



ILMO. SR. PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO SRP N. 70/2023 – PMI – COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DO MUNICÍPIO DE ITABORAÍ

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO SRP N. 70/2023 – PMI

MARAVILHA AUTO ONIBUS LTDA, sociedade empresária Concessionária de serviço público de transporte urbano, devidamente inscrita no CNPJ/MF 29.946.183/0001-14, com sede na Rodovia Amaral Peixoto, KM 27,5, São Joaquim — Itaboraí Rio de Janeiro- CEP: 24.801-048, com endereço eletrônico: juridico@viajemaravilha.com.br, vem, tempestiva e respeitosamente por seus advogados, tendo em vista o Edital referente ao **PREGÃO ELETRÔNICO SRP N. 70/2023 – PMI** – no âmbito da Secretaria Municipal de Transportes do Município de Itaboraí, vem, muito respeitosamente, apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** ao Edital, com fundamento no art. 41, §1º e 2º da Lei nº 8.666/93 c/c Item 28 do Edital, pelas razões apresentadas a seguir.

PRELIMINARMENTE

I - Inobservância de Princípios Constitucionais do Direito

O princípio da ISONOMIA se fundamenta no Art. 5º da Constituição Federal e está preceituado no Art. 3º da Lei 8.666/93, como segue:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

É evidente que a pretensão contida no Edital ora impugnado causará situação de manifesta inconstitucionalidade não somente em relação à MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA., mas também aos usuários de transporte público coletivo, que precisam utilizar as linhas por ela operadas.

Com modelo ilegal e inconstitucional de transporte a que se pretende com a licitação que ocorrerá no próximo dia 13/06/2023, objeto do Edital ora impugnado, alguns usuários e cidadãos terão transporte gratuito, enquanto outros, simplesmente por residirem ou trabalharem em outras localidades, terão que pagar pelo transporte, situação essa que resulta em flagrante violação ao princípio da isonomia contido no caput do artigo 5º da Constituição Federal, na medida em que acarretará tratamento diferenciado a pessoas sem qualquer fundamento plausível ou razoável.

Ou seja, o Poder Público custeia integralmente a tarifa de todos os usuários, no âmbito da delegação atualmente em vigor, ou constituirá medida manifestamente ilegal e inconstitucional a instituição de um sistema paralelo de transporte gratuito, em violação à exclusividade e oferecendo tratamento privilegiado a apenas uma parcela da população.

DO OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

LOCAÇÃO DE VEÍCULOS (TIPO ÔNIBUS URBANO) PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS



O Edital de Licitação ora impugnado, rege-se sob a modalidade de Pregão Eletrônico, para Registro de Preços, do tipo Menor Preço, tendo como objeto a contratação, sob o regime de Execução Indireta, para Locação de Veículos do tipo ÔNIBUS URBANO, com motorista e combustível, para atendimento específico ao Transporte Público de Passageiros do Município de Itaboraí, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e no Termo de Referência.

DA LEGITIMIDADE DA EMPRESA IMPUGNANTE

Como é de conhecimento público e notório, a empresa Impugnante e o Município de Itaboraí celebraram Contrato de Concessão de Serviços de Transporte coletivo de passageiros, objetivando a operação de linhas que compõem o lote único do Município.

Nos termos do que dispõe o art. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93, qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei, restando, portanto, incontroversa, a legitimidade da MARAVILHA AUTO ÔNIBUS.

DOS FATOS QUE MOTIVAM A PRESENTE IMPUGNAÇÃO

Pretende o Município de Itaboraí, por intermédio de sua Secretaria Municipal de Transportes, o Registro de Preços para a futura celebração de contrato de locação de ônibus com motorista, combustível e manutenção, de 42 a 52 ônibus, de modo a viabilizar a prestação gratuita de transporte coletivo aos usuários.

Conforme se verifica no referido Edital e seus anexos, a pretendida

prestação de serviços por intermédio de locação de veículos seria feita nas linhas descritas no Anexo II, sem prejuízo da possibilidade do Poder Público alterá-las, que seriam as seguintes:

- a) VEARA GOL X MANILHA
- b) MANILHA X ITAMBI
- c) RETA X SÃO JOAQUIM
- d) MANILHA X MARAMBAIA
- e) PACHECO X ITABORAÍ
- f) HOSPITAL X VISCONDE

Entretanto, a empresa MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA., é titular do direito de operação, com exclusividade, das linhas de transporte coletivo de passageiros componentes do Lote Único do Município de Itaboraí, em decorrência do resultado da licitação pública instrumentalizada pela Concorrência Pública nº 006/2010 (Processo Administrativo nº 0308/2010), na qual logrou-se vencedora.

Frise-se que esta mencionada concorrência pública teve como objeto a delegação, com exclusividade, pelo prazo de 20 (vinte) anos, da operação das linhas de transporte coletivo no Lote Único de linhas municipais de transporte coletivo urbano de passageiros na cidade de Itaboraí, conforme dispunha sua cláusula 2.1, verbis:

“2.1 - Constitui objeto da presente licitação a seleção de empresa para operar com exclusividade Lote Único de linhas municipais de transporte coletivo urbano de passageiros de Itaboraí, mediante Contrato de Concessão pelo prazo de 20 (vinte) anos, prorrogáveis por mais 20 (vinte) anos.”

O contrato de concessão, atualmente em vigor, por seu turno, estabelece em sua cláusula segunda, o seguinte:

CLÁUSULA SEGUNDA: DO OBJETO

Constitui objeto da presente Concessão a operação com exclusividade das linhas de transporte coletivo de passageiros, a serem operadas em caráter de exclusividade, pelo prazo de 20 (vinte) anos, prorrogáveis por mais 20 (vinte) anos, quais sejam:

Deste modo, a empresa **MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA.** detém o direito de operar, com exclusividade, todas as linhas que constituem o sistema de transporte coletivo por ônibus municipal de Itaboraí, que atualmente é **designado pelas seguintes linhas**, conforme Resolução SETRAN/PMI nº 10 de 23/11/2019:

LINHAS OPERADAS PELA MARAVILHA	
LINHAS	Nº LINHA
ITABORAÍ X MONTE VIDIL	01
ALTO DO JACÚ X MANILHA	05
RETA NOVA X CALUNDU	08
RETA VELHA X APOLLO	16
VISCONDE X ITAMBI	06
BNH DA RETA X HELIANÓPOLIS	22
PACHECO X ITABORAÍ	31
ALTO DO JACÚ X ITABORAÍ	38
QUISSAMÃ X NOVO HORIZONTE	48
ITABORAÍ X MONTE VIDIL (VIA PEROBA)	49
VENDA DAS PEDRAS X SAPÊ	63
ITABORAÍ X CABUÇÚ	65
GEBARA X HOSPITAL	66
HOSPITAL X JOAQUIM DE OLIVEIRA	69
ITABORAÍ X CURUZÚ	70
ALDEIA DA PRATA X SAMBAETIBA	72
RETA X CONJ. MARAMBAIA VIA HOSPITAL	76

CALUMDU X NOVA CIDADE	75
JOAQUIM DE OLIVEIRA X VISCONDE (VIA HOSPITAL)	81
JOAQUIM DE OLIVEIRA X BAIRRO ESPERANÇA (VIA HOSPITAL)	14
BEIRA RIO X ALDEIA DA PRATA	3
CONJUNTO MARAMBAIA X VENDA DAS PEDRAS	15
SAMBAETIBA X MANILHA	11
ITABORAÍ X VISCONDE (VIA FERMA)	13
VENDA DAS PEDRAS X ITABORAÍ(VIA NOVA CIDADE)	46
VISCONDE X ITAMBI (CIRCULAR)	17
VENDA DAS PEDRAS X VISCONDE (VIA SÃO JOAQUIM)	23
BAIRRO AMARAL X VENDA DAS PEDRAS	10

De uma simples análise das linhas e respectivos itinerários que compõem a estrutura atualmente objeto da concessão, com exclusividade, outorgada à MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA. e seu cotejo com o objeto do Edital ora Impugnado evidenciam a existência de sobreposição de praticamente todos os trechos que constituiriam a prestação de serviço por intermédio da locação pretendida.

E não é só!

De modo a evidenciar que a outorga da concessão foi realizada em regime de exclusividade, o contrato de concessão dispõe que a empresa MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA. poderá operar outros serviços que se mostrem necessários, ainda que com tarifas diferenciadas, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, conforme dispõe o Parágrafo Terceiro da Cláusula Segunda, verbis:

PARÁGRAFO-TERCEIRO: A CONCESSIONÁRIA poderá operar, além dos serviços previstos no Edital, outros serviços que considere necessários, com veículos e tarifas diferenciados, desde que tenham a mesma função dos que compõem o objeto deste Contrato e desde que aprovados pelo PODER CONCEDENTE, observando, especialmente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do sistema e o disposto no subitem 2.12 do Edital da CONCORRÊNCIA Nº 006/2010.



Ademais, o regime de exclusividade adotado na concessão atualmente em vigor tem por pressuposto toda a estrutura econômico financeira do referido contrato de concessão, em conformidade com o Projeto Básico e o Termo de Referência.

Em outras palavras, o regime de exclusividade adotado na concessão decorre do legítimo exercício da função regulatória do Município no tocante ao serviço público de transporte de passageiros, que ponderou os complexos fatores e interesses vinculados a sua prestação.

Uma dessas escolhas regulatórias, admitidas pela ordem constitucional, é a definição do modelo (regime jurídico) de acesso de certos agentes do mercado à respectiva atividade econômica, estabelecendo se haverá regime de concorrência ou se, ao contrário, o interesse público será mais bem atendido com a adoção da exclusividade em sua prestação.

Isso porque pode haver razões jurídicas, econômicas e técnicas que justifiquem a adoção, em certos casos, lugares e momentos históricos, de medidas restritivas ao acesso de certos agentes ao mercado. É nesse contexto que se enquadra a adoção do regime de exclusividade na concessão de transporte de Itaboraí.

Muito embora, a regra, no âmbito do serviço público, seja a adoção de um modelo de ampla competição, sem exclusividade, nada impede que essa lógica seja afastada em razão de outros fatores, que indiquem que os fins perseguidos serão mais bem atendidos com a adoção de um modelo distinto.

Necessário se faz lembrar, que as Constituições da República e Estadual admitem esse tipo de ponderação, porque não a vedam. Prova disso é que mesmo a Lei Federal nº. 8.987/95 (art. 16) e a Lei Estadual nº. 2.831/97 (art. 5º), das quais se extrai a regra geral da não exclusividade, admitem expressamente a concessão em regime de exclusividade nos casos de inviabilidade técnica ou econômica justificada.

Dito isso, extrai-se que o sistema de transporte coletivo de passageiros impõe, para a sua eficiente estruturação e a estabilidade



econômico-financeira de seu modelo, o estabelecimento do regime jurídico da exclusividade, a demonstrar, com isso, a presença de razões técnicas e econômico-financeiras.

É evidente que o sistema de transporte coletivo de passageiros deve ter por finalidade atender de maneira universal todos os locais do extenso território da cidade de Itaboraí, com o estabelecimento de tarifa única em trajetos (linhas) das mais variadas características de distância ou demanda, sendo que algumas delas mostram-se superavitárias, enquanto outras operam com evidente prejuízo e, portanto, não seriam interessantes sob o ponto de vista estritamente comercial.

Partindo desta premissa, no modelo de transporte de toda a cidade de Itaboraí, a opção pela adoção de um modelo tarifário em que há apenas um valor de tarifa, independente da característica da linha,, impõe a necessidade de subsídios cruzados para manter a estabilidade de linhas operacionalmente deficitárias, a demonstrar a existência dos fundamentos técnicos e econômicos que justificam a adoção do regime de exclusividade.

O fato de haver tamanha disparidade entre linhas superavitárias e deficitárias, aliado à necessidade de universalização do serviço público e à persecução de modicidade tarifária justificam a criação de barreiras de entrada, mediante a exclusão de outros prestadores. Em um ambiente sem regulação, em que se operasse a livre concorrência, os agentes tenderiam a focar nos mercados mais rentáveis, de modo que as demais áreas, justamente as mais necessitadas, ficariam desassistidas, ou não seriam atendidas satisfatoriamente, muito menos a preços módicos.

É notório que o objetivo do Edital ora impugnado, estabelece um sistema paralelo e concorrencial de linhas de transporte, financiado integralmente pelo erário público, fornecendo transporte gratuito aos usuários, enquanto que as linhas operadas pela MARAVILHA dependem, no atual regime, de pagamento de tarifa pelos usuários, frise-se em valor inferior ao próprio transporte alternativo atualmente existente no Município!!!



DO IMPACTO DIRETO NO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Observe-se também, que o referido Edital acaba por implementar novas linhas de transporte público, gratuitas, que serão concorrentes àquelas operadas pela empresa Impugnante, o que tem um impacto direto no seu equilíbrio econômico-financeiro.

Resta claro que a locação pretendida reflete diretamente no Contrato de Concessão firmado com a empresa IMPUGNANTE, isso porque, o referido Edital visa, inserir, no âmbito do Município de Itaboraí, linhas que serão financiadas e custeadas integralmente pelos recursos do erário, oferecendo transporte gratuito aos cidadãos, o que acarretará uma concorrência evidentemente ruínosa para as linhas operadas pela MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA., reduzindo, inquestionavelmente, a demanda de passageiros da empresa Concessionária deste mesmo serviço público.

Em outra redação, ao inserir novo sistema de transporte paralelo, custeado pelo erário, o Município de Itaboraí, através deste Edital, acaba violando a regra da exclusividade e alterando o sistema de transporte de modo a impactar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado com a empresa, na medida em que a criação e operação de novos itinerários gratuitos retira porcentagem significativa dos passageiros usuários das linhas concedidas em caráter de exclusividade à MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA.

Entende-se como equilíbrio econômico-financeiro a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento.

Vejamos: se existe o desejo político e o espaço orçamentário para que o Poder Público ofereça transporte gratuito aos cidadãos da cidade, não



há nada que impeça o Município de, utilizando-se o atual regime de concessão, fornecer essa modalidade de transporte aos usuários.

Para tanto, basta que o Poder Público subsidie integralmente a tarifa dos usuários do sistema de transporte de passageiros operado pela MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA. na concessão atualmente em vigor.

DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO ESCOLHIDA E DA FORMA DE CONTRATAÇÃO – OBJETO COMPLEXO QUE SE RELACIONA COM SERVIÇO PÚBLICO DEFINIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PREGÃO E DE REGISTRO DE PREÇOS – DEFINIÇÃO DO OBJETO COMO LOCAÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR A NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO A SER OBJETO DE CONCESSÃO

O presente tópico tem por objeto a impugnação do Edital de Licitação por dois motivos que, embora distintos, detêm íntima relação entre si: (i) a inviabilidade de adoção da modalidade do pregão eletrônico para fins de contratação para a execução de serviço de transporte coletivo de passageiros, ante sua inegável complexidade e; (ii) a ilegalidade do regime contratual de locação de veículos para, de forma oblíqua, modificar o regime do serviço de transporte coletivo de passageiros que somente pode ser delegada ao mercado pelo regime jurídico da concessão ou permissão, na forma do artigo 175, da Constituição Federal de 1988.

Conforme se verifica, o Edital de Licitação decidiu pela adoção da modalidade Pregão para escolher a melhor proposta para a contratação de Locação de Veículos do tipo ÔNIBUS URBANO, com motorista e combustível, para atendimento específico ao Transporte Público de Passageiros do Município de Itaboraí.

A primeira questão a ser verificada consiste em saber se o serviço de

“Locação de Veículos do tipo ÔNIBUS URBANO, com motorista e combustível” constitui serviço comum que viabilizaria a adoção da citada modalidade licitatória. Isto porque, na forma do artigo 1º, da Lei Federal nº. 10.520/2002, somente os serviços e bens comuns podem ser objeto de licitação sob a modalidade do Pregão, de onde se extrai a conclusão, a contrario sensu, que os serviços que não ostentem a característica de “comuns” somente podem ser licitados com a utilização de outras modalidades de licitação, em especial a concorrência pública.

Assim, ainda que se admita que o serviço de transporte coletivo de passageiros seja contratado sob a modalidade de “locação de veículos”, o que será objeto de impugnação específica e segregada do presente fundamento, mostra-se inegável que esse serviço ostenta características técnicas e operacionais que não viabilizam sua caracterização como “comum”.

Nesse sentido, define Jacoby Fernandes que comuns são “os objetos cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho assim define o alcance do conceito jurídico indeterminado “serviço comum”:

“ A existência de um mercado próprio Ademais disso, o vocábulo “mercado” não comporta interpretação ampla. Não se trata de indicar, de modo genérico, a iniciativa privada. Somente há bem e serviço comum quando se desenvolver atividade econômica estável e habitual, versando sobre determinado objeto. Ou seja, tem de existir um mercado próprio, no qual os bens e serviços de que necessita a Administração sejam usualmente negociados. (...) A terceira característica envolve a aptidão do bem padronizado, destituído de peculiaridades diferenciais e complexas, para satisfazer a necessidade da Administração. Não é exagero afirmar que “bens comuns” destinam-se a satisfazer “necessidades comuns”. O bem é comum porque não apresenta características peculiares. A sua contratação é adequada nos casos em que qualquer bem padronizado é apto a satisfazer as necessidades administrativas. (...) A qualidade de comum não é um atributo essencial ao bem ou serviço, mas se trata de uma qualidade externa ao bem ou serviço. Portanto, não é possível

reconhecer a existência de um bem ou serviço comum pelo exame dele próprio.”

Conforme se pode perceber, o Pregão somente pode ser utilizado em serviços que além de comum, são destinados a satisfazer as necessidades da Administração. Trata-se, portanto, de modalidade de licitação que tem por objetivo a contratação de bens e serviços que serão utilizados pela Administração e não diretamente pelos usuários do serviço contratado.

Ademais disso, o serviço de transporte coletivo de passageiros detém, em sua natureza, peculiaridades e complexidades que afastam a viabilidade da adoção da modalidade do Pregão.

O transporte coletivo de passageiros pressupõe uma organização complexa de uma atividade econômica, com a adoção de bens e pessoas organizadas com adoção de modelos próprios de contratação de funcionários (rodoviários), com regulação específica, utilização de garagens, aparato de manutenção de veículos, organização e estruturação da utilização dos ônibus (frequência, itinerários, paradas), utilização de peças de reposição, formas complexas de abastecimento, responsabilidade civil, atendimento de regulações setoriais e gerais específicas (ambientais, de atendimento aos portadores de necessidades especiais, etc.).

Portanto, não se trata de uma locação simples de veículos em que servidores públicos ou mesmo pessoas vinculadas à Administração utilizarão os veículos para se transportarem de um local para outro.

A locação de veículos utilizada como objeto da licitação em comento pressupõe o serviço contínuo e permanente de transportar todo e qualquer passageiro que esteja nos respectivos pontos de embarque/desembarque a partir de um itinerário definido pelo Poder Público.

A complexidade da forma de organização dessa atividade econômica é manifesta e afasta, de forma flagrante, a adoção da característica de comum que viabilizaria a adoção da modalidade do Pregão.

Mas não é só a natureza complexa do serviço em si que afasta a possibilidade da adoção da modalidade do Pregão. Segundo a orientação do Eg. Tribunal de Contas da União, embora se pudesse definir os padrões desse serviço a partir de regras razoavelmente objetivas contidas no Edital de Licitação, a adoção do Pregão também é vedada nos casos em que a própria fiscalização da execução do serviço dependa de expertise técnica e complexa, como é o caso.

Além disso, as características do prestador do serviço no caso de transporte coletivo de passageiros regular e contínuo detêm íntima e direta influência na qualidade do serviço a ser prestado.

Por fim, a própria complexidade da atividade econômica do serviço de transporte coletivo regular de passageiros, objeto da dita “locação de veículos” pressupõe um conhecimento técnico e econômico financeiro para se estruturar a própria viabilidade econômico-financeira de uma proposta pelo simples tipo “menor preço”.

Por não se tratar de um serviço “comum”, a estruturação da matriz econômico-financeira da proposta a ser apresentada e, também, a análise de sua viabilidade, para fins de eventual caracterização de sua (in)exequibilidade, depende de uma complexa verificação e expertise inteiramente incompatível com o regime da modalidade do Pregão.

Por tais razões, não se pode conceituar o serviço de transportecoletivo de passageiros como “serviço” comum, apto a viabilizar a adoção da modalidade do Pregão, eis que a complexidade técnica, operacional e econômico financeira dessa atividade econômica impõe a adoção de formas mais complexas de escolha da melhor proposta (modalidades de licitação).

Mas ainda que assim não fosse, conforme adiantado linhas acima, o Edital de Licitação ora impugnado caracterizou o transporte coletivo de passageiros como um serviço a ser contratado pela Administração, pela via de locação de veículos, para o transporte regular e contínuo de terceiros.

Deste modo, o Edital acabou por descaracterizar o transporte coletivo de passageiros como serviço público, de titularidade do Município, que somente pode ser delegado a terceiros mediante concessão ou permissão, na forma do artigo 175, da Constituição Federal e da Lei Federal 8.987/95.

O transporte coletivo de passageiros regular, por linhas municipais, objeto indireto da dita “locação de veículos”, é conceituado pela Constituição Federal, em seu artigo 30, inciso V, como serviço público de interesse local, que somente pode ser prestado diretamente ou pelo regime de concessão ou permissão.

Portanto, a própria Constituição Federal estabelece que o serviço de transporte coletivo de passageiros somente pode ser prestado diretamente pelo Poder Público (seu titular) ou por terceiro, desde que pelo regime da concessão ou permissão.

Deste modo, vedou a Constituição Federal que o serviço de transporte coletivo de passageiros seja prestado por terceiros por intermédio de outro regime jurídico distinto da concessão ou permissão.

O Edital de Licitação, por sua vez, adotou o regime da “locação de veículos” pelo regime da execução indireta do transporte coletivo de passageiros, ou seja, por intermédio de uma suposta “Locação de Veículos” uma empresa prestaria indiretamente o serviço de transporte coletivo de passageiros, o que não é permitido pela ordem jurídica brasileira.

Portanto, o Edital de Licitação objeto da presente Impugnação adotou o regime jurídico do contrato administrativo comum (regulado pela Lei Federal nº. 8.666/93) para veicular a contratação, pela Administração, de um serviço público que será prestado a terceiros.

Isto porque o regime jurídico da contratação regida pela Lei Federal nº. 8.666/93 pressupõe a existência de um contrato bilateral com apenas duas partes: CONTRATANTE e CONTRATADO.

Já o regime jurídico da concessão ou permissão dispõe sobre uma relação triangular, eis que acaba por atingir não somente o titular do

serviço (Município) e o delegatário que irá executar indiretamente (Concessionário), mas também o usuário do serviço.

Por esta razão também é que se mostra inadequado se utilizar o regime jurídico do contrato administrativo de locação para regular um serviço que atinge diretamente a esfera jurídica dos usuários que, por sua vez, não são objeto de qualquer previsão normativa de proteção pela Lei Federal nº. 8.666/93.

Daí que a adoção de locação, como uma alternativa oblíqua de tentar desconfigurar a natureza do transporte coletivo de passageiros como um serviço público mostra-se, com todo o respeito devido, manifestamente inconstitucional e ilegal.

Destaca-se ainda quanto a este tópico, por fim, que o fato de inexistir pagamento de tarifa pelo usuário do serviço de transporte coletivo de passageiros, opção adotada pelo Edital ora Impugnado, não tem o condão de desnaturar a referida atividade como serviço público propriamente dito. O pagamento integral do custo do serviço de transporte de passageiros executado por terceiro, ainda que por km rodado ou qualquer outra fórmula que o Poder Público adote, nada mais representa do que uma forma de subsidiar um serviço público, que somente pode ser executado por terceiro mediante concessão ou permissão.

Observa-se que o próprio Edital de Licitação assume que seu objeto revela, na verdade, uma espécie de “prestação de serviço” travestida de “locação de veículos”, ao definir o que seria a “qualificação técnica”, verbis:

“11.12.1. Comprovação de aptidão para a prestação do serviço em características compatíveis com os que são objeto desta licitação, em no mínimo de 30% (trinta por cento) do quantitativo total estimado.”

Nota-se que se os licitantes precisam comprovar aptidão para a prestação de um serviço (e não a locação de veículos), na verdade o objeto da



licitação é de prestação de serviços que, por determinação legal e constitucional, precisa obedecer ao regime da concessão ou permissão.

Assim sendo, a adoção do regime de “locação de veículos” para contratar a execução do serviço de transporte coletivo regular de passageiros aos usuários regulares do transporte, em linhas municipais, com itinerários determinados e pontos de embarque e desembarque distribuídos pela cidade, mostra-se manifestamente ilegal e inconstitucional.

Consequentemente, também se mostra indevida a utilização do Pregão, eis que o serviço público somente pode ser licitado pela modalidade da concorrência pública, na forma do artigo 175 da Constituição Federal e da Lei Federal nº. 8.987/95.

DA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 3º, §1º, INCISO I DA LEI FEDERAL Nº. 8.666/93

RESTRIÇÃO INDEVIDA DA COMPETITIVIDADE – REGRA DIRIGIDA EXPLICITAMENTE À MARAVILHA AUTO ÔNIBUS

Inobstante a ilegalidade do próprio Edital, conforme já destacado no há um outro ponto do Edital de Licitação que deve ser impugnado.

Trata-se do item 11.12.6 que dispõe acerca da qualificação técnica dos licitantes e a definição dos documentos necessários à aferição da aptidão para a execução do objeto da Licitação.

O item 11.12.1.1 estabelece que a comprovação da qualificação técnica dar-se-á “por meio da apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que demonstrem que o licitante já forneceu bem(ns) similar(es) aos descritos no termo de referência.”

Já o item 11.12.6 estabelece a seguinte flagrante ilegalidade, verbis:

“11.12.6. Não será permitida a apresentação de atestado emitido pelo próprio licitante;”

A referida regra é dirigida diretamente para a MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA., que por ser prestadora de serviço de transporte de passageiros do Município de Itaboraí, não poderia participar da licitação.

Neste passo, a pergunta que se faz é: Qual a justificativa para essa indevida restrição à competitividade? Qual a diferença entre a MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA. e uma empresa que presta serviços em Niterói, São Gonçalo ou Maricá?

A referida cláusula representa uma evidente restrição direcionada à participação na Licitação, evidenciando uma regra ilegal, por violação ao que dispõe o artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei Federal nº. 8.666/93, que assim dispõe, verbis:

“I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

Mediante o acima exposto, o Edital, também neste particular, representa manifesta ilegalidade a atingir diretamente a ora Impugnante.

**DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM
CONSÓRCIO – NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA PARA A SUA
VEDAÇÃO – RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE –
PRECEDENTE DO TCU**

O Edital de Licitação ora impugnado, prevê a vedação de que empresas reunidas em Consórcio venham a participar do certame que, conforme visto, detém manifesta complexidade e, também, envolve valores vultosos. Assim consta no item 5.2.6 do Edital, verbis:

“5.2. NÃO PODERÃO PARTICIPAR DESTA LICITAÇÃO OS INTERESSADOS: (...)

5.2.6. entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio;”

Por mais que haja certa margem de apreciação para que a Administração Pública venha a vedar a participação de empresas reunidas em Consórcio, sua restrição deve ser motivada, ainda mais em licitações com objetos complexos e de grande vulto, como mecanismo de estimular maior competitividade, finalidade precípua da licitação.

Nesse sentido já se pronunciou o Eg. Tribunal de Contas da União, verbis:

“REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM EDITAL DE CONCORRÊNCIA PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE RESTAURAÇÃO DE RODOVIA. REVOGAÇÃO DO EDITAL POR INICIATIVA DO GESTOR. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DOTRIBUNAL POR PERDA DE OBJETO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES. As exigências quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional devem se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringirem-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato. Embora discricionária, nos termos do caput do art. 33 da Lei nº 8.666/1993, quando houver a opção da Administração pela restrição à participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco à competitividade do certame. A limitação do número de atestados a serem aceitos pela Administração, a título de qualificação técnica nas licitações, somente pode ser aceita nos casos em que tal exigência seja necessária para garantir a execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade

do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público, devendo tal restrição ser justificada no processo administrativo relativo à licitação. As respostas fornecidas pela comissão de licitação ou pela autoridade competente com relação às impugnações apresentadas contra editais de certames licitatórios, nos termos do art. 41, § 1º, da Lei de Licitações, devem abranger, de modo fundamentado, todos os quesitos formulados pelo interessado, sob pena de infringência ao que dispõe o art. 50 da Lei nº 9.784/1999. (TCU. Plenário. Acórdão nº 1.636/2007, j. em 15/8/2007, rel. Min. Ubiratan Aguiar). (Grifo nosso).

“Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações. Mediante o Acórdão nº 1.102/2009 – 1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor: “1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993”. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se o campo discricionário para a vedação. A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação: “caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação”. Precedente citado: Acórdão nº 1.636/2007 – Plenário. (TCU. 1ª Câmara. Acórdão nº 1.316/2010, TC-006.141/2008- 1, j. em 16/3/2010. rel. Min. Augusto Nardes). (Grifo nosso).

Mediante o acima exposto, também sob este aspecto o Edital deve ser impugnado.



DA PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – IMPOSSIBILIDADE DE QUE UMA EMPRESA VENHA A UTILIZAR OS BENEFÍCIOS LEGAIS DE PREFERÊNCIA QUE RESULTE EM SUA MODIFICAÇÃO DE REGIME

Chama atenção da Impugnante o Item do Edital de Licitação que permite a participação, nesse certame, de microempresas e empresas de pequeno porte, eis que sua participação se mostra incompatível com o valor estimado dos contratos (bem como contraditório com a própria regra de patrimônio líquido mínimo, previsto no Item 11.11.1).

É de se causar estranheza, que uma empresa venha a se utilizar dos benefícios de preferência previstos em lei para a participação de Licitação que resulte, em caso de sua vitória, em seu descredenciamento da condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

Se a intenção do legislador é estimular as pequenas empresas ou empresas de pequeno porte, os benefícios legais a ela conferidos têm por pressuposto que o objeto da licitação (ou seja, o seu valor) respeite os limites de faturamento das mesmas, na forma contida na Lei Complementar nº. 123/2006 e na Lei Complementar nº. 128/2012.

Neste passo, se o resultado da execução do contrato resultar, de forma automática, no descredenciamento do licitante nesse regime especial de tratamento, sua participação não pode ser admitida, por revelar uma violação à competitividade e ser contrária à própria lógica desse regime diferenciado.

DOS PEDIDOS

Por todas as razões acima expostas, requer a V. Sa. que sejam acolhidas as Impugnações formuladas neste petítório, de forma a ANULAR o Edital de Licitação ou, alternativamente, sejam alteradas as regras do Edital conforme fundamentação para:



- a) Excluir cláusula que vede a utilização de atestado emitido pelo Município de Itaboraí;
- b) Permitir a participação de empresas reunidas em consórcio ou justificar, de forma motivada, sua impossibilidade;
- c) Vedar a participação de microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como microempreendedor individual – MEI.

Termos em que.

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 07 de junho de 2023.


LUCIANO OLIVEIRA ARAGÃO

OAB/RJ 83.650


MARAVILHA AUTO ONIBUS LTDA

CNPJ/MF 29.946.183/0001-14