

À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP Nº 05/2023
– PMI – SECRETARIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DO MUNICÍPIO DE ITABORAÍ

IMPUGNAÇÃO

Ref.: CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP Nº 05/2023 – PMI

SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – SETRERJ, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 28.522.373/0001-41, com sede na Alameda São Boaventura, nº 81, Niterói/RJ, por seus advogados, tendo em vista o Edital referente à CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP Nº 05/2023 – PMI – no âmbito da Secretaria Municipal de Transportes do Município de Itaboraí, vem, muito respeitosamente, apresentar Impugnação ao Edital, com fundamento no art. 41, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 c/c Item 1.7 do Edital, pelas razões apresentadas a seguir.

I. **ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES – ANTERIOR IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 70/2023 – PMI – NÃO APRECIÇÃO PELA COMISSÃO PERMANENTE DOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS APRESENTADOS – IMPERIOSA NECESSIDADE DE NOVA IMPUGNAÇÃO**

1. O Município de Itaboraí lançou, em maio do corrente ano, Edital de Licitação, 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 da cidade.

2. Em face do referido Edital, o Sindicato apresentou manifestação, impugnando, em síntese, as seguintes questões:

- (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;
- (ii) a violação à regra da exclusividade com a consequente alteração do sistema de transporte de modo a impactar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em vigor firmado com a empresa MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA;
- (iii) 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;
- (iv) a ilegalidade do Item 11.12.6 do Edital do Pregão Eletrônico que vedava a apresentação de atestado emitido pelo próprio licitante;
- (v) a necessidade de motivação do item do edital que vedava a participação no certame de empresas reunidas em Consórcio;
- (vi) a ilegalidade do item do Edital de Licitação que permitia a participação de microempresas e empresas de pequeno porte, eis que sua participação se mostra incompatível com o valor estimado dos contratos.

3. Apresentada a impugnação com base nos argumentos acima enumerados, o Pregão Eletrônico foi suspenso e as questões ventiladas pelo Sindicato submetidas à área técnica para análise.

4. A Comissão Permanente, por sua vez, elaborou parecer técnico em resposta, no qual restou consignado que: (i) não haveria qualquer ilegalidade no item 11.12.6 do Edital do Pregão, indeferindo, em consequência, o pedido de que fosse retirada a cláusula que vedava a utilização de atestado emitido pelo próprio licitante; (ii) passaria a ser permitida a participação no certame de empresas reunidas em consórcios; e (iii) o MEI foi tacitamente excluído da licitação, mas as Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Microempresas poderiam participar desde que atendidas determinadas condições.

5. Ocorre, porém, que, como visto, a Comissão Permanente de Licitação acabou não se manifestando sobre **os principais fundamentos** suscitados em sede de impugnação, que inquinam de maneira flagrante a legalidade e a higidez jurídica da Licitação.

6. Isto é, a área técnica não se manifestou em uma linha sequer sobre a questão concernente **(i)** ao fato de que, ao inserir novo sistema de transporte paralelo, custeado pelo erário, o Município de Itaboraí, através deste Edital, acaba violando a regra da exclusividade – adotada na delegação hoje vigente – e alterando o sistema de transporte de modo a impactar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado com a MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA; e **(ii)** à 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.

7. Diante deste cenário, imperiosa a apresentação de nova Impugnação ao Edital com o intuito de que a Comissão Permanente se manifeste expressamente sobre os principais fundamentos ventilados que demonstram a absoluta ilegalidade da Licitação, nos termos a seguir expostos.

II. DOS FATOS QUE EMBASAM A PRESENTE IMPUGNAÇÃO E QUE NÃO FORAM OBJETO DE ENFRENTAMENTO PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

8. Conforme se verifica do Edital objeto da presente Impugnação, pretende o Município de Itaboraí, por intermédio de sua Secretaria Municipal de Transportes, a seleção de empresa para a futura celebração de contrato de locação de ônibus com motorista, combustível e manutenção, de modo a viabilizar a prestação **gratuita de transporte coletivo aos usuários.**

9. Em conformidade com o que dispõe o Edital e seus anexos, para atendimento da demanda concernente à prestação de serviços por intermédio de locação de veículos poderão ser utilizados até 24 (vinte e quatro) ônibus, os quais deverão percorrer itinerários estabelecidos pela Secretaria Municipal de Transportes.

10. Ocorre, entretanto, que a empresa MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA, integrante do Sindicato Impugnante, 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.

11. Esta supramencionada 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.”

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

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:

13. Assim, 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

14. A análise das linhas e respectivos itinerários que compõem a estrutura atual objeto da concessão, com exclusividade, outorgada à MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA e seu cotejo com o objeto do Edital ora Impugnado evidenciam que haverá indubitavelmente sobreposição dos trechos que constituiriam a prestação de serviço por intermédio da locação pretendida.

15. Ademais disso, e para evidenciar que a outorga da concessão foi realizada em regime de exclusividade, o contrato 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 N° 006/2010.

16. É de se destacar, por oportuno, que 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.

17. Dito de outro modo, 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.

18. 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.

19. 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.

20. É nesse contexto que se enquadra a adoção do regime de exclusividade na concessão de transporte de Itaboraí. Embora a regra, no âmbito do serviço público, seja a adoção de um modelo de ampla competição (não 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.

21. Com efeito, as Constituições da República e do Estado admitem esse tipo de ponderação, porque não a vedam. A 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.

22. E o complexo 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.

23. 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).

24. Dessa visão sistêmica do modelo de transporte de toda a cidade, a opção pela adoção de um modelo tarifário em que há apenas um valor de tarifa, independente da linha (se longa, curta, com alta ou pouca demanda de passageiros), 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.

25. Isso porque 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.

26. Com isso, as demais áreas – justamente as mais necessitadas – ficariam desassistidas, ou não seriam atendidas satisfatoriamente, muito menos a preços módicos.

27. O objeto do Edital ora impugnado, por seu turno, 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.

28. Assim, ainda que indiretamente, o referido Edital acaba por implementar novas linhas de transporte público, gratuitas, que serão concorrentes àquelas operadas pela empresa integrante do Sindicato Impugnante, o que tem um impacto direto no seu equilíbrio econômico-financeiro.

29. Da simples análise do Edital é possível extrair que a locação pretendia refletir diretamente no Contrato de Concessão firmado com a empresa MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA., integrante do Sindicato Impugnante.

30. Isto porque o referido Edital visa, ao fim e ao cabo, 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.

31. Dito de modo diverso, 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.

32. Para melhor compreensão, 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.

33. Ora, se há o desejo político e 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.

34. 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.

35. Deve ser destacado, além disso, que essa pretensão contida no Edital ora impugnado causará uma situação de manifesta inconstitucionalidade não somente em relação à MARAVILHA AUTO ÔNIBUS LTDA, mas também aos demais usuários que precisam utilizar as linhas por ela operadas.

36. E, a partir desse ilegal e inconstitucional modelo de transporte que se pretende adotar, alguns usuários e cidadãos terão transporte gratuito, enquanto outros, simplesmente por residirem ou trabalharem em outras localidades, terão que pagar o transporte.

37. Essa situação 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 inúmeras pessoas sem qualquer fundamento plausível ou razoável.

38. Dito de outro modo, ou o Poder Público custeie 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 parcela da população.

III. DA DEFINIÇÃO DO OBJETO COMO LOCAÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR A NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO A SER OBJETO DE CONCESSÃO

39. Além da questão acima ventilada, tem-se que o presente Edital de Licitação deve ser igualmente objeto de impugnação em razão da 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 delegado ao mercado pelo regime jurídico da concessão ou permissão, na forma do artigo 175, da Constituição Federal de 1988.

40. Aqui cumpre fazer um adendo, pois, a despeito do que consta no Item 2.1 do Edital – que define o objeto da licitação – no sentido de que a prestação do transporte público gratuito de passageiros será realizada diretamente pela Secretaria Municipal de Transporte de Itaboraí, o que se verifica da detida análise do inteiro teor do edital é que, a bem da verdade, os serviços serão prestados por terceiros sob o regime de Execução Indireta sem que haja a devida delegação mediante concessão ou permissão.

41. O objeto da licitação continua sendo, de igual maneira, a locação de veículos para prestação de serviço público de transporte coletivo!

42. Assim é que 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.

43. Deste modo, o Edital acabou, na realidade, 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.

44. 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 permissão¹.

45. 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.**

46. 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.

47. O Edital de Licitação, por seu turno, adotou o regime da “locação de veículos” pelo regime da execução indireta do transporte coletivo de passageiros.

48. 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.

49. 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.

50. 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.

¹ “(...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

51. 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.

52. Por esta razão 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.

53. 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.

54. Deve ser destacado ainda quanto a este tópico, 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.


55. 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.

56. Por estas razões, 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.

IV. DOS PEDIDOS

57. Pelo exposto, requer a V. Sa. seja acolhida a Impugnação formulada na presente peça, apreciando-se, assim, os principais fundamentos ventilados pelo Sindicato para, em consequência, deferir o pedido de anulação do Edital de Licitação da CONCORRÊNCIA PÚBLICA SRP Nº 05/2023 – PMI.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2023.


Bruno Silva Navega
OAB/RJ 118.948


Luiza Alvarenga Costa
OAB/RJ 181.859


Renata de Barros
OAB/RJ 168.870