

ILUSTRÍSSIMO SENHOR ANDRÉ GIOVANNI PESSUTO CANDIDO, AUTORIDADE SIGNATÁRIA DO EDITAL E SEUS ANEXOS, DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FERNANDÓPOLIS – SP

**CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
CONCORRÊNCIA Nº 001/2024
EDITAL 004/2024
PROCESSO ADM. 009/2024**

HSL PROSPERA ASSESSORIA EM LICITAÇÕES LTDA, empresa cadastrada no CNPJ sob nº 52.786.908/0001-76, estabelecida na Rua Antônio das Chagas, 180, Chácara Santo Antônio, CEP 04714-000, São Paulo – SP, com endereço eletrônico hslicitacoes@gmail.com, por seu representante legal, vem nos termos do artigo 164 da Lei federal 14.133, de 1º de abril de 2021, e alterações, e nos termos do subitem 13.1, do item 13, do edital acima referenciado, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

por intermédio do e-mail compras@fernandopolis.sp.gov.br, conforme previsto no subitem 13.3, do item 13, do mesmo instrumento convocatório, pelas razões de fato e de direito abaixo expostas.

Em que pese todo o zelo da Administração Pública Municipal de Fernandópolis em compor o edital e seus anexos de forma a buscar o atendimento do interesse público, há alguns pontos em que estamos convictos que podemos colaborar com um novo olhar, a fim de aprimorá-los e, assim, ampliar o alcance do interesse público.

I- OBJETO DA LICITAÇÃO

- 1- Trata-se de licitação na modalidade de Concorrência Pública na forma eletrônica, com vistas à **“Concessão dos serviços de operação e gestão de pátios, com Sistema Integrado de Identificação Automática de Veículos, para monitoramento dos veículos que transitem nas vias, com estrutura de transporte (guinchos) para remoção, recolhimento, apreensão, guarda, leilão e depósito de veículos apreendidos, em decorrência de infrações à legislação de trânsito ou solicitação dos demais órgãos pertencentes ao Sistema Nacional de Trânsito, nos municípios de Fernandópolis/SP, Macedônia/SP, Meridiano/SP, Pedranópolis/SP, Estrela D’Oeste/SP e São João das Duas Pontes/SP, ou de veículo em estado de abandono na via pública, no âmbito do município de Fernandópolis/SP, através da solicitação da Secretaria Municipal de Trânsito e Transporte”**, conforme subitem 1.1., do item 1 DO OBJETO, do edital.
- 2- A fim de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Municipal, foram eleitos a **maior oferta**, como critério de julgamento, e o **modo aberto de disputa**.
- 3- A sessão pública foi agendada inicialmente para 29/05/2024, 08h30min do horário de Brasília, no portal Compras Fiorilli, contudo, o edital foi revisto para alterar o valor das tarifas ou preços públicos, de tal modo que a sessão pública foi reagendada para 10/07/2024.

II- DA TEMPESTIVIDADE

- 4- Nos termos do subitem 13.1, do item 13 “Da Impugnação do edital e do pedido de esclarecimento”, do edital, **o recebimento de impugnações é tempestivo até o dia 04/07/2024**.
- 5- Sendo assim, a data precedente de protocolo dessa peça impugnatória remete a seu recebimento, processamento, análise e expedição do ato administrativo decisório.

III- DO MÉRITO

- 6- A partir de agora passaremos a tratar pontualmente por tópicos todos os pontos sobre os quais avaliamos haver oportunidade de aprimoramento ou, ainda, um ajustamento ao ordenamento jurídico que rege as licitações públicas e os contratos administrativos, de forma a garantir o interesse público que norteia a Administração em meio ao Estado Democrático de Direito.

a. **Da alteração do edital quanto à redução das tarifas sem os devidos desdobramentos econômico-financeiros. Inexistência de silogismo e desequilíbrio econômico preunciado.**

7- O edital, tal como republicado, passou a contar com valores de tarifas diferentes entre aqueles constantes do Estudo Técnico Preliminar, fls. 95, e as tabelas do Termo de Referência 15/2024, fls. 23 e seguintes.

8- Na primeira versão publicada do edital as tarifas previstas em ambas as peças eram as mesmas, de mesmo valor. Na segunda versão os valores foram revistos artificialmente, sem os desdobramentos necessários nos estudos preliminares quanto aos aspectos econômico-financeiros.

9- Vejamos comparativamente o que trazem a 1ª e 2ª versão do edital:

1ª VERSÃO DO EDITAL			2ª VERSÃO DO EDITAL			Var. %
Tarifa	Tipo Veículo	Valor	Tarifa	Tipo Veículo	Valor	
Remoção	Leve	R\$ 550,00	Remoção	Leve	R\$ 388,96	-29%
Remoção	Utilitário	R\$ 600,00	Remoção	Utilitário	R\$ 388,96	-35%
Remoção	Pesado	R\$ 900,00	Remoção	Pesado	R\$ 388,96	-57%
Remoção	Motos e Assemelhados	R\$ 400,00	Remoção	Motos e Assemelhados	R\$ 388,96	-3%
Remoção	Caçambas	R\$ 500,00	Remoção	Caçambas	R\$ 388,96	-22%
Estadia	Leve	R\$ 70,00	Estadia	Leve	R\$ 38,90	-44%
Estadia	Utilitário	R\$ 75,00	Estadia	Utilitário	R\$ 38,90	-48%
Estadia	Pesado	R\$ 150,00	Estadia	Pesado	R\$ 38,90	-74%
Estadia	Motos e Assemelhados	R\$ 60,00	Estadia	Motos e Assemelhados	R\$ 38,90	-35%
Estadia	Caçambas	R\$ 60,00	Estadia	Caçambas	R\$ 38,90	-35%
Liberação	Todos	R\$ 0,00	Liberação	Todos	R\$ 19,17	100%
Número de Remoções/ano		1086 / 1150	Número de Remoções/ano		1086 / 1150	0%
Investimentos necessários		2,3 Mi	Investimentos necessários		2,3 Mi	0%
Valor Global do Contrato		18,0 Mi	Valor Global do Contrato		18,0 Mi	0%
Outorga Mínima		500,0 K	Outorga Mínima		500,0 K	0%
Taxa Interna de Retorno		25,60%	Taxa Interna de Retorno		25,60%	0%

10- Nota-se que na segunda versão do edital houve uma redução de todas as tarifas e a inclusão de uma nova (a de liberação) e manutenção da volumetria de remoções, investimentos, outorga fixa, taxa interna de retorno e valor global do contrato.

11- Tal circunstância demonstra um vício na segunda versão do edital. A mudança no valor das tarifas é fator que altera diretamente as receitas a serem auferidas pela empresa concessionária e é matematicamente impossível se manter o valor do contrato total e a taxa de retorno sem um tempo maior de contrato ou o aumento da demanda de veículos removidos, ou a combinação de ambas as variações, o que não aconteceu.

12- Diante da constância dessas variáveis é inafastável que não se pode manter o valor total do contrato e a taxa interna de retorno, inclusive mantidos o valor da outorga fixa e do investimento.

- 13- O que a Prefeitura de Fernandópolis fez parametrizar os valores àqueles constantes do ANEXO I – TAXA DE FISCALIZAÇÃO E SERVIÇOS DIVERSOS – TFS (VALOR EM UFESP), da Lei estadual nº 15.266, de 26 de dezembro de 2013, e alterações.
- 14- Seu item 18 traz o fator 11,00 de conversão da UFESP para reais quando for devido o serviço de rebocamento de veículos (remoção – guincho).
- 15- Já seu item 17 estabelece o fator 1,10 da mesma unidade fiscal para conversão em reais no caso de serviço relacionado à estadia do veículo no pátio de recolhimento.
- 16- A liberação veicular, inexistente na primeira versão do edital e nos estudos técnicos, está no item 19 da referida tabela por 0,542 UFESPs.
- 17- A respeito desta decisão de rever as tarifas para os mesmos valores de taxas estaduais, solicitamos cópia do **Convênio 93/2020, firmado com o DETRAN-SP**, por intermédio do **Serviço de Informação ao Cidadão – SIC, protocolo KK034SCX**, contudo, nos foi enviado e-mail referindo-se a anexos inexistentes na mensagem eletrônica de resposta. Não pudemos, assim avaliá-lo sob este aspecto.
- 18- A lei não estabelece distinção de valores das tarifas para quaisquer tipos de veículos, utilizando o mesmo valor seja para motocicletas, automóveis ou veículos pesados. Quanto a este aspecto a primeira versão do edital trazia diferenciação de valores tarifários entre os tipos de veículos, o que nos pareceu mais acertado conceitual e metodologicamente, haja vista que as despesas para se remover uma moto e um caminhão certamente não são as mesmas. Não nos parece a melhor forma de garantir a isonomia entre os cidadãos.
- 19- O valor de uma UFESP atualmente é de R\$ 35,36 (trinta e cinco reais e trinta e seis centavos).
- 20- Nesta relação as tarifas ficam com os valores de R\$ 388,96 (trezentos e oitenta e oito reais e noventa e seis centavos) para remoção e R\$ 38,90 (trinta e oito reais e noventa centavos) para estadia. Já a liberação veicular em R\$ 19,17 (dezenove reais e dezessete centavos).
- 21- A diferença entre os valores tarifários da primeira e da segunda versão do edital pode ser assim traduzida:

REMOÇÃO											
VEÍCULOS X QTDE		TAXA			TARIFA						
TIPO DE VEÍCULO	QTDE. VEÍCULOS	R\$ - Taxa/Lei	TOTAL/ANO	R\$ TARIFA/CSP	TOTAL/ANO	Var. % Taxa x Tarifa	Var. % Total				
Veículos leves	444	R\$ 388,96	R\$ 172.698,24	R\$ 550,00	R\$ 244.200,00	41%	41%				
Veículos utilitários	112	R\$ 388,96	R\$ 43.563,52	R\$ 600,00	R\$ 67.200,00	54%	54%				
Veículos Pesados	9	R\$ 388,96	R\$ 3.500,64	R\$ 900,00	R\$ 8.100,00	131%	131%				
Motos	188	R\$ 388,96	R\$ 73.124,48	R\$ 400,00	R\$ 75.200,00	3%	3%				
TOTAIS	753		R\$ 292.886,88		R\$ 394.700,00		35%				

ESTADIA											
VEÍCULOS X PERMANÊNCIA		TAXA			TARIFA						
TIPO DE VEÍCULO	PERMANÊNCIA/DIAS (MÉDIA)	R\$ - Taxa/Lei	TOTAL/ANO POR VEÍCULO	QTDE. VEÍCULOS	TOTAL/ANO	R\$ - TARIFA CSP	TOTAL/ANO POR VEÍCULO	QTDE. VEÍCULOS	TOTAL	Var. % Taxa x Tarifa	Var. % Total
Veículos leves	5	R\$ 38,90	R\$ 194,50	444	R\$ 86.358,00	R\$ 70,00	R\$ 350,00	444	R\$ 155.400,00	80%	80%
Veículos utilitários	5	R\$ 38,90	R\$ 194,50	112	R\$ 21.784,00	R\$ 75,00	R\$ 375,00	112	R\$ 42.000,00	93%	93%
Veículos Pesados	5	R\$ 38,90	R\$ 194,50	9	R\$ 1.750,50	R\$ 150,00	R\$ 750,00	9	R\$ 6.750,00	286%	286%
Motos	5	R\$ 38,90	R\$ 194,50	188	R\$ 36.566,00	R\$ 60,00	R\$ 300,00	188	R\$ 56.400,00	54%	54%
TOTAIS				753	R\$ 146.458,50			753	R\$ 260.550,00		78%

COBRANÇAS	TOTAL/ANO REMOÇÃO	TOTAL/ANO ESTADIA	TOTAL GERAL
TAXA/LEI	R\$ 292.886,88	R\$ 146.458,50	R\$ 439.345,38
TARIFA/CSP	R\$ 394.700,00	R\$ 260.550,00	R\$ 655.250,00
VAR. %	35%	78%	49%

22- O segundo edital serviu para rever variações positivas que iam de 3% a 131% nas remoções e 54% e 286% nas estadias, deixando de onerar a população de um aumento médio por tipo de serviço público, respectivamente, de 35% e 78%, que elevaria o serviço total em 49%.

23- Estamos falando de uma estimativa de queda de receita bruta na ordem de R\$ 215.904,62 (duzentos e quinze mil, novecentos e quatro reais e sessenta e dois centavos) ao ano, R\$ 1.079.523,10 (um milhão, setenta e nove mil, quinhentos e vinte e três reais e dez centavos) em 5 anos e R\$ 2.159.046,20 (dois milhões, cento e cinquenta e nove mil, quarenta e seis reais e vinte centavos) em 10 anos.

24- E para a Prefeitura esse efeito em nada alterou o valor total do contrato e a taxa interna de retorno, o que tecnicamente é inconcebível e presume que a contratação nos termos em que se encontra o edital atualmente é temerária.

25- Como manter a expectativa de arrecadação originariamente prevista com tarifas muito menores (estamos falando em variações de 35% a 78%) sem qualquer ajuste fundamentado dos demais fatores?

26- Outro desdobramento lógico é que reduzidas as tarifas no mesmo intervalo de tempo e na mesma volumetria, o retorno do investimento e a obtenção de lucro também são sensivelmente alterados.

27- Pergunta-se, então, como as empresas postulantes à concessão se remunerarão nos patamares e tempo previstos no estudo técnico apresentado pela Prefeitura, se os valores das tarifas foram reduzidos?

28- Nos parece que a Prefeitura adotou a tabela da lei estadual para balizar suas tarifas, por não poder sustentar tecnicamente os valores tarifários publicados originariamente e cujo estudo técnico sequer avaliou a capacidade econômica da população. E, ainda, ao fazê-lo não se preocupou em ajustar

os estudos para que a concessão se dê de maneira equilibrada do ponto de vista econômico-financeiro, com nova previsão de receita bruta e redução, senão a exclusão, da outorga fixa, em detrimento da empresa concessionária e de si mesma, posto que previu outorga variável para a concessão do serviço público.

29- O que nos transparece, ainda, é que a Prefeitura não está preocupada em gerar a menor tarifa possível para a população, que poderia, inclusive, ser menor do que o valor das taxas estaduais adotadas indiretamente como tarifas no presente caso e, ainda, proporcionalizar tarifas menores e maiores a considerar o porte dos veículos removidos, garantindo-se de fato e de direito a isonomia prevista constitucionalmente, havendo maior dispêndio para aqueles cidadãos com maior capacidade patrimonial. Da maneira posta, o valor da tarifa é invariável, em detrimento da isonomia e da economia popular e, ainda, coloca o risco do negócio todo sob os ombros da empresa concessionária.

30- Mas ainda há tempo para correção destes aspectos.

b. A eleição do critério de julgamento e a necessidade de mitigação de riscos da concessão de serviços públicos.

31- A presente licitação é regida, neste aspecto, pela Lei federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e alterações, que traz entre outras opções de **critério de julgamento** a melhor oferta¹, perfazendo 8 (oito) modalidades no total, mas que para balizar nossa argumentação importam apenas 3 (três) delas, pela natureza e características encontradas no serviço público ora tratado: **o menor valor da tarifa, a maior oferta e a combinação entre os dois primeiros.**

32- Ao nosso ver, a Prefeitura Municipal de Fernandópolis adotou a segunda opção sem considerar em seus estudos técnicos o impacto no cenário socioeconômico da cidade e da região. Nas concessões de serviço público ordinárias, como é o caso, quem paga integralmente pelo serviço público é a população que se servirá dele diretamente, importando sobremaneira avaliar tais impactos diante das tarifas definidas e, num viés paralelo, se empiricamente ela terá capacidade de suportar o pagamento do serviço público tal como estimado de forma que o modelo de negócio adotado seja viável.

33- Por outro lado, também se nota que há melhorias a serem feitas nos estudos quanto à demanda estimada de veículos a serem removidos e mantidos sob guarda e depósito.

34- Ambos os aspectos estão diretamente ligados à viabilidade da concessão de serviço público (sucesso) e ao risco do empreendimento, uma vez que a cobertura dos investimentos estimados², a

¹ Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

2 R\$ 2.310.950,00 (Dois Milhões e Trezentos e dez Mil e Novecentos e Cinquenta Reais) é o valor total aproximado que a contratada investirá.

(Item 9 – ETP – fls. 82)

remuneração do concessionário e a cobertura das outorgas fixa³ e variável⁴ dependem sensivelmente da realização fática da demanda e a capacidade econômico-financeira da população em arcar com as tarifas, o que conforme já demonstrado acima ficou desequilibrado na segunda versão do edital.

35- Seja porque as receitas tarifárias estarão atreladas à liberação de veículos, quando o proprietário do veículo arcar com tributos, licenciamentos, multas e despesas de remoção e estada mediante o desembolso imediato de recursos financeiros e liberação do veículo, seja pela alienação em leilão dos veículos aos arrematantes e o pagamento do maior lance, que desdobrar indiretamente no pagamento das tarifas do serviço público ora tratado em obediência ao estabelecido no Artigo 328, § 6º, da Lei federal 9.503, de 27 de setembro, e alterações, Código Brasileiro de Trânsito, doravante apenas CTB.

36- Iniciemos a nossa abordagem pelo aspecto financeiro, mais precisamente sobre o valor das tarifas.

37- Uma maneira de não onerar sobremaneira a população passa justamente por **adotar um modelo de negócio em que se equilibrem a maior oferta possível com a menor tarifa**, cenário onde tanto poder concedente, concessionário e usuário do serviço público tendem a ser atendidos nos termos normativos constitucionais, conforme artigo 175 da Constituição Federal.

38- Ousamos, neste sentido, pois, concluir que **o melhor critério de julgamento a ser adotado na presente licitação é a combinação da menor tarifa com a maior oferta**, tal como previsto e plenamente viável jurídica e economicamente no artigo 15, incisos I a III, da Lei federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **ou, simplesmente a menor tarifa**, nada se cobrando pela outorga fixa, caso ainda se queira avançar ainda mais na modicidade tarifária, princípio legal das concessões de serviços públicos em benefício da população, uma vez que a cobrança da outorga sempre estará por dentro da remuneração da concessão para angariar receitas para a Prefeitura, sem qualquer contrapartida, haja vista que no presente caso os serviços prestados foram prestados pelo particular.

39- No caso de adotar-se a menor tarifa, inclusive, o ônus para a remuneração da concessão recairá majoritariamente sobre bens, ou seja, os veículos cujos proprietários, mesmo tendo maior facilidade de liberá-los frente a preços módicos, os relegaram à hasta pública de leilão. O maior ônus recairá, portanto, sobre bens e não sobre a economia pessoal e doméstica dos cidadãos do município.

40- Não se esquecendo o aspecto acima tratado, outro **fator preponderante para o equilíbrio econômico-financeiro da concessão de serviços públicos é a demanda estimada**.

3 R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) é o valor da outorga inicial. (Item 9 – ETP – fls. 82)

4 A porcentagem da outorga variável de cada serviço, será definido pela licitante vencedora da Concorrência, através de sua proposta. (Item 9 – ETP – fls. 82)

41- Quanto ao volume de demanda de veículos o Estudo Técnico Preliminar trata do tema em seu item 7, “Estimativa de Quantidades a serem Contratadas” (fls. 81). O fundamento está previsto no plano de negócio e projeto econômico-financeiro dos serviços (fls. 110):

“Para realização dos estudos foram levantados e projetados os dados que parametrizam o presente processo. Entre os vários dados estudados podemos destacar o **tamanho da frota de veículos cadastrada**, a **composição desta frota** cadastrada, a **frota circulante média**, o **índice de irregularidade da frota** cadastrada e **dos condutores**, elementos indispensáveis para o cálculo da demanda projetada.

Apenas para ilustrar, a frota de veículos cadastrada no município de Fernandópolis/SP é de 65.393 (sessenta e cinco mil e trezentos e noventa e três) veículos (dados **IBGE-2022**), e a frota regional é de 249.300 (duzentos e quarenta e nove mil e trezentos) veículos”. (grifamos)

42- Novamente trazemos ao debate uma questão fundamental. **A quantidade de veículos apreendidos, removidos, liberados e leiloados empiricamente no município e região foi estudado? Qual o volume real hoje? Qual o valor médio de alienação? Qual o tempo médio de permanência para liberações pelo proprietário? Qual o mesmo tempo médio para veículos leiloados?**

43- Essas perguntas ganham muito peso quando ponderamos que se o volume de veículos e sua permanência média no pátio previsto nos estudos econômico-financeiros não se concretizarem, a remuneração dos serviços públicos e o equilíbrio econômico-financeiro da concessão restarão prejudicados. E não há nada que sopesse esse risco no edital, seus anexos ou estudos de forma consistente.

44- A Administração Municipal informa que vislumbrou empresas interessadas neste modelo de negócio e visitou pátios regidos sob ele nos municípios de São Bernardo do Campo e Santo André, região metropolitana de São Paulo, com economia, população e frota de veículos muito maiores do que os do Município de Fernandópolis e região.

45- Caso premissas destes locais tenham sido trazidas para balizamento da concessão de tais serviços públicos no âmbito de Fernandópolis, é preciso que haja o cuidado de se aferir as realidades e as diferenças entre todos os municípios e, ainda, avaliar-se os riscos inerentes à não remuneração adequada do concessionário.

46- **Afinal, saindo das suposições, qual é a demanda real de apreensões, remoções, estadias, permanências e leilões hoje no município? É maior do que o meramente estimado, o que ensejará a uma maior arrecadação, o que poderia mitigar o valor elevado das tarifas e outorgas? É menor, o que provocará um desequilíbrio econômico-financeiro na remuneração da concessão e prejudicará tanto o poder concedente e, principalmente, a concessionária de serviço público? Nesta última hipótese, a Prefeitura subsidiará parte da remuneração?**

47- Quando a remuneração contratual é baseada fundamentalmente em fatores variáveis que não estão sob a ingerência do particular, sofrendo influência do desempenho do poder concedente e de áleas sociais, **é razoável que haja(m) disposição(ões) e/ou cláusula(s) de contrapeso que mitigue(m) o risco do empreendimento**. No primeiro caso, para que se possam reduzir as tarifas. No segundo caso, para se possa conhecer a forma que o poder concedente utilizará para subsidiar a remuneração do particular, pois haverá prejuízo em vez de lucro. E, neste aspecto, não verificamos no edital e em seus anexos nada com a consistência necessária.

48- No item 16, do Estudo Técnico Preliminar, fls. 87, há 4 (quatro) riscos estabelecidos pela Administração, nenhum deles levando em consideração este aspecto.

49- De forma muito superficial, encontramos disposição nas fls. 117 do Estudo Técnico Preliminar, dentro do Plano de Negócios, da seguinte maneira:

“A matriz de risco do negócio, estabelecida como referência para a demanda é de 5%, a maior ou menor”.

50- A que se refere a variação de 5%? Havendo ela para cima ou para baixo, é o caso de manutenção das regras originárias? Havendo variação sensível para baixo ou para cima, supondo por hipótese 30%, 40% da demanda, quais as medidas a serem adotadas? Haverá redução de tarifas, caso para cima? Como se dará o subsídio para cobrir a remuneração do concessionário, caso para baixo?

51- Todo o risco para uma demanda aquém da estimada deve ser colocado na composição de preços da licitante que balizará a maior oferta pretendida, enfraquecendo o percentual da outorga variável que o município pretende auferir?

52- No que se refere ao risco, a Lei federal 14.133, de 1º de abril de 2021, e alterações, traz:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, **elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica** e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

(...)

c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, **considerados os riscos** e os perigos **identificáveis**, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

(...)

XXVII - **matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:**

a) listagem de **possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro** e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

(...)

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

(...)

X - a **análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual**;

(...)

Art. 22. O edital poderá contemplar **matriz de alocação de riscos** entre o contratante e o contratado, hipótese em que o **cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado**, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a **alocação eficiente dos riscos de cada contrato** e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os **mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos**, caso este ocorra durante a execução contratual.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I - às **hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento**;

II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

(...)

Art. 92. São **necessárias em todo contrato** cláusulas que estabeleçam:

(...)

IX - a **matriz de risco, quando for o caso**;

(...)

Art. 103. O contrato poderá **identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados**.

§ 1º A alocação de riscos de que trata o caput deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a **natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo**.

§ 2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§ 3º A **alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação**.

§ 4º A **matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes** e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes.

(...)

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a **práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo**, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

(...)

§ 1º Na forma de regulamento, a **implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão** ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com **segurança jurídica para todos os**

envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

53- Há, portanto, vasto comando normativo que aplicado ao presente caso não torna a adoção da matriz de risco como uma faculdade da Administração, mas uma necessidade contra eventual enriquecimento ilícito, em razão das peculiaridades do serviço público objeto da concessão e de sua remuneração dependente de fator variável sem que haja uma ingerência direta da concessionária, que não exerce o poder de polícia administrativa. Um estudo preliminar que não considere a demanda real e atual do volume dos serviços está muito inclinada a conduzir a relação contratual para um desequilíbrio econômico-financeiro e geração de conflitos futuros.

54- Não há dados suficientes para que o plano de negócio que se pretende das licitantes seja feito de forma equilibrada e consistente, de modo que as concessionárias estarão submetidas a riscos incalculáveis.

55- É medida inafastável, por todo o visto, que a Administração Municipal reveja e aprimore o edital e seus anexos com base nos argumentos ora trazidos. Mas não é só isso, ainda há em meio à questão do risco a forma como a Prefeitura regrou a vigência contratual.

56- A minuta contratual, que faz parte integrante do edital, dispõe às fls. 123:

“2.1. O prazo de vigência da concessão é de 05 (cinco) anos contados da assinatura deste Termo de Contrato, prorrogável por até 10 (dez) anos, na forma dos artigos 107 da Lei nº 14.133, de 2021”.

(...)

“2.3. A Concessionária não tem direito subjetivo à prorrogação contratual”.

(...)

“2.5. Nas eventuais prorrogações contratuais, os custos não renováveis já pagos ou amortizados ao longo do primeiro período de vigência da contratação deverão ser reduzidos ou eliminados como condição para a renovação”.

57- O termo de referência prevê às fls. 25:

1.2. O licitante vencedor deve pagar ao Poder Concedente uma **outorga fixa inicial de R\$ 500.000,00** e, uma **porcentagem sobre as tarifas cobradas dos usuários (outorga variável)** no decorrer de todo o contrato, conforme justificativa constante do Estudo Técnico Preliminar.

1.3. O **prazo de vigência da contratação é de 5 (cinco) anos**, contados do(a) assinatura do contrato, **prorrogável por até 10 anos**, na forma dos artigos 106 e 107 da Lei nº 14.133, de 2021.

1.4. O contrato oferece maior detalhamento das regras que serão aplicadas em relação à vigência da contratação.(grifamos)

58- A contabilização da outorga fixa se dá no ativo intangível, nos termos das normas do Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC:

“Outorga é o valor referente ao direito de exploração da infraestrutura pública, cujo pagamento pode ser acertado entre as partes de forma única, parcela ou proporcional às receitas. Conforme OCPC 05, o direito de outorga é “decorrente de processos licitatórios onde o concessionário entrega, ou promete entregar, recursos econômicos em troca do direito de explorar o objeto de concessão ao longo do prazo”. A OCPC 05 diz que as outorgas a serem

pagas ao Poder Concedente podem ser registradas na assinatura do contrato ou na execução do mesmo. Isto dependerá dos termos contratuais. A ICPC 01 e a OCPC 05 trazem outras características das contabilizações dos contratos de concessão, como a obrigatoriedade da contabilização de provisão de manutenção, no caso das concessões rodoviárias, das manutenções das rodovias; além de definir que as divulgações das informações contábeis devem detalhar os principais pontos dos contratos de concessão. Segundo a OCPC 05 (item 10 a 15), o registro contábil da outorga é devido no início da concessão, nos casos em que o preço da delegação dos serviços públicos é pago no início da concessão, de uma única vez ou, em vários pagamentos por prazo menor que o prazo da própria concessão. No entanto, nas situações de pagamento parcelado, pode haver duas linhas de entendimento, de acordo com a OCPC 05, item 31 e 32: “(i) não há o registro da outorga na assinatura, e sim, quando ocorre o pagamento ou, (ii) registro na assinatura do contrato de concessão”. Para a outorga reconhecida na assinatura do contrato (no caso de outorga fixa), o custo correspondente aos valores já despendidos e a despendido no futuro deve ser reconhecido a valor presente, conforme CPC 12 (Ajuste a Valor Presente) (item 28 do OCPC 05). **Considerando que é um valor referente a um benefício de longo prazo, a classificação adequada é no grupo de ativo intangível**⁵.(grifamos)

59- Na qualidade de ativo intangível por prazo determinado, sofre amortizações conforme o tempo a que está limitado.

60- Os estudos econômico-financeiros, por sua vez, nos termos que se afere às fls. 97 do edital, não preveem despesas com amortização e **quando trata da depreciação a considera por 10 (dez) anos, prazo limite com a prorrogação contratual a que a empresa concessionária não faz direito subjetivo**. Não se sabe, portanto, se foi impropriamente considerada na depreciação e, se foi, seu ciclo foi determinado em 10 (dez) anos.

61- Para um ponto fundamental diante destas disposições. Quando considerados o resultado bruto e líquido que vão remunerar o concessionário em 10 (dez) anos, não pode a norma contratual prever a vigência em 5 (anos). Caso não haja a prorrogação, que não está sob a ingerência da concessionária, o retorno econômico não se concretizará em sua plenitude, havendo enriquecimento ilícito do poder concedente.

62- Neste contexto, **propomos algumas alternativas**, a saber: **1-** exclusão da outorga fixa, tal como já defendido; **2-** redução da outorga fixa para algo em torno de 50% do valor a ser estabelecido após a revisão dos estudos frente às reduções de receitas tarifárias na segunda versão do edital, conforme amplamente expostos na letra “a” da presente impugnação, para que o valor se compatibilize à vigência contratual de 5(cinco) anos de vigência originária; **3-** aumento da vigência do contrato para 10 (dez) anos;

63- Mas ainda há mais que se avançar nos aprimoramentos a serem propostos, diante da restritividade presente no edital

⁵ PEDRO, L. M.; RIBEIRO, M. S. Análise da contabilização dos principais tipos de concessão rodoviária- chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/file:///C:/Users/Jos%C3%A9%20Valter/Downloads/fabiofalb,+22263-41116-1-CE.pdf

c. **Da aglutinação de objetos que gera restrição ao certame e à competitividade. O problema da habilitação técnica, no que se refere à qualificação técnico-operacional. Inadequação da inclusão do Sistema Integrado de Identificação Automática de Veículos no âmbito da concessão de serviço públicos**

64- A definição do objeto e da cláusula correspondente no contrato administrativo trazem o “Sistema Integrado de Identificação Automática de Veículos”, agregado ao serviço público de operação e gestão de pátios que engloba estrutura de transporte para remoção, recolhimento, apreensão, guarda, leilão e depósito de veículos apreendidos.

65- Em meio às especificações do edital traz todos os requisitos do referido sistema, como deve ser a operação de equipamentos e softwares, armazenamento de dados e imagens, integração com bases de dados do **Detran-SP** e modo de **operacionalização junto à fiscalização**.

66- Também traz nas especificações o sistema de CFTV que deve ser adotado no perímetro do pátio, bem como todas os detalhes de como deve funcionar e servir de apoio à **segurança patrimonial dos bens sob depósito da concessionária diretamente ligada ao serviço público**.

67- E visando aferir a prévia **qualificação técnico-operacional** do concessionário em meio ao processo licitatório, previu no subitem 8.27, do item 8, “Critérios de seleção do Fornecedor”, do edital:

8.27. Comprovação de aptidão para execução de serviço de **complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior com o objeto desta contratação**, ou com o item pertinente, por meio da apresentação de certidões ou atestados, por pessoas jurídicas de direito público ou privado, ou regularmente emitido(s) pelo conselho profissional competente, quando for o caso.

8.27.1. Para fins da comprovação de que trata este subitem, os atestados deverão dizer respeito a contratos executados com as seguintes características mínimas:

8.27.1.1. Gestão de pátio de no mínimo 5% (cinco por cento) dos automóveis previsto no Estudo Técnico Preliminar desta concessão.

8.27.2. Será admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo, a apresentação e o somatório de diferentes atestados executados de forma concomitante.

8.27.3. Os atestados de capacidade técnica poderão ser apresentados em nome da matriz ou da filial do fornecedor.

8.27.4. O fornecedor disponibilizará todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados, apresentando, quando solicitado pela Administração, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foi executado o objeto contratado, dentre outros documentos.

68- Numa interpretação seca e literal do comando editalício, a complexidade tecnológica envolve tanto o Sistema Integrado de Identificação Automática de Veículos, quanto o sistema de CFTV. Nesta toada, a empresa concessionária tem que ter **experiência prévia** com a **segurança patrimonial do perímetro do pátio, atrelada diretamente à prestação do serviço público concedido, e monitoramento de vias, que extrapola o perímetro do pátio onde são realizadas as ações do núcleo**

real do objeto contratual e, ainda, se relaciona com a fiscalização de trânsito, que transborda os contornos dos serviços públicos a serem outorgados.

69- Quantas empresas tem ambas as expertises num escopo contratual além das empresas ou empresas responsáveis pelo serviço público nos pátios de São Bernardo do Campo e Santo André?

70- Essa conclusão de integralidade da atestação quanto ao aspecto tecnológico vincula-se ao fato de que o edital não tem qualquer limitação quanto à abrangência da atestação.

71- A Lei federal 14.133, de 1º de abril de 2021, e alterações, no que diz respeito a esta matéria, estipula:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

(...)

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, **tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto**, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

(...)

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem **capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior**, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

(...)

§ 1º **A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.**

§ 2º Observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

72- O edital não especifica as parcelas de maior relevância técnica e, neste caso, a inclusão ou não do referido sistema integrado, nem o atrela a parcela de valor significativo do escopo do objeto. Ao fazer isso acaba por implicitamente dar relevância técnica a todos os itens que compõe o objeto contratual, o que é vedado por lei.

73- A Constituição Federal a este respeito é incisiva:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, **serviços**, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,

mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**

74- Somente neste sentido, já é o caso de se rever o edital e se estabelecer quais os contornos objetivos do conceito “complexidade tecnológica” previsto no edital, diante do delineamento das parcelas de maior relevância técnica e/ou econômica.

75- A nosso ver o Sistema Integrado é serviço acessório e não deve englobar o núcleo real do contrato, seja para fins de atestação técnica, seja para a formação de consórcio, mas isso não é algo que se possa presumir, mas que precisa ficar disposto de forma objetiva no edital, para que não se permitam ilações interpretativas em meio ao procedimento licitatório. **Há, de fato e de direito, uma restrição à competitividade no presente edital. Aglutinação restritiva.**

76- Tanto é que às fls. 90, estudo técnico preliminar, a autoridade pública se referiu à viabilidade da concessão sem sequer mencionar a questão do sistema integrado de monitoramento:

“É viável a concessão dos serviços de pátio e guincho do contrato, envolvendo os processos de recolhimento, custódia em depósito e preparação de leilão dos veículos, possibilitará ao município dispor de pátio conveniado para a remoção de veículos por infração a legislação de trânsito na área territorial dos municípios de Fernandópolis, Macedônia, Meridiano, Pedranópolis, Estrela d’Oeste e São João das Duas Pontes e ainda a remoção de veículos, carcaças ou partes dos mesmos abandonados em vias públicas no âmbito das vias públicas do município de Fernandópolis/SP”.

77- O Tribunal de Contas da União tem jurisprudência clara sobre a matéria:

É dever do responsável por conduzir licitação no âmbito da Administração, a partir de impugnação ao edital apontando a existência de cláusulas restritivas à competitividade do certame, realizar a revisão criteriosa dessas cláusulas, ainda que a impugnação não seja conhecida. O agente público tem o dever de adotar providências de ofício com vistas à correção de eventuais ilegalidades que cheguem ao seu conhecimento. (Acórdão 7289/2022 – 1ª Câmara – TCU)

78- Outro entendimento pertinente do referido Tribunal foi exarado no Acórdão 505/2021 do Plenário:

A autoridade homologadora é responsável solidariamente pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre todos os atos praticados na respectiva licitação. **Esse controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização.**(grifamos)

79- Quanto à inclusão do referido sistema integrado de monitoramento de vias públicas, a questão, contudo, não se restringe aos aspectos acima. Há outro de peso a ser analisado.

d. Quanto ao aspecto da cobrança de tarifa, a individualidade do serviço público concedido e o poder de polícia administrativa

80- É oportuno diante do que já foi trazido nessa peça dizer que o serviço público pode ser remunerado por meio de taxa, quando prestado diretamente pelo Estado, e por meio de tarifa quando prestado indiretamente por meio de particulares, em meio a contratos administrativos de concessão ou permissão de serviço público. Os prestados diretamente podem ou não ser delegáveis, enquanto os indiretamente restringem-se àqueles que são delegáveis.

81- A segunda forma de cobrança do serviço público (tarifa), segue, portanto, a natureza da primeira (taxa).

82- Neste sentido, a Constituição Federal ao tratar a taxa prevê:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do **exercício do poder de polícia ou pela utilização**, efetiva ou potencial, **de serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (grifamos)

83- O Código Tributário Nacional, por sua vez, prevê:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de **serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.**

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (grifamos)

84- O CTB⁶ prevê em suas normas:

Art. 21. Compete aos órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

(...)

⁶ Código de Trânsito Brasileiro – Lei federal 9.503, de 23 de setembro de 1997, e alterações.

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar, aplicar as penalidades de advertência, por escrito, e ainda as multas e medidas administrativas cabíveis, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

VII - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

VIII - fiscalizar, autuar, aplicar as penalidades e medidas administrativas cabíveis, relativas a infrações por excesso de peso, dimensões e lotação dos veículos, bem como notificar e arrecadar as multas que aplicar;

(...)

Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

(...)

VI - executar a fiscalização de trânsito em vias terrestres, edificações de uso público e edificações privadas de uso coletivo, autuar e aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa e as medidas administrativas cabíveis pelas infrações previstas neste Código, excetuadas aquelas de competência privativa dos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal previstas no § 2º do art. 22 deste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

(...)

XI - arrecadar valores provenientes de estada e remoção de veículos e objetos, e escolta de veículos de cargas superdimensionadas ou perigosas;

85- A fiscalização e aplicação de multas são exercício do poder de polícia a título universal, portanto, indelegáveis e com custeio direto pelo orçamento público. Já as atividades de remoção, guarda e depósito por meio de estadias é atividade material e administrativa e, assim, a título individual, delegáveis e passíveis de remuneração por tarifa.

86- A própria prefeitura evidencia isso em meio aos estudos técnicos preliminares, às fls. 83 e 84, respectivamente:

“A concessão dos serviços de operação e gestão de pátios, com estrutura de transporte (guinchos) para remoção, recolhimento, apreensão, guarda, leilão e depósito de veículos apreendidos **visa a prestação continuada dos serviços rotineiros de recolhimento, apreensão ou remoção e depósito ou guarda de veículos durante as atividade de policiamento e fiscalização de trânsito**, onde há necessidade da adoção de medidas administrativas, em razão que dos veículos serem decorrentes de infração às regras de trânsito ou devido a constatação do estado de abandono em via pública.

Por tal motivo, a concessão do pátio de recolhimento, implicará na **excelência da execução das atividades de fiscalização de trânsito**, com serviços abrangendo todas as áreas de interesse no âmbito do município de Fernandópolis/SP, Macedônia/SP, Meridiano/SP, Pedranópolis/SP, Estrela d’ Oeste/SP e São João das duas Pontes, **permitindo incremento significativo nas atividades de policiamento e fiscalização**”.

(...)

“**Incrementando a eficácia das atividades de policiamento e fiscalização de veículos em decorrência a infrações e medidas administrativas**, conforme determinado pelo Código de Trânsito Brasileiro (CTB)”. (fls. 84 – ETP)

87- A doutrina e bastante elucidadora:

“Considerando o poder de polícia em sentido amplo, de modo que abranja as atividades do Legislativo e do Executivo, os meios de que se utiliza o Estado para o seu exercício são:

(...)

2. **atos administrativos** e **operações materiais** de aplicação da lei no caso concreto, compreendendo **medidas preventivas** (fiscalização, vistorias, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e **medidas repressivas** (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deteriorada, internação de pessoa com doenças contagiosas), com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei⁷. (sublinhamos)

88- O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE-SP, doravante somente TCE-SP, sumulou entendimento que versa sobre esta matéria:

SÚMULA Nº 20 - As contratações que objetivem a monitoração eletrônica do sistema de trânsito devem ser **precedidas de licitação do tipo menor preço, vedada a delegação ao particular de atividades inerentes ao poder de polícia da Administração**, bem como a vinculação do pagamento ao evento multa. (grifamos)

89- Pela leitura das normas que regem a matéria, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE-SP, o serviço público que gera o direito de cobrança da taxa ou tarifa, conforme distinção que fizemos acima, tem sua prestação a título “*uti singuli*”, de forma individualizada.

90- Olhando para este aspecto, notamos uma questão importante a se considerar.

91- Quando um usuário do serviço público pagar pela remoção e estadias de seu veículo apreendido, haverá objetivamente a individualização do serviço público pela simples aplicação do valor da tarifa de remoção somado ao produto da quantidade de estadias pelo valor da tarifa correspondente e à liberação.

92- A prefeitura municipal, na contramão da legislação, pretende subsidiar a fiscalização de trânsito prevista no CTB, exercício do poder de polícia administrativa e atividade “*uti universi*” (pois seus usuários são indetermináveis), por meio do pagamento das tarifas ora estudadas.

93- O Estado exerce o poder de polícia (atividade jurídica) e restringe os direitos do cidadão por meio de instrumentos coercitivos de proteção da coletividade, no presente caso ao lavrar o auto de infração de trânsito e demandar a concessionária de serviço público que opere a remoção, guarda e depósito do veículo. As tarifas, pois, referem-se a serviços públicos executados após o exercício do poder de polícia, não o contrário.

94- Da maneira como está construído o regimento da concessão, é o usuário do serviço público que pagará as tarifas de serviço público individualizado que estará custeando indiretamente os dispêndios do município com o exercício do poder de polícia administrativa, cujo custeio no orçamento público deve ser realizado com receitas ordinárias de impostos.

⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo – 21ª ed. – 2ª reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008, pág. 110.

95- **Esse é um fator que onera as tarifas de forma inconstitucional e ilegal.**

96- Mantendo-nos no espírito propositivo, sugerimos que a prefeitura municipal contrate o referido sistema integrado de monitoramento de vias por intermédio de contrato administrativo próprio pelo critério de julgamento de menor preço, atendendo súmula do Tribunal de Contas do Estado de SP, e cujo custeio se dê diretamente pelo orçamento público em meio à arrecadação de impostos, para ao final disponibilizar os equipamentos diretamente para os agentes de trânsito que exercem o referido poder de polícia administrativa.

97- De outro forma, além de compor irregularmente o valor das tarifas, haverá um beneficiamento indireto e ilegal da atividade jurídica do poder de polícia estatal, que deve onerar o orçamento público.

98- O aprimoramento proposto, portanto, não corrobora com a conclusão lançada no edital e nos estudos técnicos preliminares às fls. 82, quando trata de justificar o não parcelamento da solução como um todo:

“Não se aplica já que para a contratação pretendida, a administração e o gerenciamento foram reunidos em único grupo, objetivando garantir que serviços possam ser executados de forma a dar maior celeridade e padronização na ação, pois **de outra forma a responsabilização por eventual problema poderia ensejar contenda entre mais de um prestador de serviço**”.

(...)

“Não há contratações correlatas/interdependentes, pois **de outra forma a responsabilização por eventual problema poderia ensejar contenda entre mais de um prestador de serviço**”.

99- Esse entendimento não se aplica à contratação do sistema integrado de monitoramento de vias que tratamos acima. Não há alguma incompatibilidade em realizar a contratação de forma correlata, porque uma atividade não impacta em nada na outra do ponto de vista técnico-operacional ou econômico. O que importa para o concessionário do serviço público é que haverá uma autuação e uma ordem de remoção por parte das autoridades públicas, que se utilizaram ou não dos equipamentos de monitoramento de vias ao exercerem o poder de polícia administrativa. A regularidade ou não deste ato administrativo é matéria a ser debatida entre cidadão e autoridades públicas constituídas. Do contrário, nos restaria interpretar que a Prefeitura desejou colocar sobre os ombros de um mesmo particular a garantia de regularidade do ato de polícia administrativa de apreensão veicular e vinculando o cidadão à obrigação do pagamento de tarifas, o que é defeso pela própria disposição sumular do Tribunal de Contas estadual. Traduzindo, quanto mais eficiente o equipamento usado pelo particular, maior o volume de apreensões e remoções e, com isso, maior a cobrança de tarifas, maior a outorga variável. Afinal, a medida pretendida é de educação de trânsito e prevenção ou meramente arrecadatória?

Por fim, ainda há um último aspecto restritivo no edital que merece nossa atenção.

e. **Da exigência de qualificação econômico-financeira de forma contrária ao interesse público**

100- O edital prevê:

8.23. Caso a empresa licitante apresente resultado inferior ou igual a 1 (um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), será exigido para fins de habilitação **capital mínimo de 10% (dez por cento) do valor total estimado do investimento.**

101- A Lei federal 14.133, de 1º de abril de 2021, e alterações, por sua vez, prevê o patrimônio líquido como fator de identificação da capacidade econômico-financeira do contratado executar o contrato administrativo:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira **visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato**, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no caput deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a **exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.**

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do caput deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.

102- Num primeiro aspecto, é importante que a interpretação da norma a ser adotada deve ser a menos restritiva, no sentido de que a administração permita que a comprovação se dê alternativamente por um dos fatores, ou o capital social ou o patrimônio líquido, pois o que importa ao cabo é que a empresa tenha condições econômico-financeira de realização de investimentos, independentemente de busca de crédito no mercado.

103- Do contrário, a Administração tem que motivar porque pede um e exclui o outro, com um justo motivo que embase a escolha, inclusive qual o interesse público resguardado ao se promover a exclusão. A conjunção alternativa “ou” trazida pela lei remete a ato administrativo discricionário e, portanto, tendo como pressuposto e elemento a motivação.

104- É prática comum dos órgãos e entidades públicas adotarem o patrimônio líquido como meio de avaliação da capacidade econômica da empresa, uma vez que ele representa o acúmulo de riquezas que geraram durante suas atividades econômicas.

105- Suponhamos que uma empresa tenha R\$ 1.000.000,00 (um milhão) de reais de capital social, contudo, tenha prejuízos acumulados em suas operações que levem o patrimônio líquido a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

106- Suponhamos, por outro lado, que uma empresa tenha R\$ 10.000,00 (dez mil reais) de capital social e reservas/lucros acumulados em suas operações que formem um patrimônio líquido de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

107- Com qual empresa deveria a Administração Pública contratar?

108- Hoje, tal como está o edital, a Prefeitura corre o risco de contratar a primeira empresa.

109- O capital social só representa os valores financeiros, materiais ou imateriais investidos na empresa no primeiro dia de operação, ou episodicamente em outros momentos de aporte. Já o patrimônio líquido é a justa medida do desempenho da empresa ao longo de sua vida econômica.

110- É medida razoável, portanto, que ao menos a Prefeitura de Fernandópolis amplie o caráter competitivo entre os licitantes ao incluir o patrimônio líquido como fator de comprovação da capacidade de investimento da empresa, conquanto o mais seguro seria manter única e exclusivamente o patrimônio líquido como fator de avaliação, pelas razões acima demonstradas e em atendimento ao princípio da competitividade previsto no artigo 5º da Lei Federal 14.133, de 1º de abril de 2021.

111- A Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vai neste sentido, sustentada pelo entendimento do Ministério Público de Contas, nos autos do TC-011689.989.21-8:

**EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REDE CREDENCIADA.
CORREÇÃO DETERMINADA COM RECOMENDAÇÃO.**

1. O prazo estabelecido para a apresentação da rede credenciada de apenas três dias deve ser ampliado, de forma que se mostre suficiente e razoável ao cumprimento da demanda.

2. **Recomenda-se ao Ente Licitante que verifique a possibilidade de admitir a comprovação tanto do patrimônio líquido mínimo, como também do capital social mínimo, de modo alternativo, a fim de ampliar a disputa.**

(...)

À margem deste voto, **deixo expressa recomendação ao Ente Licitante para que reavalie a possibilidade da comprovação das exigências do capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo de forma alternativa, nos termos deste voto.** (grifamos)

112- Ao se analisar os estudos econômicos de fls. 96, contudo, verificamos um paradoxo em relação a esta exigência no fluxo de caixa projetado.

113- Nele não há previsão de investimentos próprios da empresa. O estudo prevê o pagamento de amortização de financiamentos, ou seja, a obtenção de recursos de terceiros para o investimento total de R\$ 2,3 Mi previstos.

114- Neste contexto, a exigência mostra-se desvinculada do cenário econômico que a própria Prefeitura projeta, tornando-a questionável.

115- Neste sentido, para que haja silogismo no edital no que diz respeito a esta matéria, é necessário que: **1-** O estudo preveja ao menos 10% de investimento com recursos próprios e, neste caso, pautando-se no do patrimônio líquido da empresa, ou: **2-** Seja mantido o financiamento integral por meio de recursos de terceiros (bancos e demais instituições financeiras), excluindo-se a exigência de capacidade de investimento com recursos próprios.

116- Há que se ressaltar que também não estará fora do alcance da Prefeitura a definição de garantias previstas em lei para resguardar a execução contratual.

IV. DO PEDIDO

117- Ante o exposto, pede-se e espera-se como medida do gestor público:

118- Seja conhecida e provida a presente impugnação, para que se promovam as alterações propostas e necessárias no Edital e seus anexos;

119- Sejam readequados os estudos técnicos preliminares e afins, de modo a compatibilizar a revisão das tarifas com o valor total do contrato e a taxa interna de retorno;

120- Seja revisto o critério de julgamento para menor tarifa ou maior oferta e menor tarifa, em busca de modicidade tarifária na concessão;

121- Sejam realizadas diligências para que sejam adotados nos estudos técnicos as quantidades de apreensões, remoções e permanência de veículos de fato praticadas em Fernandópolis e região, visando a mitigação de riscos do empreendimento;

122- Seja adotada matriz de riscos para se prever as medidas mitigatórias em caso de variações nos fatores quantitativos que compõem custos, receitas e despesas do empreendimento, de forma que tanto a Administração quanto a empresa concessionária mantenham os serviços de forma qualitativa e equilibrada do ponto de vista econômico-financeiro e sem eventual enriquecimento ilícito;

123- Seja revisto o prazo de vigência do contrato ou o valor da outorga fixa, de modo que haja proporcionalidade entre o tempo de contrato e o tempo constante dos estudos econômico-financeiros que preveem o retorno de investimentos e obtenção de lucro em meio à remuneração da empresa concessionária ou, até mesmo, seja extinta a referida outorga;

- 124- Seja retirado o Sistema Integrado de Identificação Automática de Veículos do escopo do contrato, para que seja contratado isoladamente e de forma correlata, nos termos sumulados pelo Tribunal de Contas do Estado de SP e, ainda, para afastar o custeio indireto de atividade de polícia administrativa (fiscalização de trânsito) por meio da arrecadação de tarifa de serviços públicos individualizados, em afronta a normas constitucionais e infraconstitucionais;
- 125- Sejam definidas as parcelas de maior relevância para fins de atestação técnico-operacional;
- 126- Seja republicado o Edital com todos os aprimoramentos e saneamentos, conforme demonstrados na presente impugnação, para que sessão pública da licitação transcorra em meio ao novo regramento editalício;
- 127- Em caso de julgamento improcedente total ou parcial das razões aqui apresentadas, que se dê efeito suspensivo à presente impugnação e haja a remessa dos autos à autoridade superior que homologará a licitação, para apreciação e decisão sobre o mérito, como orienta a jurisprudência dos tribunais.

São Paulo, na data de sua assinatura digital.

HSL PROSPERA ASSESSORIA EM LICITAÇÕES LTDA