

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO  
ESTADO DE SÃO PAULO, CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO**

**Edital de Concorrência Pública nº 001/2018**

**Rizzo Parking and Mobility S/A**, pessoa jurídica de direito privado, com sede à Avenida Arthur Augusto de Moraes n. 2020, Distrito Industrial, Elias Fausto/SP, CEP 13350-000, inscrita no CNPJ de nº 24.940.805/0001-83, por seu procurador constituído de poderes para tanto, vem, conforme permitido no Art. 110 da Lei Orgânica do TCESP, em tempo hábil, à presença de Vossa Excelência a fim de apresentar:

***REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO LIMINAR***

Aos termos do Edital em referência, elaborado pela Secretaria de Administração – Departamento de Licitações da Prefeitura de Mogi Mirim, na forma que se segue.



## **I. DOS FATOS**

---

Tornou-se público o edital de Concorrência Pública nº 001/2018 objetivando a Outorga de Concessão Onerosa do uso e exploração econômica para gestão das vagas de estacionamento rotativo em vias e logradouros públicos do Município de Mogi Mirim.

A subscrevente tendo interesse em participar da licitação supramencionada, adquiriu o respectivo Edital, conforme documento junto.

Todavia foi surpreendida com diversas disposições contrárias à lei, a jurisprudência e aos princípios da Administração Pública.

Salienta que, mesmo com a abertura dos envelopes, caso prossiga a licitação, o contrato consequente será nulo, frente aos vícios averiguados.

Assim, ante a previsão de controle externo, compete ao Tribunal de Contas fiscalizar a Administração Pública direta e indireta, sob a ótica dos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade sem prejuízo ademais da concomitante fiscalização da observância dos princípios insertos na Carta Magna, nomeadamente os da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

É ante estas premissas que versa a presente representação.

## **II. DAS DISPOSIÇÕES JURIDICO ECONÔMICAS**

### **a) Da Outorga**

*Art. 5ª O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.*

*Lei 8987/95*

No instrumento convocatório há a previsão de que vencerá o certame àquele que ofertar maior valor de outorga ao Poder Concedente.



Todavia olvidou-se o representado em atentar-se às diretrizes da Lei de Concessões Públicas (Lei 8.987/95), uma vez em que não houve a observância de publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão.

A escolha da Administração pelo modelo de Outorga de Concessão deve ser fundamentada em preceitos econômicos e jurídicos, demonstrando a supremacia do interesse público à escolha adotada.

As correntes doutrinárias recentes defendem a necessidade de que os bens públicos sejam utilizados de forma eficiente, visando a otimização de seus usos.

Resta evidente que a concessão de gerenciamento de estacionamento rotativo em logradouros públicos atende as premissas da legislação e da doutrina.

Entretanto se faz necessário a devida justificativa para a adoção da outorga inicial, já que a fixação dos valores iniciais não podem ser discricionários, mas sim condizentes com os princípios econômicos das concessões públicas.

Assim, a fim de que o edital possa adotar a outorga inicial, é necessária a publicação de ato prévio fundamentado a escolha da Administração, em estrita observância às normas do Direito Pátrio, sob pena de anulação, conforme já decidido por esta Corte nos casos TC- 866/989/12 e TC-000481/989/12-71.

Ainda, assevera Marçal Justen Filho sobre o ato justificador:

*“O ato justificatório da decisão de promover delegação destina-se não apenas à instrumentalização prévia para o Estado nortear suas atividades posteriores. Se essa fosse a única função do ato, não seria obrigatória a publicação prévia pela imprensa. Bastaria a existência da justificativa no âmbito interno da Administração (...) O exame da compatibilidade entre a decisão de delegar a terceiros e a realização do interesse público não caracteriza invasão do mérito do ato administrativo. Não se julga ‘oportunidade’, na acepção de juízo reservado exclusivamente à Administração. Investiga-se a existência e satisfatoriedade dos motivos. Entendimento diverso tornaria inútil a exigência do art. 5º da Lei 8.987”.<sup>1</sup>*

Egon Bockmann Moreira apregoa:

*“O ato de publicação da justificativa da futura concessão não se exaure em si mesmo; não pode ser compreendido como ‘ato de*

<sup>1</sup> In “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. Dialética. São Paulo. 2003. 2ª reimpressão, 2007. pág. 211.

*comunicar (e não debater)'. Ao dispor que cumpre à Administração levar a conhecimento público o porquê de todas e de cada uma das futuras outorgas, a Lei 8.987/1995 prestigia o princípio da publicidade da Administração (CF, art. 37, caput). A publicação destina-se a dar 12 Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato".<sup>2</sup>*

Ante o exposto, resta evidente a necessidade de adequação dos atos administrativos prévios para a validação da concorrência e do contrato subsequente.

#### **b) Da fixação discricionária dos valores da tarifa e da outorga**

Para determinar o valor da outorga de uma concessão, ou o valor da tarifa, é necessário observar princípios microeconômicos básicos.

A título de exemplificação, podemos utilizar uma concessão de rodovias, a fixação das tarifas leva-se em conta a taxa de retorno, onde se calcula o montante de recursos necessários para se atingir a "exigência de receita", e estabelecem-se os preços para atingir esta meta, devendo esta taxa de retorno ser adequada para remunerar o capital da empresa.

Ainda, há outras formas econômicas de serem fixadas tarifas e valores de outorga, como a taxa por Preço-Teto, **salienta-se que no caso do Edital em análise não há qualquer menção à estudo econômico para fixação de valores.**

A fixação dos valores da tarifa devem ponderar os investimentos iniciais, os custos mensais, a quantidade de vagas estipuladas em projeto previamente elaborado, e a qualidade dos serviços.

Conforme realizado pela municipalidade de Mogi Mirim o concessionário não terá a segurança do retorno dos investimentos, já que as tarifas foram fixadas de forma precária através de decreto municipal.

---

<sup>2</sup> In "Direito das Concessões de Serviço Público". Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). Malheiros Editores. São Paulo. 2010. pág. 233.

Em concessões públicas há a necessidade de ser realizada formula matemática onde seja possível mensurar ao concessionário as justificativas ECONOMICAS para determinar o valor da tarifa, e não meramente políticas conforme realizado pelo representado.

**c) Não observância das cláusulas essenciais estipuladas pela lei 8.987/95**

O Art. 23 da Lei nº 8.987/95 estabelece o rol das cláusulas que devem constar no contrato de concessão:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

O Contrato é omissivo quanto às exigências dos incisos X, XI, XIII, XIV.

Não é possível constatar na minuta anexada ao edital qualquer disposição que trate dos bens reversíveis, assim como não há no edital relação de quais seriam estes bens.

#### CLÁUSULA VIII – RESCISÃO, INTERVENÇÃO E EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

§ 17º - Extinta a concessão, retornam a Administração todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Conforme disposto, não é possível constatar o tratamento dos bens reversíveis, tampouco de quais seriam esses bens.

Salienta-se que conforme o Artigo 18 da lei 8987/95, é necessário que o edital atribua quais serão os bens reversíveis.

Também, no que tange às indenizações, não há na minuta apresentada os critérios OBJETIVOS para cálculo e a forma de pagamento.

CLÁUSULA IX - DAS INDENIZAÇÕES - Para fins de cálculo de indenização, devida pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, nos casos expressamente previstos no presente CONTRATO, observar-se-á o seguinte:

§ 1º - Ao término do prazo contratual não caberá indenização;

§ 2º - No caso de encampação, a indenização, que será paga previamente ao ato, deverá corresponder ao valor dos bens que reverterem ao PODER CONCEDENTE, descontada a sua depreciação;

§ 3º - No caso de caducidade, independentemente da aplicação das penalidades e da reparação dos danos decorrentes do inadimplemento, nos termos do CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA somente poderá postular indenização se comprovadamente ocorrer enriquecimento imotivado por parte da Administração Municipal pela reversão de bens não integralmente amortizados ou depreciados, descontado o valor dos danos causados e das multas cominadas, bem como, quando o caso, das obrigações financeiras não satisfeitas;

§ 4º - No caso de rescisão amigável ou judicial não caberá indenização, exceto se contrariamente for fixado em sentença judicial;

§ 5º - No caso de anulação do CONTRATO, somente quando comprovado que a CONCESSIONÁRIA não concorreu para a ilegalidade, caberá indenização correspondente apenas ao valor efetivo dos bens que reverterem para a Administração Municipal, calculado na data da decretação da anulação,

desde que estes bens ainda não estejam integralmente amortizados pela exploração do objeto do CONTRATO.

§ 6º - Quando advier a caducidade por culpa comprovada da CONCESSIONÁRIA, esta acarretará também:

- a) retenção dos créditos decorrentes do CONTRATO;
- b) responsabilização por prejuízos causados ao PODER CONCEDENTE, aos usuários e a terceiros;
- c) aplicação de multas, nos termos do disposto no presente CONTRATO e na legislação vigente.

§ 7º - Excetuada a hipótese de encampação, a indenização cabível para os demais casos de extinção do CONTRATO será calculada nos termos desta Cláusula e parcelada pelo número de meses a que ainda seria vigente o CONTRATO, devendo a primeira parcela vencer após um ano da extinção do CONTRATO.

Tampouco há disposições quanto à prestação de contas e a obrigatoriedade de demonstração financeira.

**Ante o exposto, mister se faz a distribuição e a concessão em caráter URGÊNCIA, inaudita altera pars, da IMEDIATA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, em que é licitante a Prefeitura Municipal de Mogi Mirim.**



### **III. DOS PEDIDOS**

---

**Seja deferida liminar inaudita altera parte, determinando-se a Secretaria pertinente a imediata suspensão do Edital de Concessão nº 002/2017, até que o TCE-SP delibere sobre o mérito desta Representação;**

b) Sejam citados, para, querendo, apresentarem razões de justificativas, para que se manifeste sobre as irregularidades apontadas constantes do Edital.

c) Ao final, ouvidas as partes e realizada a regular instrução, desde já, se pleiteia célere, para que possa ser útil a presente representação, requer-se seja assinalado prazo a Secretaria para a confecção de novo edital, escoimado das irregularidades aqui apontadas;

d) Por fim, seja julgada procedente a representação, para, suprimir no edital as disposições ilegais e acrescentar as disposições omissas.

Indaiatuba, 4 de junho de 2018.

**Dra. Roberta Borges**

**OAB/SP 391.383**

