fase externa, já ocorrida a abertura das propostas, sem que haja possibilidade de saneamento do processo, e que, conforme relatado pelos representantes do Município, a anulação do procedimento poderia trazer mais prejuízos ao Município e aos usuários dos serviços.

Acerca do outro apontamento que levou à decisão de suspensão do certame, quantitativo para comprovação da capacidade técnico-operacional acima dos 50% usualmente adotados e recomendados pelo TCU, tratar-se de um equívoco do cálculo da Unidade Técnica desta Corte, uma vez que, na realidade, estão inferiores a 50%, fl. 440.

Na demonstração elaborada pelo Município, a Prefeitura esclarece, fl. 378:

Importa registrar o equívoco ocorrido na análise da Unidade técnica dessa egrégia corte, talvez em razão do exíguo tempo para manifestação, que desconsiderou que na fase pré-operacional a empresa vencedora do certame deverá operar com 73 veículos, nos moldes atuais, devendo gradativamente implantar o novo sistema, que somente ao final chegará aos 56 veículos indicados. O mesmo ocorreu no cálculo da demanda, que na análise feita pelo Tribunal considerou apenas a tabela 2 do Anexo III – Orçamento (6.194.139), que indica apenas os usuários pagantes. Desconsiderou portanto, as gratuidades para idosos acima de 60 anos e deficientes, nos termos da legislação municipal.

Na análise da documentação a Coordenadoria de Fiscalização de Concessão e Projetos Financiados (fls. 439-v/441) registra que,

Quanto aos quantitativos exigidos para comprovação da capacidade operacional das licitantes, em relação ao número de veículos da frota, o projeto básico de fato informa que a frota do sistema atual é de 73 veículos. Em relação à demanda de passageiros, o Edital não apresentou de forma objetiva o número de gratuidades, contudo procede o argumento de que os cálculos realizados por esta Unidade Técnica no relatório anterior consideraram apenas o número de passageiros pagantes, não considerando as gratuidades para os idosos acima de 60 anos e deficientes. Considera-se, portanto, que houve respeito ao limite de 50% recomendado pelo TCU para os quantitativos exigidos, estando superada essa questão.

Nessa esteira, com fundamento no estudo elaborado pela Unidade Técnica, desta Corte, corroboro o entendimento de que a exigência de atestado de capacidade técnica, com comprovação de tempo de experiência mínimo de 10 (dez) anos, item 10.2.5.1, do edital, apesar de inadequada, conforme entendimento desta Relatoria, esposado na decisão monocrática que determinou a suspensão do certame (fls. 353/355-v), não possui gravidade suficiente para, de forma isolada, justificar a manutenção da suspensão do certame, em razão das justificativas apresentadas na documentação de fls. 370/380.

E, em relação aos quantitativos fixados no mesmo item do edital, 10.2.5.1, em relação à frota, a Unidade Técnica constatou, em nova análise da documentação e novo cálculo, que, conforme registrado alhures, os quantitativos encontram-se dentro do patamar aceito pela

jurisprudência, qual seja, 50%, uma vez que, no estudo anterior não se considerou gratuidades para idosos acima de 60 anos e deficientes físicos.

Ademais, considerando, também, não haver indícios de prejuízo ao erário, com espeque no princípio da razoabilidade, bem como as justificativas apresentadas pelos responsáveis, as especificidades da prestação do serviço licitado no Município, demonstradas por meio de documentos juntados, e as ponderações suscitadas pela Unidade Técnica, de fato, verifica-se a ocorrência do *periculum in mora* inverso, sendo mais gravoso, *in casu*, neste momento processual, à Prefeitura de Ouro Preto e ao interesse público, que se mantenha a decisão cautelar ora proferida. Tornou-se inverso, assim, o risco da demora do provimento jurisdicional necessário ao prosseguimento do certame, de maneira que é imperiosa a revogação da decisão cautelar que manteve a suspensão da licitação, a fim de que o certame possa prosseguir.

III – CONCLUSÃO

Posto isto, nos termos do art. 97, da Lei Complementar nº 102/2008, do art. 199, do RITCMG c/c o art. 296, do Código de Processo Civil, considerando não haver indícios de prejuízo ao erário e, com espeque no princípio da razoabilidade, bem como as justificativas apresentadas pelos responsáveis e as ponderações suscitadas pela Unidade Técnica, de fato, verifica-se a ocorrência do *periculum in mora* inverso, sendo mais gravoso, *in casu*, neste momento processual, à Prefeitura de Ouro Preto e ao interesse público, que se mantenha a decisão cautelar ora proferida. Tornou-se inverso o risco da demora do provimento jurisdicional, necessário ao prosseguimento do certame, de maneira que é imperiosa a revogação da decisão cautelar que manteve a suspensão da licitação, a fim de que seja dado prosseguimento à Concorrência Pública nº 05/2018.

Observe, todavia, que será dado prosseguimento à análise da Denúncia, podendo, a qualquer momento, caso julgue necessário, até a assinatura do contrato, ser determinada nova suspensão do procedimento licitatório, nos termos do disposto no art. 267, do RITCMG.

Intimem-se do inteiro teor desta decisão os Srs. Hállan Vinícius Araújo Nepomuceno, André Luís dos Santos Lana e José Anchieta Barbosa Neto, membros da Comissão Especial de Licitação, bem como o Sr. Geraldo Rodrigues Rioga, Procurador-Geral do Município, na forma prevista no art. 166, § 1º, inciso I e VI, do RITCMG.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** revogar a decisão cautelar que suspendeu a licitação, a fim de que seja dado prosseguimento à Concorrência Pública nº 05/2018, nos termos do art. 97 da Lei Complementar nº 102/2008, do art. 199 do RITCMG c/c o art. 296 do Código de Processo Civil, considerando não haver indícios de prejuízo ao erário, e tendo em vista o princípio da razoabilidade e a ocorrência do *periculum in mora* inverso, sendo mais gravoso à Prefeitura de Ouro Preto e ao interesse público, *in casu*, neste momento processual, a manutenção da decisão cautelar ora proferida; **II)** registrar, todavia, que será dado prosseguimento à análise da Denúncia, podendo, a qualquer momento, caso se julgue necessário, até a assinatura do contrato, ser determinada nova suspensão do procedimento licitatório, nos termos do disposto no art. 267 do RITCMG;

III) determinar a intimação, do inteiro teor desta decisão, dos Srs. Hállan Vinícius Araújo Nepomuceno, André Luís dos Santos Lana e José Anchieta Barbosa Neto, membros da Comissão Especial de Licitação, bem como do Sr. Geraldo Rodrigues Rioga, Procurador-Geral do Município, na forma prevista no art. 166, § 1º, inciso I e VI, do RITCMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 30 de janeiro de 2019.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

(assinado eletronicamente)

mp

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**