INTEIRO TEOR DA DELIBERAÇÃO
10ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 11/04/2018
PROCESSO TCE-PE N° 1724989-2
MODALIDADE-TIPO: RECURSO ORDINÁRIO
DELIBERAÇÃO ATACADA: ACÓRDÃO T.C. N° 0029/17 (PROCESSO TCE-PE N° 1408565-3)
EXERCÍCIO: 2014
UNIDADE JURISDICIONADA: EMPRESA PERNAMBUCANA DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL - EPTI
INTERESSADO: JOÃO TUDE TRANSPORTES E TURISMO LTDA. – JOTUDE
ADVOGADOS: DR. BRUNO ARIOSTO LUNA DE HOLANDA – OAB/PE N° 14.623, DRA. CAROLINA RANGEL PINTO – OAB/PE N° 22.107, DR. GUILHERME FREIRE DE MORAES GUERRA – OAB/PE N° 15.161, DR. WLADIMIR CORDEIRO DE AMORIM – OAB/PE N° 15.160, DRA. WELMA DE MOURA PEREIRA – OAB/PE N° 31.319, DR. RENATO DE MENDONÇA CANUTO NETO – OAB/PE N° 16.114, E DR. RAPHAEL GOMES FERREIRA DE OLIVEIRA – OAB/PE N° 26.432
RELATOR: CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR
PRESIDENTE: CONSELHEIRO MARCOS LORETO

O CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS PEDIU VISTA DOS AUTOS.

TFS/HN

INTEIRO TEOR DA DELIBERAÇÃO
25ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 08/08/2018
PROCESSO TCE-PE Nº 1724989-2
MODALIDADE-TIPO: RECURSO ORDINÁRIO
DELIBERAÇÃO ATACADA: ACÓRDÃO T.C. Nº 0029/17 (PROCESSO TCE-PE Nº 1408565-3)
EXERCÍCIO: 2014
UNIDADE JURISDICIONADA: EMPRESA PERNAMBUCANA DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL - EPTI
INTERESSADO: JOÃO TUDE TRANSPORTES E TURISMO LTDA. – JOTUDE
ADVOGADOS: DR. BRUNO ARIOSTO LUNA DE HOLANDA – OAB/PE Nº 14.623, DRA. CAROLINA RANGEL PINTO – OAB/PE Nº 22.107, DR. GUILHERME FREIRE DE MORAES GUERRA – OAB/PE Nº 15.161, DR. WLADIMIR CORDEIRO DE AMORIM – OAB/PE Nº 15.160, DRA. WELMA DE MOURA PEREIRA – OAB/PE Nº 31.319, DR. RENATO DE MENDONÇA CANUTO NETO – OAB/PE Nº 16.114, E DR. RAPHAEL GOMES FERREIRA DE OLIVEIRA – OAB/PE Nº 26.432
RELATOR: CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR
PRESIDENTE: CONSELHEIRO MARCOS LORETO

ADIADA A VOTAÇÃO POR PEDIDO DE VISTA DO CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS EM SESSÃO REALIZADA NO DIA 11/04/2018.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Peço vista dos autos.

MJPA/HN

INTEIRO TEOR DA DELIBERAÇÃO
3ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO REALIZADA EM 06/02/2019
PROCESSO TCE-PE Nº 1724989-2
MODALIDADE-TIPO: RECURSO ORDINÁRIO
DELIBERAÇÃO ATACADA: ACÓRDÃO T.C. Nº 0029/17 (PROCESSO TCE-PE Nº 1408565-3)
EXERCÍCIO: 2014
UNIDADE JURISDICIONADA: EMPRESA PERNAMBUCANA DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL - EPTI
INTERESSADO: JOÃO TUDE TRANSPORTES E TURISMO LTDA. – JOTUDE
ADVOGADOS: DR. BRUNO ARIOSTO LUNA DE HOLANDA – OAB/PE Nº 14.623, DRA. CAROLINA RANGEL PINTO – OAB/PE Nº 22.107, DR. GUILHERME FREIRE DE MORAES GUERRA – OAB/PE Nº 15.161, DR. WLADIMIR CORDEIRO DE AMORIM – OAB/PE Nº 15.160, DRA. WELMA DE MOURA PEREIRA – OAB/PE Nº 31.319, DR. RENATO DE MENDONÇA CANUTO NETO – OAB/PE Nº 16.114, E DR. RAPHAEL GOMES FERREIRA DE OLIVEIRA – OAB/PE Nº 26.432
RELATOR: CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR
PRESIDENTE: CONSELHEIRO MARCOS LORETO

ADIADA A VOTAÇÃO POR PEDIDO DE VISTA DO CONSELHEIRO RANILSON RAMOS, EM SESSÃO REALIZADA NO DIA 08/08/2018.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Ordinário interposto pela empresa João Tude Transporte e Turismo Ltda., declarada terceira interessada nos autos do Processo de Auditoria Especial TCE-PE nº 1408565-3, procedida no âmbito da Empresa Pernambucana de Transporte Intermunicipal - EPTI, exercício de 2014, decorrente da auditoria de acompanhamento realizada no procedimento licitatório de Concorrência nº 01/2014, cujo objeto foi a concessão dos serviços públicos de transporte coletivo intermunicipal de passageiros no Estado.

Mais especificamente, o objeto da suprarreferida auditoria foi a verificação da aderência da versão final do edital da Concorrência nº 01/2014 da EPTI/CEL, de 13/11/2014, com as 27 propostas de alteração constantes do Relatório de Auditoria preliminar (fls. 01-96).

Ainda em prosseguimento à solicitação contida no item 2.2 da Revogação de Medida Cautelar (fls. 524), da lavra do Exmo. Conselheiro Ranilson Ramos, também foram apresentadas

considerações acerca da homologação da referida Concorrência nº 001/2014.

Após a análise do edital e demais peças do procedimento licitatório, a auditoria produziu o relatório constante às folhas 2192 a 2260, apontando 18 irregularidades a seguir relacionadas:

[A1.2]Inadequação no tipo de licitação escolhida para a licitação;

[A1.4]Inconsistências em diversos critérios de pontuação da nota da proposta técnica;

[A1.5]Imposição de desconto único na proposta de preços;

[A1.6]Fixação de preço mínimo para a proposta de preços;

[A1.8]Inadequada exigência de garantia de participação na licitação;

[A1.9]Prefixação do valor da garantia de execução no edital;

[A1.12]Inadequada exigência qualitativa relativa à capacidade técnico-operacional;

[A1.13] Inadequada exigência qualitativa relativa à capacidade técnico-profissional;

[A1.14](Im)possibilidade de um licitante ofertar em mais de um lote;

[A1.15]Divisão do objeto em pequena quantidade de lotes;

[A1.16]Possibilidade de formação de consórcio com quantidade ilimitada de participantes;

[A1.18]Inconsistência nos critérios de criação de novas linhas;

[A1.20]Fórmula do reajuste não estimula a eficiência;

[A1.22]Falta de alimentação dos dados dos membros da referida CEL, nem as próprias licitações lançadas pela CEL, no módulo Licitações e Contratos (LICON), do Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade (SAGRES) deste TCE/PE, conforme determina a Resolução TC Nº 19/2012;

[A1.23]Ausência de demonstração de que nos fluxos de caixa foram adotadas taxas mínimas de atratividade condizentes com o negócio de transporte coletivo rodoviário de passageiros por ônibus;

[A1.25]Inadequação na definição do prazo contratual de 20 anos;

[A1.26]Inconsistências em parâmetros empregados no projeto básico e no orçamento;
[A1.27]Ausência de competitividade resultante da licitação.

Em seguida ao relatório do Inspetor de Obras Fernando Rolim, foram acostadas as defesas dos interessados, duas Notas de Esclarecimento (fls. 2435 a 2463 e 3442 a 3450) e o Parecer nº 427/2015, do MPCO, da lavra do Exmo. Procurador-Geral, Dr. Cristiano Pimentel (fls. 2467 a 2491). Antes das sessões de deliberação, novas manifestações dos interessados e de terceiros interessados foram acostadas aos autos.

Para melhor esclarecimento do objeto recursal, peço-lhes vênia para expor uma síntese cronológica dos fatos que, embora um tanto longa, faz-se necessária, dada à complexidade dos autos originais. Começo com alguns excertos do Parecer ministerial. Vejamos:

> "A peça inaugural destes autos é um alentado relatório, confeccionado pelo corpo técnico deste Tribunal, acostado às fls. 01/96 destes autos, datado de 5 de setembro de 2014.
>
> No item introdução (...) é esclarecido que o TCE já vinha fazendo um acompanhamento da concorrência, tendo sido também provocado por representação de cidadão, apontando falhas e irregularidades (...) Conforme consta de fls. 03/05, a própria EPTI resolveu adiar sine die a licitação, tendo, a partir daí, iniciado uma série de trocas de ofícios entre a equipe técnica do TCE e a EPTI.
>
> (...)
>
> ...brevemente, cabe reproduzir que foram apontadas graves falhas que restringiam a competitividade; ensejavam potenciais prejuízos ao erário; não observavam a legislação vigente; e tinham potencial de causar grandes transtornos à população quando da prestação de serviços.
>
> (...) Em setembro de 2014, o corpo técnico confeccionou despacho ao Gabinete do então Relator, Conselheiro Carlos Porto, relacionando as

recomendações e determinações necessárias para correção da concorrência, conforme fls. 207/211 destes autos.

Chamada a se manifestar sobre o despacho referido, a EPTI juntou manifestação, no Ofício 097/2014/DP-EPTI, conforme fls. 214/235. O então Relator oficiou a EPTI, fls. 236, afirmando não haver óbices ao prosseguimento do certame, desde que adotadas as correções, recomendações e determinações indicadas pelo corpo técnico, "quanto àqueles ditos possíveis de serem alterados por parte dessa Empresa".

A empresa REAL ARAPIRACA VIAÇÃO LTDA. juntou petição, fls. 245 e seguintes, pedindo a concessão de medida cautelar para suspender a concorrência. Foi juntada petição pela COOPERATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO DE EX-FUNCIONÁRIOS DA RODOVIÁRIA SÃO DOMINGOS – COOPATREF-RSD, fls. 316 e seguintes, contendo representação contra a prática de supostos atos ilegais pela EPTI, pedindo a imediata suspensão da concorrência.

Foi juntada, às fls. 434 e seguintes, representação de cidadão contra a concorrência. Despacho do primeiro Relator, fls. 484/485, que declinou da Relatoria para o Conselheiro Ranilson Ramos.

Em decisão devidamente fundamentada, fls. 488/491, o Conselheiro Ranilson Ramos expediu medida cautelar, em **2 de dezembro de 2014**, suspendendo a concorrência. A EPTI, em petição juntada às fls. 493/521, fez pedido de reconsideração da medida cautelar proferida pelo Conselheiro Ranilson Ramos. Em decisão, juntada às fls. 524, proferida em 22 de dezembro de 2014, o eminente Relator, expondo devidamente as razões na deliberação monocrática, revogou a medida cautelar proferida em 2 de dezembro. O gerente da GLIC, dando cumprimento a determinações do Relator, mandou instaurar estes autos como auditoria especial, fls. 526. Em seguida, juntados aos autos uma série de documentos técnicos, conforme fls. 527/1896.

O corpo técnico do TCE elaborou um novo relatório de auditoria, fls. 1897/1966, assinado em 24 de fevereiro

de 2015. O objeto do relatório foi analisar a versão final do edital da concorrência, apontando as determinações que não foram seguidas pela EPTI. (…)

Do relatório (...) destaca-se (…) que a empresa estatal não seguiu expressiva parte das determinações feitas. (...)há uma lista das mesmas nos autos, conforme fls. 1962/1965.

Os interessados e a EPTI foram notificados a se manifestar sobre o relatório técnico. Apresentaram defesas (...) fls. 2082 e seguintes.

A empresa JOÃO TUDE TRANSPORTES E TURISMO LTDA., fls. 2096/2100, apresentou uma petição, requerendo habilitação como terceira interessada e pedindo a concessão de medida cautelar contra a concorrência. Juntou documentos, fls. 2101 e seguintes. (...). Em decisão singular, fls. 2262/2263, proferida em 4 de maio de 2015, o Relator negou a concessão de cautelar e deferiu o ingresso da JOÃO TUDE TRANSPORTES como terceira interessada.

Em 8 de maio de 2015, a empresa JOÃO TUDE TRANSPORTES entrou com o recurso de agravo (Processo TC 1505059-2 em apenso), contra a decisão singular do Relator, de indeferir a medida cautelar solicitada pela referida empresa. Em sessão de 30 de julho de 2015, a Primeira Câmara do TCE, por unanimidade, deu provimento ao agravo, para suspender todos os atos da Concorrência 001/2014 da EPTI, tendo sido esta deliberação colegiada publicada no Diário Oficial de 25 de agosto de 2015, numerada como Acórdão 1222/2015.

A EPTI apresentou o recurso de embargos de declaração, com pedido de efeitos infringentes, protocolado em 10 de agosto de 2015, contra o Acórdão 1222/2015, sendo este último recurso autuado como Processo TC 1505517-6. O corpo técnico juntou manifestação, fls. 2434/2463, na qual ratifica as irregularidades dos relatórios anteriores.

Registramos que o Judiciário, fls. 2495, proferiu decisão liminar sobre esta concorrência. O Procurador-Geral pediu vistas dos autos ao Relator, por entender

> importante a manifestação do Ministério Público de Contas sobre o mérito da auditoria especial, tendo sido os autos remetidos ao Gabinete do Procurador-Geral." (grifei)

Esse último processo, esclareço, foi julgado prejudicado, por perda de objeto, em decorrência da decisão proferida no âmbito do processo de auditoria especial que deu origem ao presente recurso (Acórdão T.C. nº 0029/17, ora combatido).

Continuando com a síntese cronológica dos fatos, vejamos alguns excertos do voto do Exmo. Relator, Conselheiro Ranilson Ramos. Adianto-lhes que, nesse momento do processo, a EPTI já havia assinado os contratos com as empresas declaradas vencedoras do certame sob exame:

> Após o parecer do MPCO, que opinou pela regularidade com ressalvas, sugerindo a anulação do edital, a EPTI juntou novos documentos, fls. 2493 e seguintes, inclusive com cópias dos contratos assinados com as concessionárias.
>
> Esta Relatoria, fls. 2684/2685, proferiu despacho determinando a notificação das três contratadas e da EPTI para se manifestarem sobre as peças técnicas e parecer ministerial.
>
> (...)
>
> A empresa RODOVIÁRIA BORBOREMA LEDA se manifestou, conforme fls. 2696/2707, juntando documentos. O CONSÓRCIO PROGRESSO/LOGO também se manifestou, fls. 2824/2870, juntando documentos. O CONSÓRCIO 1002/RODOTUR também acostou sua peça de defesa, fls. 3256/3302, juntando documentos. A EPTI juntou nova manifestação, fls. 3413/3439.
>
> Nota técnica de esclarecimento, fls. 3442/3449, manteve todas as irregularidades anteriores, dando pela improcedência dos argumentos das quatro últimas peças de defesa. Os autos retornaram ao nosso Gabinete em 20 de outubro de 2015, conclusos para elaboração do voto." (grifei)

Em seguida à apresentação do seu relatório, o Conselheiro Ranilson Ramos dá início às suas razões de votar, inicialmente considerando que as defesas das empresas já contratadas em nada prejudicaram a análise feita pelo órgão ministerial (no Parecer nº 427/2015) e que as manifestações apresentadas não afetaram as conclusões técnicas feitas no Relatório de Auditoria. Acrescento que a licitação foi homologada e os contratos assinados em dezembro de 2014 e janeiro de 2015.

Prosseguindo em sua análise, o então Relator faz citações ao Parecer MPCO nº 427/2015, a fim de evidenciar o que abaixo sintetizo:

- O TCE requisitou o edital, apontou irregularidades e determinou correções. Apesar disso e da clara e insofismável competência legal desta Corte (insculpida no § 2º do artigo 113 da Lei nº 8666), a EPTI deixou de cumprir grande parte das determinações elaboradas pelo corpo técnico da Casa, sendo descabidas eventuais discussões sobre tal prerrogativa. Pelo contrário, O MPCO registra que a desobediência, "...*além de sujeitar os gestores da EPTI à pena de multa, ainda pode resultar em representação por improbidade administrativa, pois, evidentemente, estará se desobedecendo a uma determinação de autoridade pública com competência para tanto.*"

- Contrariamente ao alegado pela EPTI no âmbito dos embargos impetrados (processo TCE-PE nº 1505517-6), segundo o MPCO, a Primeira Câmara pronunciou-se, à luz do art. 50, § 1º, da Lei 11781/2000, "...*de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos*", não havendo "...*que se falar em nulidade da fundamentação.*"

- Quanto ao mérito, o MPCO, invocando mais uma vez o artigo 50, parágrafo 1º, da Lei Estadual de Processo administrativo e a técnica da fundamentação *per relationem ou aliunde*, destaca o que entende serem os achados mais relevantes elencados pela auditoria,

> quais sejam: Achado (A1.6), sobre a fixação de preço mínimo para a proposta de preços; Achado (A1.16), sobre a possibilidade de formação de consórcio com quantidade ilimitada de participantes; Achado (A1.18), sobre a inconsistência nos critérios de criação de novas linhas; Achado (A1.20), sobre a fórmula do reajuste que não estimula a eficiência.

Diante dessas constatações, o Ministério Público de Contas opinou pela procedência das irregularidades de fls. 2462/2463, com exceção do achado A1.15 (Divisão do objeto em pequena quantidade de lotes), destacando a necessidade de anulação do Edital, em face da violação do princípio da publicidade, considerando que, diante do valor estimado da licitação - 4 bilhões de reais –, seria necessária a anulação do atual edital e a publicação de um novo, adequado aos achados de auditoria, diante da previsão contida no parágrafo 1° do artigo 41 da Lei Federal 8.666. *In verbis*:

> "Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1° do art. 113".

Nesse sentido, o MPCO aduz que:

> "Ora, a simples retificação parcial, mesmo com boa vontade da EPTI, passado tanto tempo e diante de tão intrincado objeto, pode vulnerar a prerrogativa contida no dispositivo acima citado, ao impedir o cidadão, diante de qualquer novo interesse ou conhecimento, impugnar as partes do edital que não foram anteriormente questionadas pelo TCE. É de bom alvitre ponderar esta advertência, pois o Judiciário tem sido rigoroso ao anular licitações que não observam, de forma ampla, o princípio da publicidade...".

Em face da informação trazida aos autos, a respeito de

decisão judicial sobre a mesma matéria objeto da auditoria especial julgada por esta Corte, o MPCO posicionou-se da seguinte maneira:

> "Não há impedimento para que o TCE decida, pois não há nenhuma ordem judicial neste sentido. Ademais, o TCE recebe suas competências diretamente da Constituição Federal, assim como o Poder Judiciário. Neste sentido, há vasta jurisprudência, inclusive do STF:
>
> > '**O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União** para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal' (MS 25880/DF; Rel. Min. Eros Grau, DJ de 16.3.2007, p. 00022)"

Por conseguinte, concluiu o nobre Relator que "*...apesar do amplo respeito ao eminente juiz, não há óbice a que o TCE, no uso de suas competências, julgue a auditoria especial*."

Ressalto que a liminar concedida no âmbito da ação popular nº 0081482-31.2014.8.17.0001, do Exmo. Juiz da Oitava Vara da Fazenda Pública, suspendendo os efeitos da licitação do serviço de transporte público intermunicipal e impedindo o início das operações do novo sistema, foi confirmada no mérito em sentença prolatada em 13/02/2017, tendo sido os autos remetidos, de ofício, ao Tribunal de Justiça. Por essa razão, solicitei àquele Sodalício compartilhamento dos autos, a fim de melhor basear a análise da presente peça recursal (docs. 01 a 08, às fls. 121 a 281).

A seguir, continuo transcrevendo alguns excertos esclarecedores do voto do Exmo. Relator do processo original, porque importante para o deslinde do recurso ora em apreço:

> "Concordo com a manifestação do Ministério Público de Contas, fls. 2467/2491, da lavra do Procurador Geral Dr. Cristiano Pimentel, fazendo dela minhas razões de votar, com algumas ressalvas e discordâncias de mérito que explícito a seguir.
>
> **Item 2.1.3 achado A1. 5 – Imposição de desconto único na proposta de preços.** Nosso entendimento é por excluir esta irregularidade, pois exigir que os

licitantes dessem um desconto diferenciado iria tornar a confecção da proposta das licitantes exageradamente complexa. Isto iria de exigir mudanças de magnitude na elaboração do edital, para ponderar a nota final a ser dada com os descontos por coeficiente.

Item 2.1.1.2 achado A1.1 8 – Inconsistência nos critérios de criação de novas linhas. Nosso entendimento é que se trata de questão de regulação de serviço público que deve, em primeiro lugar, ser submetida à Agência Reguladora de Pernambuco (ARPE), antes do exercício do controle externo. Desta forma, nosso encaminhamento é que a ARPE seja instada pela EPTI a se manifestar, em trinta dias, sobre este tema.

Item 2.1.1.3 achado A1.2 0 – Fórmula do reajuste não estimula a eficiência. Trata-se de fórmula que tem impacto direto com a modicidade tarifária, que deve ser também revista pela ARPE.

Item 2.1.1.5 achado A1.2 3 – Não demonstração de que nos fluxos de caixa foram adotadas taxas mínimas de atratividade condizentes com o negócio de transporte coletivo rodoviário de passageiros. Da mesma forma que no item 2.1.12, achamos mais prudente que seja o item objeto do parecer da ARPE, no prazo de 30 (trinta) dias.

Item 2.1.1.7 achado A1.2 6 – Inconsistência dos parâmetros empregados no projeto básico e no orçamento. Da mesma forma que no item 2.1.12, achamos mais prudente que seja o item objeto do parecer da ARPE, no prazo de 30 (trinta) dias.

Sobre o **achado A1.15, divisão do objeto em pequena quantidade de lotes**, o Ministério Público de Contas divergiu da equipe técnica, opinando pela exclusão da irregularidade, entendimento que concordamos, pelos fundamentos expostos no parecer ministerial.

No mais, acatamos o parecer do Ministério Público de Contas, fls. 2467/2491, fazendo delas nossas razões de votar, **inclusive sobre a regularidade com ressalvas**

sugerida pelo procurador do MPCO. Com efeito, a irregularidade deste processo se revelaria desproporcional, dado que não há nenhum indício de dolo praticado pela diretoria da EPTI, em concorrer para as irregularidades apontadas pelo corpo técnico. As ressalvas impostas são evidentemente decorrentes da extrema complexidade do objeto da concorrência, até mesmo em face do seu ineditismo e da necessidade de estudos técnicos aprofundados e debates dialéticos entre Poder concedente (EPTI), poder regulatório (ARPE) e controle externo (TCE). Por estes mesmos motivos, incabível multa." (grifos originais)

Ao final e ao cabo, e após os seus *considerandos* (fl. 3559-60), o Exmo. Relator propôs o seguinte voto:

"VOTO pela **REGULARIDADE, COM RESSALVAS**, do objeto desta auditoria especial, dando quitação a todas as pessoas físicas intimadas para defesa e mencionadas como responsáveis.

DETERMINO que a presidência da EPTI, sob pena de multa e responsabilização pessoal, adote as seguintes providências, após a publicação do acórdão:

a) anular o edital no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da deliberação;
b) solicitar, em caráter de urgência, no prazo de 30 (trinta) dias, parecer regulatório da ARPE, aos achados referenciados nos itens 2.1.12 achado A1.18, 2.1.13 achado A1.20, 2.1.15 achado A1.23 e 2.1.17 achado A1.26 do relatório de auditoria;
c) encaminhar ao TCE minuta de novo edital, com as correções, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação do acórdão;
d) aguardar a análise da minuta do novo edital pelo corpo técnico do TCE, que se manifestará, em caráter conclusivo, em 30 (trinta) dias a partir do recebimento da referida minuta;
e) manter em operação os contratos vigentes até a conclusão do novo processo licitatório, assegurando os Serviços de Transporte Intermunicipal de Passageiros aos usuários do sistema.

As determinações acima proferidas ficam dadas a título de antecipação de tutela, conforme o parecer do Ministério Público de Contas, fls. 2484/2486 destes autos, ante a urgência da matéria, a prova inequívoca dos autos e o risco de maior dano irreparável, caso não seja adotada de imediato.

FICA à Presidência da EPTI ciente do conteúdo dos itens IV e V da conclusão do Parecer do MPCO, fls. 2490 dos autos.

DETERMINO, ainda, ao Núcleo de Apoio às Sessões, com urgência, a adoção das seguintes providências:

- Oficiar o magistrado mencionado às fls. 2495, com cópia do acórdão e ITD;
- Digitalizar estes autos no sistema AP, para que quaisquer recursos tramitem apensados a cópia digitalizada dos autos, devendo os originais serem remetidos à CCE/GLIC para continuidade da instrução;
- Oficiar à Presidência da EPTI, com urgência, com cópia do acórdão e do ITD, para cumprimento da deliberação.

DETERMINO que seja adotado o parágrafo único do art. 70 da Lei Orgânica, pelo qual os autos devem continuar em instrução na CCE/GLIC, após a publicação do acórdão, ficando a CCE/GLIC autorizada a adotar as providências mencionadas no item VIII, fls. 2490.

Por fim, **ficam PREJUDICADOS os Embargos de Declaração apensados no Processo TC Nº 1505517-6**, por se voltarem contra decisão interlocutória que não mais subsiste com este julgamento de mérito, devendo o Núcleo de Apoio às Sessões providenciar o registro no sistema AP de que os autos foram arquivados".

Em seguida, o Exmo. Sr. Conselheiro João Campos, após resumir e concordar com os pontos fundamentais da análise do Relator, discordou, em parte, do seu voto, nos seguintes termos:

"Por isso peço vênia ao Conselheiro Relator, apenas, inclusive, na verdade minha divergência é parcial, já que acompanho no julgamento da regularidade, com ressalvas, mas voto no sentido de que não seja anulado

> o procedimento, nem que seja remetido à ARPE para análise dos itens apontados pela nossa auditoria.
>
> Agora, também, meu voto é no sentido de determinar abertura de auditoria especial com proposta específica do acompanhamento da execução do contrato de concessão para operação do sistema de transporte intermunicipal apurando os dados concretos da operação de mercado, recomendando, se for o caso, o ajustamento das condições pactuadas em atenção ao interesse público tutelado, Sra. Presidente.
>
> Esse é o meu voto."

Após o seu pedido de vista, a Exma. Conselheira Teresa Duere, Presidente da 1ª Câmara, manifestou seu voto parcialmente discordante em relação ao posicionamento do Exmo. Relator, mas que terminou por prevalecer na sessão última de julgamento.

Ab initio, a Conselheira informa que estudou profundamente, com a colaboração da equipe técnica que elaborou o Relatório de Auditoria, outras licitações semelhantes ocorridas em outros estados brasileiros, para o mesmo objeto, tendo também realizado diligências junto à ARPE e MPCO sobre o assunto. Em seguida, faz um resumo do contexto do imbróglio, já do conhecimento de Vossas Excelências, ressaltando, por entender relevante, que antes da publicação do edital, em 26.09.2014, "*...o TCE/PE fez várias recomendações no sentido de aperfeiçoar o edital que havia sido lançado inicialmente. E, através do Ofício TCGC03 nº 432/2014, restou liberada a sequência do processo licitatório com a condição de que as determinações constantes do Relatório de Auditoria fossem atendidas,* ***quanto àquelas ditas como possíveis de serem alteradas.***" (grifos originais)

A seguir, vejamos alguns excertos do voto de vista que aprofundam e translucidam o entendimento esposado pela Conselheira:

> "Pelas razões expostas no Relatório deste voto, entendo como superado o debate acerca dos achados que dizem respeito à licitação em si, sobretudo porque todo o processo foi acompanhado por este Tribunal, que, inclusive, revogou cautelar inicialmente expedida e autorizou o seguimento do certame em 22.12.2014,

> levando o processo a ultrapassar as etapas de homologação e assinatura contratual (o último contrato foi assinado em janeiro de 2015).
>
> Por outro lado, tratando-se de uma concessão, verifico que não há uma descrição adequada dos indicadores de desempenho, que visem a avaliar o serviço prestado ao usuário final, o destinatário de todo esse procedimento. O edital é vago sobre o assunto, e o quadro de responsabilidade das concessionárias não está definido de forma satisfatória.
>
> Isso me levou a pesquisar o assunto com a área técnica, bem como em outros editais de licitação com objeto semelhante, permitindo-me fazer alguns apontamentos, amparados nessas fontes.
>
> Observo que as maiores inconsistências encontram-se no Anexo II do Edital..."

Em seguida, a Exma. Conselheira elenca quase trinta inconsistências de natureza técnica, mas algumas delas também jurídicas, das quais relacionarei apenas algumas, posto que podem ser visualizadas em sua inteireza às fls. 3573-3576 dos autos originais apensados. Vejamos:

a) O Sistema de Acompanhamento e Controle (item 4, 4.1, 4.2), o sistema Automático de Controle de Receita (item 4.1) e as pesquisas de opinião periódicas com os usuários do serviço estão indicados para serem desenvolvidos pelas próprias operadoras;

b) O desenvolvimento do Sistema de Acompanhamento e Controle será baseado em Termo de Referência a ser desenvolvido após a licitação, quando o adequado é que já estivesse pronto;

c) Não há o detalhamento de como deverão ser feitas as pesquisas de opinião periódicas, mas apenas instruções gerais;

d) Inadequações nos indicadores e nos índices escolhidos para fins de avaliação de Desempenho Global (D) da concessionária, como: i) desproporção entre os pesos dos indicadores IQO, IQT e IQU, diante da baixa proporção conferida

ao peso da satisfação dos usuários – IQU; ii) ausência de indicador que afira a eficiência na gestão dos serviços, através de indicadores que abarquem condições de atualidade e de modicidade tarifária; iii) desproporção entre os pesos dos indicadores IFD, IPP e IRP, constituintes do IQO; e etc.

Ao final do seu voto e antes dos seus *considerandos*, a Exma. Conselheira fez suas últimas observações:

> "Além disso, registro que também a fiscalização do contrato não atende às exigências do interesse público. O edital aponta que a fiscalização e supervisão seria feita pela EPTI, mas, claramente, a citada empresa não tem condições de fazer esse trabalho de forma isolada. A Empresa em questão não dispõe sequer de quadro próprio, com servidores efetivos, que possam acompanhar durante todo o contrato a sua execução. Grande parte dos servidores que trabalham na EPTI são comissionados ou cedidos de outros órgãos, o que prejudica o trabalho contínuo de avaliação dos serviços.
>
> As concessões existentes no Estado de Pernambuco têm acompanhamento realizado por verificadores independentes que auxiliam o órgão público na supervisão e fiscalização dos contratos. Entendo que deve ser analisado se a presente concessão também reclamaria a assessoria desse tipo de instituição (opção que considero recomendável, visto que recursos para tal a Empresa terá pela execução da Concessão) ou a criação de empregos públicos de natureza técnica a serem preenchidos via concurso público.
>
> Em relação aos indicadores de desempenho, é indispensável a celebração de termo aditivo entre o Governo do Estado e as vencedoras da licitação, em até 60 dias, para que prevejam cláusulas mais precisas." (Grifei)

Por fim, a Conselheira votou para que fosse aprovado, com ressalvas, o objeto da auditoria especial, dando inteira quitação às pessoas físicas citadas no processo, nesse sentido em conformidade com o voto do Relator, mas dele divergindo em dois aspectos substanciais:

a) Quando determina a celebração de termo aditivo para sanar as inúmeras inconsistências verificadas no edital, relacionadas em seu voto, ao contrário da anulação do instrumento convocatório proposto pelo Relator; e

b) Quando determina a instauração de uma auditoria especial de acompanhamento da execução contratual, sem antecipação de tutela, a fim de verificar o cumprimento do *decisum*, ao contrário do Relator, que sugeriu a continuidade da própria auditoria especial, com esteio no parágrafo único do artigo 70 da LOTCE e com a antecipação de tutela;

Por fim, o voto do Exmo. Conselheiro João Campos foi no sentido de acompanhar o voto divergente da Exma. Conselheira Teresa Duere.

Finalizo ressaltando que concedi o contraditório a todos os interessados já reconhecidos no âmbito do processo original, que se manifestaram às fls. 90 *usque* 120, à exceção da Empresa Rodoviária Borborema Ltda., que não falou mais nos autos.

É o relatório.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Com a palavra o Dr. Bruno Ariosto pela João Tude Transportes e Turismo Ltda.

DR. BRUNO ARIOSTO LUNA DE HOLANDA – OAB/PE N° 14.623:

Presidente, Senhores Conselheiros, Senhora Conselheira Teresa Duere, ilustre representante do Ministério Público de Contas, levando em consideração o inteiro teor do relatório de voto do insigne relator, Dr. Dirceu Rodolfo, abro mão da minha sustentação oral, reservando o direito de ocupar a tribuna para eventuais questões de fato ou de ordem no curso do julgamento.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Então, passo a palavra ao Dr. Renato Canuto Neto, pelo Consórcio Progresso/Logo.

DR. RENATO DE MENDONÇA CANUTO NETO – OAB/PE N° 16.114:

Senhor Presidente, apenas uma anotação, Consórcio Progresso/Logo e Consórcio 1002/Rodotur, represento ambos os consórcios na condição de interessados, em que pese a não ter constado na ata e ter sido feito posteriormente.

Primeiramente muito obrigado pela possibilidade de estar aqui mais uma vez tratando do tema, parabenizar, como é de praxe, o Conselheiro Relator pela profundidade no relato e gostaria de iniciar, Excelentíssimo Senhor Presidente, Senhor Relator, demais Conselheiros, primeiro que me sinto muito tranquilo no dia dessa votação porque esse contrato, esta licitação especificamente, passou muito tempo dentro dessa Corte. O processo em si, este processo esteve sob a relatoria, com bem dito do eminente Conselheiro Carlos Porto originariamente, depois passou às hábeis mãos do Conselheiro Ranilson Ramos, onde foi concluído o processo de licitação. É importante dizer, Senhores Conselheiros, também, que a quadra que estamos colocando, de uma forma extremamente resumida, e que depois pontuaremos é a seguinte: Nós temos um processo licitatório que muda a forma do transporte em Pernambuco, que nos coloca no século XXI, que acaba com aquela discussão velha de permissão, de permissionário, de precariedade, de discussão sobre tarifa, de discussão sobre regulação, e nos traz para o mundo de hoje, do que se pretende num sistema integrado de transportes, está certo, como é a intenção do edital. O Tribunal viu isso, o Conselheiro Carlos Porto, no primeiro momento, no primeiro edital, mandou que voltasse. Foram feitas alterações, o edital voltou ao Conselheiro Carlos Porto, com a volta o Conselheiro Carlos Porto mandou à equipe técnica da Corte e expediu o seguinte ofício: Faça as alterações que entender cabíveis, esses são os termos do ofício de Sua Excelência, e justifique as que não o fizer. A Empresa Pernambucana de Transportes Intermunicipal o fez e encaminhou as justificativas ao Conselheiro e o Conselheiro determinou a continuidade do processo.

Mais adiante, por força regimental, os autos saíram das hábeis mãos do Conselheiro Carlos Porto e vieram para as mãos do Conselheiro Ranilson Ramos. O processo tramitou regularmente. É importante dizer, Senhores Conselheiros, e aqui foi dito, com todas as vênias do relator – Dentro dos autos do processo licitatório durante o seu trâmite na EPTI não houve qualquer impugnação de qualquer interessado. Nenhuma. Um único questionamento feito foi inclusive do Consórcio 1002/Rodotur, e nada mais. O que se tem notícia e aí sim é de questionamentos feitos na Corte posteriormente e já sobre os cuidados do Conselheiro Ranilson Ramos. Tanto é assim que no curso do processo licitatório o Conselheiro Ranilson Ramos expediu liminar suspendendo. Posteriormente, 20 dias exatamente, depois da suspensão e depois do

pronunciamento da EPTI, Sua Excelência, Conselheiro Ranilson Ramos, ao dia 22 de dezembro de 2014, determinou a continuação do processo. É importante dizer que, quando o Conselheiro mandou suspender, no dia 02, o processo estava findo, já havia resultado, já havia licitantes vencedores. Quando no dia 22 o Conselheiro determina o retorno, se foi possível publicar os resultados e extratos de contratos, assinatura dos contratos e mais, muito mais. Os contratos foram assinados, os contratos entraram em vigor, eminentes Conselheiros, entraram em vigor. Esses contratos vigeram até maio de 2015, vigeram e depois tiveram as suas vigências suspensas por conta desse Agravo de uma empresa terceira interessada, que não participou do certame licitatório em nenhum momento, diga-se de passagem que foi empresa operadora do sistema. Então, não tem nem como ela alegar desconhecimento disso. A empresa João Tude Transporte, que, hoje, acho que nem opera mais, esta empresa, no ano de 2013, 2014, ainda operava o então Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal. Ela não impugnou, ela não compareceu aos autos do processo licitatório. Em nenhum momento ela alegou ausência de competitividade ou qualquer outra. Nenhum outro interessado acorreu aos autos do processo licitatório, os autos comprovam.

Eis que, somente muito tempo depois, essa empresa ingressa aqui, na Corte, como terceiro interessado, em que é autora desse Agravo, que no mês de maio, depois de cinco meses de operação; o sistema na fase pré-operacional; com investimentos feitos; carros comprados; sistema de bilhetagem; contratação de pessoal; é tomado de surpresa com a decisão suspensiva, tomada no mês de maio de 2015, quando os contratos estavam em vigor desde o dia 01 de janeiro do mesmo ano.

É importante dizer, Srs. Conselheiros, com isso, é que há preclusão deste direito, se é que há direito de João Tude Transporte nesse caso. Em que momento nasceu esse direito se nem participar do processo ela participou? Qual o direito subjetivo dela que fora, por exemplo, violado que não se vê?

Mas, eu quero dizer e estou tomando de empréstimo, este argumento da preclusão, porque veio da decisão do competente Conselheiro Ranilson, quando determinou o retorno do processo ao seu trâmite normal. Disse o Conselheiro na sua decisão exatamente que "a João Tude teve a oportunidade de questionar o edital em discussão". Essas palavras não são minhas, são palavras, com todas as aspas e com todo o acerto, de Sua Excelência, Conselheiro Ranilson. De questionar o edital em fase anterior do processo, mas não o fez. E o que a impediu? Nada. Não apenas ela,

mas qualquer outro cidadão que poderia tê-lo feito, ninguém o fez.

E nós estamos aqui discutindo esse tema a partir dessa situação, que ao nosso entender, está preclusa, absolutamente preclusa. E esse foi o entendimento que se consolidou no Acórdão que hoje se discute. Esse Acórdão, que, inclusive, foi parabenizado, que foi muito bem tratado; a Conselheira Teresa recebeu parabéns do Ministério Público de Contas em sessão. É esse Acórdão, que está aqui se discutindo se ele e todas as suas razões técnicas e jurídicas pode ou não ser anulado.

E mais, o que se está anulando não é o contrato. O que se pretende anular é o edital de uma licitação finda, de contratos assinados que estavam em vigor e vigendo há cinco meses. Realmente, é difícil entender essa situação. Não é à toa que o Tribunal, acertadamente, no julgamento da Primeira Câmara manteve os contratos. Mandou fazer adequações? Claro. Porque o Tribunal pensava nos usuários. O Tribunal viu que as matérias que estavam sendo discutidas e que tinham vinculação ao edital estavam absolutamente preclusas porque estavam; porque nenhum dos interessados o fez. Porque a Corte em quatro vezes se pronunciou sobre esse edital, quatro vezes, durante o curso do processo licitatório, em nenhum momento disse: "desfaça", "refaça", "suspenda". Quando suspendeu, e havia a informação, o Tribunal mandava que ele "continuasse dali por diante". Não é à toa que os contratos foram assinados e isso consta dos autos, Excelência.

E, mais do que isso, quando o Conselheiro João Campos, quando a Conselheira Teresa Duere bem colocaram dizendo: - Está precluso? Está, mas eles não inovaram nisso. As palavras eram do Conselheiro Ranilson. Não há inovação, o que há é o que a lei impõe.

Há um momento para tudo no processo, seja ele administrativo ou judicial. Se a parte não o faz naquele momento, não pode fazê-lo depois. A discussão era dos contratos, a discussão não era mais do processo de licitação, o processo estava findo, findo, findo por determinação da Corte.

Muito bem, Srs. Conselheiros, queria apenas fazer um registro do quão acertado foi o acórdão me utilizando das palavras do Ministério Público de Contas. O Conselheiro Ricardo Alexandre, que se fazia presente quando do anúncio do resultado, que era pela manutenção dos contratos, mediante assinatura de aditivo para corrigir a fase de execução contratual, disse o seguinte:

> *Srs. Conselheiros, sei que é heterodoxo o Ministério Público se manifestar já na fase de discussão, com*

> *votos tendo sido proferidos, mas não poderia deixar de elogiar as recomendações feitas pela Conselheira Teresa Duere, que acompanha o que há de mais moderno no Direito Administrativo, que é a retirada do foco do controle da simples legalidade, …*

Que é o que se pretende com esse recurso. É o que se pretende, é o objetivo final; vamos "explodir" um sistema para fazer o quê? Qual é a proposição? Qual é o caminho? Depois de trinta anos, como disse o Conselheiro Ranilson, tentando fazer uma licitação e criar um sistema vamos implodir para fazer o quê? Nada?

Pois muito bem. E disse sua Exa., o Procurador do Ministério Público de Contas:

> *Tirar o foco da simples legalidade para a eficiência dos serviços, indicando a realização de aditivo contratual, em que o foco passa a ser o usuário,…*

Sabe o que isso implica dizer? Implica dizer resultado útil do processo. Esse é o resultado útil do processo na fase em que ele se encontrava, que é a fase contratual. Não estamos falando de um processo de licitação em curso, ele estava findo. A discussão está preclusa – palavras da Corte.

> Mudando o foco para o usuário, *indicadores de desempenho, indicadores de qualidade, indicadores de satisfação do usuário, com a importante recomendação …*

De que a previsão de pesquisa não possa ser feita pelo operador, tudo isso está no voto da Conselheira Teresa, tudo isso está no voto dela.

E mais, e mais, vejam o que diz:

> Então, como a própria lei dá essa discricionariedade, e ela é bastante razoável nesse sentido, porque imagine, um caso concreto, se declarar caducidade de um contrato de prestação de um serviço de transporte intermunicipal, simplesmente encerrando aquele contrato, a administração ficar obrigada a fazer isso, isso pode trazer mais danos para o usuário do que a realização de uma nova licitação…

Palavras do Ministério Público de Contas que foi quem abarcou as razões do grupo técnico da Corte, quero dizer isso aos Senhores, está nos autos do processo.

E mais:

> *Então, o Ministério Público entende que a previsão* editalícia está correta no sentido de dar à administração a discricionariedade em declarar caducidade do contrato ou mantê-lo aplicando as punições e fazendo as devidas recomendações.
>
> *No mais reitero a minha até felicidade e espero que o Tribunal passe a adotar esse foco no usuário, porque o controle da legalidade, mero controle de legalidade, não* satisfaz o usuário.

Palavras do Ministério Público de Contas.

E ao final, diz o Ministério Público de Contas:

> Então, parabenizo novamente a Conselheira Teresa Duere, e espero que essa Corte de Contas adote esse voto, essas indicações, aqui, como parâmetro para as próximas análises das contratações relativas à prestação de serviço público delegada a particular mediante concessão, permissão, autorização

Pois muito bem, Srs. Conselheiros, é este Acórdão que nós estamos discutindo aqui e sob ameaça de anular, porque, em tese, teria havido um problema na fase anterior à contratação, onde nenhum interessado impugnou; nenhum interessado requereu, lá, dentro da Comissão. Como era de direito, poderia ter feito, mas não o fez. Onde a Corte, por quatro vezes, deu-se por satisfeita e determinou a continuidade do processo. De contratos que foram assinados sob o manto de decisões da Casa e que apresentam o que há de mais moderno como solução para continuidade dos serviços, segurança do sistema e benefício direto ao usuário do transporte, se está em jogo.

Portanto, Exas., e não mais cansando a paciência de V. Exas., é que esperam, rogam os consórcios 1002/ Rodotur Progresso Logo pela manutenção integral do Acórdão recorrido, desse brilhante Acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado.

Muito obrigado, Sr. Presidente.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Continua em discussão, Conselheiro João Campos.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Gostaria de contribuir com o julgamento. Inicialmente, suscitando que nessa segunda próxima foram abertas as propostas do procedimento de licitação da maior licitação de transporte público da América Latina, no Município de São Paulo. Uma licitação que envolve contratos da ordem de R$ 70.000.000.000,00 (setenta bilhões de reais). Digo isso, Sr. Presidente, porque participei ativamente da discussão do processo na Câmara e pude ver e acompanhar também, parcialmente, a discussão desse procedimento em São Paulo. Gostaria de registrar aqui que foram trinta e dois lotes naquele certame, no certame de São Paulo.

Inicialmente, o órgão técnico apontou inclusive uma crítica aos três lotes apresentados no certame. Essa discussão, depois, foi superada. Mas, inicialmente, fez-se essa crítica em relação aos lotes. Nesse certame, poder-se-ia dizer: "olha, São Paulo teve trinta e dois lotes. Realmente, a competição foi ampla". E a indagaria a V. Exas: V. Exas. sabem em quantos lotes houve competição? Em apenas um lote. Em todos os outros lotes houve apenas uma proposta de cada licitante. Isso para que V. Exas. vejam a complexidade que a licitação de operação de transporte público enfrenta no país.

E, antes desse procedimento, houve um evento em São Paulo que contou com vários especialistas, inclusive operadores do sistema de Londres, que é tido como modelo, e restou consignado lá que não se pode ter um parâmetro único. Realmente, esses procedimentos licitatórios são de ampla complexidade e têm que ver, efetivamente, as questões típicas de cada ambiente

Mas se apontou, nesse evento, que o que há de mais moderno inclusive em relação a transporte público é exatamente o foco na prestação de serviço. Digo isso porque o Voto da Conselheira Teresa Duere, naquela assentada, efetivamente realçou esse aspecto; e mais do que isso, o que há de mais moderno é um aspecto que não é citado na discussão técnica que envolve o tema. É exatamente a separação entre o serviço e o fornecimento da frota e manutenção da frota.

É o que está sendo adotado, por exemplo, em Santiago e em Bogotá, e isso foi consenso entre os especialistas que é uma visão moderna em relação a esse tema. Acontece que essa visão moderna pode gerar, inclusive, um encarecimento do sistema,

efetivamente a implantação disso. Então, essas soluções não podem ser adotadas simplesmente por mera importação.

A lógica do mercado e do sistema sugere que quem já esteja operando participe, e efetivamente é o que se dá em São Paulo, participe diretamente ou mediante consórcio da disputa das linhas; isso é uma característica do sistema e do mercado.

Eu faço essas considerações, Senhor Presidente, porque acompanhei, efetivamente, toda a discussão em relação a esse tema, em relação aos achados técnicos apontados no relatório de auditoria, inclusive quero elogiar o trabalho feito por Rolim, técnico desta Casa, um trabalho de altíssima excelência, no laudo aponta sugestão de aperfeiçoamento, muitas coisas efetivamente merecem uma discussão; e o voto da Conselheira Teresa Duere, efetivamente, conciliou a divergência que havia na câmara, porque o Relator, por exemplo, dos 18(dezoito) itens inciais, afastou 10(dez), os 8(oito) itens glosados podem ser efetivamente objeto da auditoria e objeto de um posterior termo aditivo. Não vislumbrei, naquela assentada, nenhum óbice que isso fosse implantado, e efetivamente foi encampado na sessão, pelo Ministério Público, que não recorreu da decisão, pelo contrário, elogiou inclusive a decisão, naquela assentada.

Eu faço essas observações apenas para contribuir para o debate, Conselheiro Dirceu Rodolfo, no relatório, já aprofundou, efetivamente, parte dessa discussão, mas é preciso lançar um olhar também sobre a complexidade dos atos que envolvem esse certame, e dizer que, toda vez que isso for submetido à Casa, em nenhum momento a Casa suspendeu essa decisão durante o trâmite da licitação; posteriormente, após a assinatura do contrato, houve uma cautelar suspendendo. Mas durante o certame não houve nenhuma suspensão, não houve cautelar, não houve pedido de alerta, então esse processo tramitou sem nenhuma intercorrência. Por outro lado, não se pode desconsiderar que não houve impugnação ao certame, não houve impugnação ao edital perante a autoridade administrativa competente.

Então não se pode, a princípio, questionar restrição de competitividade, porque não houve nenhuma impugnação por parte dos interessados, em relação ao edital.

Faço essas considerações, senhor Presidente, para contribuir, efetivamente, com o debate.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Ainda em discussão, Conselheira Teresa Duere.

CONSELHEIRA TERESA DUERE:

Senhor Presidente, eu fiz o voto-vista. Eu Solicitei vista do processo ao Conselheiro Ranilson Ramos por algumas razões: primeiro, porque, no meu entendimento, o processo de licitação estava concluído, é um entendimento, até porque todas as impugnações que vieram a ter foram após o contrato.

Na verdade, se foi dado alerta pedindo reformulação dos pontos que fossem cabíveis, se foi dada cautelar, e depois essa cautelar deixou de existir, evidentemente demonstrava que não havia pontos tão graves que não se pudesse continuar o processo.

Então, ao considerar, e no meu voto coloco, porque acho que estava concluso o processo licitatório, fui estudar - até o Conselheiro João Campos disse -, junto com o NEG, como se procedia, no mercado, essa questão do transporte público em São Paulo, no Paraná, no Rio de Janeiro, e vimos que as disputas são sempre da mesma forma, tem o mesmo gênero, e o que ocorre é o que vemos, hoje, ainda, uma discussão na área metropolitana, que está para subir passagem mais uma vez, e decidir o quê? Qual é a discussão da sociedade? Disseram que iria subir passagem para botar ar-condicionado nos ônibus, não colocaram ar-condicionado nos ônibus, não melhoraram, não fizeram as melhorias para os usuários dos ônibus. Mas a passagem vai subir.

Quem é especialista em concessões, e PPS, e privatizações, mostrou-me, no NEG, que há uma questão que tem que ser trabalhada que se chama indicadores. E se procurarmos, no contrato ou na licitação, o usuário não existe. O usuário não existe nas concessões públicas. Ele não existe, quem existe é o patrão, que vai fazer essa concessão para o Estado. E depois chega e diz que a EPTI fará a fiscalização. Ora, senhores, fui ver o quadro da EPTI, ela não tem a mínima condição de fazer, ela tem cinco empregados, o resto é cargo comissionado.

Nesse contrato que foi assinado, tem o recurso do consórcio para fazer a avaliação e a fiscalização desse contrato. Esse recurso é para onde? É para EPTI. E a EPTI vai fazer como, se não tem condições? E aí, na verdade, fica novamente sem fiscalização, fica o usuário novamente como oitavo... décimo interessado no processo, porque ele não fala, ele não fala no processo, então, é décimo...vigésimo interessado. Então, a nossa preocupação... Para mim estava conclusa a licitação por não ter tido impugnação nem cautelar no processo.

Então, vamos ao contrato. Se há um contrato, acho que, no contrato, pelo menos, teríamos que aproveitar para colocar dois pontos que para mim seria fundamental: 1- Seria a participação do usuário, o direito do usuário; 2 – A questão da EPTI. Foi assim que fizemos. Vejo que, se hoje, passado 5 anos de um contrato feito, se esta Casa chegar a conclusão que houve erro, que tudo que foi feito foi com irregularidade, que se ataque o contrato, e não mais o processo de licitação.

Então, não vejo, sinceramente, meu caro Conselheiro Dirceu Rodolfo, que, aqui passando mais de um ano esse processo, não havendo impugnação, não havendo uma cautelar, tenha sido feito o contrato, não pedimos ao Legislativo o cancelamento desse contrato por irregularidade, não o fizemos, ele continua em vigência, que sejamos, pelo menos, um Tribunal que mostre diferença em relação a essa questão de transporte urbano, mostrando que existe uma figura que se chama usuário. E aí quero dar o mérito a quem fez esse trabalho em relação aos indicadores, que foi o técnico desta Casa Dr. Fernando Antônio Oliveira Rolim, que inclusive fez sua tese de mestrado e doutorado na questão de transporte urbano. Então, essa construção foi feita por ele, já utilizando o conhecimento que esta Casa proporcionou para que ele pudesse se aprimorar dentro dessas questões.

Assim sendo, vejo que, na discussão, o que tem que ser atacado, tem que ser atacada ao nível do contrato, porque efetivamente são cinco anos. Nós precisamos ou anular o contrato ou colocar um aditivo nesse contrato, tirando da EPTI, botando o usuário, está certo? Dentro das concessões, esta Casa aprimorar, não ficar só: "está certo… está errado… está certo… está errado…" E nós, todo dia, todo ano, todo semestre, ficamos vendo o povo reclamar, reclamar e reclamar pela qualidade do serviço, e não ter vez e não ter voz.

Portanto, eu trago esse assunto, para que possamos discutir e considerar que existe uma figura dentro de todo esse processo, que é o vigésimo...trigésimo interessado que se chama o usuário.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Há uma questão de fato trazida pelo advogado. Conselheiro Carlos Porto.

CONSELHEIRO CARLOS PORTO:

Eu queria apenas contribuir com a discussão. Eu serei bem breve. Inicialmente tive a oportunidade de ser relator dessa matéria. Deixei de acompanhar porque saiu de minha alçada e passou para outra Câmara. Mas, na oportunidade do lançamento do edital, encaminhei, salvo engano, 26 recomendações para que esse edital fosse modificado, tendo em vista que, da maneira que foi colocado, havia um direcionamento.

E inclusive, na oportunidade, cheguei várias vezes a conversar com a direção da EPTI e colocar o pessoal que fazia, na época, a EPTI com os técnicos da Casa. E infelizmente, para surpresa minha, das 26 recomendações que foram encaminhadas, foram atendidas apenas 2 recomendações, que não tinham nenhuma influência direta no edital.

Então, praticamente, o edital foi publicado sem o atendimento das recomendações, à época, feitas pelo Tribunal. Em seguida, eu deixei de acompanhar essa matéria, que saiu de minha alçada e passou a ser discutida em outra Câmara, da qual eu não participava. Era apenas para contribuir com a discussão, que queria colocar.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Há um advogado na tribuna. Questão de fato.

DR. BRUNO ARIOSTO LUNA DE HOLANDA – OAB/PE Nº 14.623:

Excelência, é uma questão de fato, serei breve. Primeiro elogiar o elevado nível do debate que aqui se trava, inclusive a sustentação oral brilhante do nosso colega Canuto.

Traz-se aqui, Dra. Teresa Duere, relativamente aos relatórios de auditoria, sobretudo aqueles assinados pelo Dr. Fernando Rolim. Pelo que me consta, os dois relatórios preliminares de auditoria e a nota técnica, inclusive subscrita também por Dr. Fausto, apontam em sentido contrário. Apontam no sentido de que a EPTI descumpriu e que aquelas irregularidades e vícios eram insanáveis e maculam no todo o contrato.

Lógico, o que nós queremos debater aqui, e é o papel deste Tribunal, são melhorias que, ao final, coloquem-se para a população, por óbvio. Mas isso não pode ser feito à revelia da lei. O que se inaugura aqui no debate é um debate perigoso. Então, se não se impugnou lá, na licitação, por alguma razão, está se suprimindo prerrogativa deste Tribunal. Está suprimindo-

se prerrogativa, a qualquer tempo o Tribunal pode anular um contrato.

Tenho, mas não trouxe, e não vou trazer aqui para cansar V. Exas., jurisprudência da lavra da Dra. Teresa Duere, jurisprudência da lavra do Dr. João Campos, jurisprudência da lavra do Dr. Valdecir Pascoal, que aqui não está, a qualquer tempo. O Supremo já decidiu sobre isso. O STJ já decidiu sobre isso. Com todas as vênias ao nosso colega Canuto, não o que se falar em preclusão. Parece que se quer colocar aqui o fato de "ah, não reclamou, não pode reclamar".

O que nós buscamos, sim, é a melhoria do sistema. E, a forma como foi colocada, os dois relatórios de auditoria, o Ministério Público que, ao final, com todo respeito, na decisão de Câmara se posiciona, mas dentro do contexto geral que se aponta, são vícios insanáveis. Eu não posso agora dizer "vou fazer um termo aditivo e melhorar". Que fosse, mas que não tivesse alteração da condição de competitividade, o que ocorreu de fato. E está comprovado que os termos que foram colocados no edital, na sua forma final, diga-se de passagem, excelências, com todas as ressalvas, o indicativo colocado por Dr. Porto aponta o acompanhamento; o indicativo posto, e bem-posto, pelo Conselheiro Ranilson Ramos também sugere, é só olhar a ordem que se sugere.

Quando autoriza, abre-se a auditoria e pede-se, depois, para avaliar se cumpriu ou não cumpriu. E não foram cumpridos, os itens foram solenemente descumpridos. E isso, no todo, e aqui me calo quanto a essa questão de fato trazida aqui, quando se fala em indicadores e estudos técnicos, o principal ponto abordado pelo ilustre Auditor Fernando Rolim, que tem que se elogiar as duas, três peças elaboradas por ele, aponta que essa fragilidade, a ausência dos estudos técnicos, prejudica, ao final, e podem prejudicar a população.

Aí concordo, no todo, com a preocupação. Acompanho no todo a preocupação da Dra. Teresa Duere, mas, em sentido contrário, o alerta colocado pela auditoria é no sentido de que a ausência desses estudos aponta para uma fragilidade e risco para o sistema.

Muito obrigado, Presidente.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Com a palavra o Conselheiro Ranilson Ramos.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Sr. Presidente, apenas para colaborar, e aí em seguida rapidamente o Relator retomar o processo.

Apenas com relação a duas intervenções do advogado que falou. Primeiro, da minha cautelar suspendendo, que foi assinada e publicada por mim no dia 02 de dezembro, em seguida, no dia 22 de dezembro, revoguei essa cautelar; só que o advogado não falou o que foi que determinei. Revoguei monocraticamente a cautelar e determinei que dezoito achados fossem incorporados e que fossem apresentados à equipe técnica, que, sessenta dias depois, trouxe-me uma nota técnica, está no processo, informando que nenhuma das dezoito foi cumprida.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Conselheiro Dirceu Rodolfo, pergunto se ainda está em discussão, Conselheiro Dirceu Rodolfo, vai passar já à fase da votação.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLDO DE MELO JÚNIOR – RELATOR:

Antes, vou fazer algumas considerações sobre as diversas falas que foram trazidas à colação, porque acho que elas tocam muito o orbe competencial do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco; então, não posso deixar de fazer algumas considerações.

A primeira delas é, realmente, lançar encômios não só ao voto brilhante da Conselheira Teresa Duere, mas ao voto brilhante do Conselheiro Ranilson Ramos e ao voto brilhante do Conselheiro João Carneiro Campos, cada um dentro das suas perspectivas de suas premissas. Todos os três, unanimemente, entendendo que é pela aprovação com ressalvas, mas, intrinsecamente, muito diferentes: um pugnando pela nulidade, os dois outros não pugnando pela nulidade. Então, todos os três merecem encômios.

A segunda questão diz respeito ao problema da preclusão. Entendo que o Tribunal, naquela assentada, não disse,

ao fim e ao cabo, e nem poderia dizê-lo, em caráter definitivo, que as questões encontradiças dentro do procedimento licitatório estão preclusas. Disse provisoriamente, porque existe, dentro da nossa norma, a fase revisional. Não houve ainda a coisa tida como verdadeira; então, não houve, ainda, o posicionamento definitivo desta Casa sobre preclusão de questões licitatórias.

Aquele voto que venceu, provisoriamente, apontava para uma preocupação vertida sobre o contrato, aquele voto; mas aquele voto está sendo submetido à revisão, que é este processo, este recurso ordinário. Então, não se deu, naquele momento, a coisa tida como verdadeira, a *res veredicta.* Então, não há de se falar em coisa julgada administrativa. Isso é a primeira questão que deve ser apontada.

A outra questão que foi trazida pelo nobre advogado é que esse processo passou muito tempo aqui no Tribunal, que passou *in albis* no Tribunal qualquer questionamento sobre problema na licitação não é verdade. O que verificamos é uma recalcitrância, o que verificamos é que, por exemplo, as dezoitos determinações que foram recomendações que foram trazidas à baila no encaminhamento do Conselheiro Ranilson Ramos, que revogara naquela fase a sua cautelar, elas foram solenemente obliteradas. Então, vejam, não se pode dizer que o Tribunal deixou a EPTI à vontade para contratar. À vontade para assinar o contrato. Não é bem isso. Na realidade, a EPTI continuou com a licitação à míngua de uma ação, de um provimento mandamental. Porque, acidentalmente, teve a cautelar, a cautelar foi revogada, e nesse vácuo foi assinado; mas, em todo tempo do processo estão apontadas inicialmente vinte e sete incongruências, depois dezoito incongruências que têm uma ligação fortíssima com o problema da população. Ou seja, é apontado nessas irregularidades problema com projeto básico, problema com estudo de viabilidade e inconsistências que têm reflexos prováveis sobre tarifa, sobre preço de passagem, sobre qualidade do serviço.

Então, não é só no contrato que o Tribunal deveria ou deverá, a partir de então, analisar a repercussão desse contrato sobre a qualidade e o gravame que vai ser suportado pela população, não. No próprio procedimento o Tribunal já havia colocado essas questões que foram, repito, obliteradas pela IPTI.

Uma outra questão que queria colocar, de uma certa forma afastar essa crença, essa crendice de que assinou o contrato acabou tudo. Acabou tudo. Procedimento licitatório é um antecedente; existe um princípio chamado princípio do fruto das arvores envenenadas.

Estávamos sindicando aqui o procedimento. Se o procedimento é nulo, todo restante pouco importa, porque tem um dispositivo na nossa Lei Orgânica e na Constituição que o Tribunal, quando for se pronunciar sobre contrato, não pode fazer a sustação do contrato, isso desserve para essa discussão, porque senão o trabalho do controle externo seria uma corrida insólita, transloucada para a retirada do seu progenitor do patíbulo. É correr para tirar o progenitor do patíbulo. Porque se assinou o contrato, acabou tudo. Isso não existe! O Tribunal de Contas continua analisando o procedimento licitatório, que contamina o contrato, fruto das árvores envenenadas. Não há preclusão coisíssima nenhuma.

Quer dizer, na hora que você assina o contrato, deu-se a batida, salve todos? A crença, essa crença é descredenciada de plano pelo princípio republicano e pela supremacia do interesse público. Controle externo, controle interno e controle social não podem ficar reféns, correndo atrás: "ah, vai assinar o contrato, vamos correr… vamos correr…vamos correr…". Não. Se tiver mácula no procedimento licitatório, acabou tudo; todo restante está contaminado, e é isso que se está discutindo aqui.

Outra questão. O nosso querido Conselheiro João Campos fala de que o nosso relator, lá no seu pronunciamento, no seu voto ele afasta dez das dezoito. Eu discordo, *data maxima venia*, não afastam as dez, ele apenas remete ao entendimento da ARPE. Ao entendimento sobranceiro da ARPE dentro de suas competências. E é muito simples porque ele não entende que as dez estão suprimidas, porque, no final, ele diz anule-se o contrato.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

E talvez, Conselheiro, é preciso cogitar que Sua Exa. não considerou uma nulidade de ordem pública esses achados. Porque se tivesse considerado *prima facie*, ele teria, efetivamente, determinado anulação com base nesses argumentos. Não caberia...

Se V. Exa. só me permitir, já que inclusive fui citado. Não seria o caso de se remeter para a ARPE, que inclusive destoa o contrato. Destoa o procedimento. Se S.Exa. entendesse que era uma questão de ordem pública e, efetivamente, macularia todo o procedimento, S.Exa. teria encampado esses itens. E S.Exa. não encampou, inclusive S. Exa. está aqui presente e pode até esclarecer S. Exa. não encampou isso no Voto.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Pois não.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR – RELATOR:

Não, veja, isso tudo não tem importância. Só para…

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Remeter para a ARPE.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR – RELATOR:

Ele remete para a ARPE dez pontos técnicos, mas veja, ele remete por quê? Porque ele anula.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Sim, mas ele não anula de *per si*. Ele remete para a ARPE se manifestar.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

Não, o voto dele é pela nulidade do procedimento. Se ele vota pela nulidade, essa questão vai ser revisitada.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Mas ele remete para ARPE essa questão?

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Conselheiro Dirceu.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

Remete, mas anula, agora se ele tivesse...

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Mas a ARPE revisitou?

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Conselheiro Dirceu, para ajudar na discussão.

Eu pedi, no meu voto, um encaminhamento para ARPE se pronunciar, e ser incorporado no novo edital, não era para corrigir contrato, não, era para corrigir o novo edital, e inclusive o prazo para ARPE era menor do que o prazo aqui para um novo edital. Eram questões regulatórias que o Tribunal não tem competência, quem tem competência é a Agência de Regulação, então esses 10(dez) pontos foram para ser observados pela ARPE e retornar para um novo edital a ser apresentado ao corpo técnico do Tribunal.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Mas conselheiro, Vossa Excelência me permite, só para essa questão ficar objetiva, já que inclusivamente foi citado o meu voto.

O que se discutiu, aí, foram exatamente os itens que indicavam índices de sistema de acompanhamento que efetivamente não teria repercutido diretamente na competitividade do certame, e a Conselheira Teresa Duere diz isso no voto, sistema acompanhamento controle, sistema automático de controle de receita, as pesquisas de opinião periódica com o usuário do serviço, estão indicando para serem desenvolvidos pelas próprias operadoras, ter-se estabelecido que o desenvolvimento do sistema de acompanhamento de controle será baseado em termo de referência que será desenvolvido após a licitação, quando o ideal é que já estivesse pronto, havendo adequação de indicadores nos itens escolhidos para avaliação de desempenho global.

Então, quando a Conselheira fala que se ateve ao índice de qualidade da prestação do serviço, são exatamente esses itens, que inclusive os 10(dez) sugeridos pelo Conselheiro Ranilson Ramos, que podem ser ajustado mediante aditivo; e a construção do voto de Vossa Excelência é exatamente para dar máxima eficiência e eficácia aos atos administrativos já praticados, porque é certo Conselheiro que houve um indicativo por parte da auditoria técnica, mas é certo que não foi acolhido, não houve cautelar quando da manifestação, e a EPTI apresentou os ajustes que foram

feitos no edital. Se foram feitos dois, ou três, ou quatro, o fato é que não houve nem alerta, nem cautelar para suspender o procedimento à época.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

Deixa só eu lembrar uma coisa, houve uma cautelar.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Posterior.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

Sim, ela foi revogada, mas em cima do contrato, que poderia ser mandado um novo edital para ajustar. Podemos porque temos adúnias cautelares determinando que suspenda, que deixe de pagar, e depois…

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Sr. Conselheiro, não há dúvida em relação a isso. Tanto se pode que foi determinado que o contrato fosse ajustado.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

Mas deixa eu dizer uma coisa, essa cautelar foi revigorada por Vossas Excelências numa câmara, e vigorou até o dia do julgamento da auditoria especial; até o dia do julgamento, ela vigorou.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Após o certame.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

Então, esse tempo cabia a EPTI, eu vou entrar no meu voto, mas cabia a EPTI lançar um olhar prudente sobre as

18(dezoito) determinações que estava sob cautelar, e continuou a coisa caminhando.

Então veja, para terminar essas observações, o nobre Advogado, *data maxima venia*, fala de implodir o sistema. Eu quero dizer, *data máxima vênia*, que, se tivermos de explodir ou implodir para fazer a coisa dentro de padrões ortodoxos de legalidade, de eficiência e de transparência, haveremos de fazer, estamos na fase, exatamente, de revisão processual, enfim.

Mas, por fim, é trazido à colação o problema da habilitação da Jotude. Com relação a essa questão, essa sim está precluída, porque estava a auspícios do Conselheiro Relator, e ele achou por bem habilitar como um terceiro habilitado, então entrou no processo.

Agora, pouco importa para o Tribunal de Contas, eu quero dizer isso porque nós não fazemos prestação jurisdicional, eu não estou preocupado com o direito subjetivo da Jotude ou o que seja, o que fazemos é controle externo, é diferente, é um olhar de zelo e tutela sob a coisa pública. Não estamos discutindo tutela, não fazemos isso, não fazemos prestação de tutela de direito, aqui é fiscalização e pouco importa de onde vem a informação.

Então, eram essas as considerações iniciais. Já passo ao voto, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Vossa Excelência pode votar.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO – RELATOR:

VOTO DO RELATOR

Da Admissibilidade

Quanto à admissibilidade, observa-se que o Recurso foi apresentado dentro do prazo estabelecido no § 1º do art. 78 da LOTCE, bem como foi constatada a legitimidade da Recorrente, na condição de terceiro interessado, condição essa já acatada em sede do processo inicial pelo Exmo. Conselheiro Relator, Ranilson

Ramos. Portanto, deve ser acolhido.

Das preliminares

Os Recorridos, notificados em decorrência do amplo direito de defesa, em uníssono, arguiram preliminar de "*inobservância ao princípio da dialética recursal*", pela ausência de impugnação específica aos tópicos do voto que originou o Acórdão recorrido, limitando-se a Recorrente a repetir razões anteriormente já debatidas, razão por que requerem a rejeição liminar do Recurso.

Após análise perfunctória da peça recursal, considero que as eventuais repetições de argumentos já discutidos em sede do processo original não devem ser inibidas ao ponto de se rejeitar liminarmente a petição. Ademais, à luz da teoria da asserção, entendo presentes os requisitos intrínsecos do recurso, ou seja, a adequação do pedido, a recorribilidade da decisão e a legitimidade para recorrer.

Do Mérito

A Recorrente, após breve relato histórico-cronológico dos feitos iniciais, aqui já sintetizados em nosso relatório, passa a atacar o Acórdão T.C. nº 0029/17 em seus aspectos de mérito. Seguirei a ordem dos argumentos apresentados na peça recursal, analisando cada um deles.

Antes, porém, mister esclarecer que o contraditório oferecido pelos recorridos apenas tangencia os argumentos recursais, sem oferecer-lhes contradições diferentes daquelas já lançadas ao longo do processo original, razão por que evitarei ser repetitivo na exposição do voto.

3. Da Inexistência de Autorização da Corte de Contas para Prosseguimento da Concorrência nº 001/2014.

A Recorrente destaca que na decisão recorrida se afirma que "*...o TCE/PE permitiu o prosseguimento da licitação, com a sua homologação, sem apontar, à época, os achados que entendia como não atendidos pela EPTI;*". Isso porque o Ofício TCGC Nº 432/2014, firmado pela Assessoria Técnica do então Relator,

Conselheiro Carlos Porto, como "de ordem", comunicara não enxergar óbice à continuidade do procedimento, "*...se atendidas as recomendações do Relatório Técnico da GLIC (fls. 207 a 211), quanto àqueles ditos possíveis de serem alterados por parte dessa empresa, no supracitado documento.*".

Vejamos alguns excertos da peça recursal, para melhor compreensão da tese apresentada (fl. 11).

> "Ressalte-se que o risco de dar continuidade a um processo viciado, em total inobservância às determinações desse Tribunal de Contas, foi assumido pela EPTI, com base em documento sabidamente impróprio para autorizar ou desautorizar o prosseguimento da Concorrência, sobretudo às suas determinações.
>
> Após isto, houve mudança na relatoria do processo, passando do Gabinete do Conselheiro Carlos Porto para o Gabinete do Conselheiro Ranilson Ramos, o qual expediu Medido Cautelar monocrática, Ofício TCGC02 00104/2014, em razão das representações (…) que versavam acerca das mesmas irregularidades existentes no edital da Concorrência Pública em apreço.
>
> Diante deste quadro, resta clara a impossibilidade de se considerar que a EPTI foi liberada a dar prosseguimento ao certame por força do Ofício TCG03 00432/2014, pois as irregularidades supostamente tidas como superadas pela EPTI, foram, neste momento, suficientes para que o **Ilmo. Conselheiro Relator Ranilson Ramos, monocraticamente, suspendesse o certame licitatório por meio de Medida Cautelar...**". (grifos no original)

Considerando que no seu entender a EPTI não obteve autorização para a continuidade do certame sem as alterações mencionadas pelo Exmo. Relator, haja vista a cautelar proferida, como também o fato de que a decisão recorrida ter-se-ia pautado na "*insegura liberação do prosseguimento do certame*", que condicionada estava ao cumprimento das recomendações da GLIC desta Corte e que não teriam sido atendidas, a Recorrente aduz que a nulidade da Concorrência persistiu ao longo desse tempo.

A meu juízo entendo que não assiste razão à Recorrente. Após a apresentação da síntese cronológica dos fatos - e a

despeito de uma certa dubiedade no teor do Ofício TCGC Nº 432/2014 firmado pela Assessoria Técnica do então Relator, Conselheiro Carlos Porto -, percebe-se que todas as decisões proferidas no âmbito dos processos conexos que levaram à deliberação ora combatida encontram amparo regimental. Acrescente-se que, em seguida à expedição da cautelar determinando a suspensão da concorrência, o então Relator reviu sua própria decisão, em 22 de dezembro de 2014, o que permitiu a continuidade do certame, condicionando-a, entretanto, ao atendimento de uma série de determinações. Nova cautelar suspensiva foi expedida, mas somente em 30 de julho do exercício seguinte, mas que findou não sendo julgada por perda de objeto.

Isso posto, o que houve, de fato, foi que o Tribunal não obstaculizou o prosseguimento do certame, de maneira definitiva, até a sua homologação. Mas também é fato que não deu autorização para tanto, o que permitiu à EPTI, de forma imprudente, continuar com o feito. De todo modo, considero esse aspecto de pouca relevância e não acolho o recurso nesse aspecto.

A questão das recomendações técnicas não atendidas deixarei para comentá-las mais adiante.

4. Da Ausência de Estudos Técnicos: Dois Aspectos

Ab initio, a Recorrente faz a transcrição do voto alternativo da Exma. Conselheira Teresa Duere, que orientou a decisão final da 1ª Câmara. Vejamos:

> "Durante o período de vistas, com a colaboração dos técnicos desta Corte, em particular um estudo realizado com muito trabalho e competência pelo Inspetor de Obras Públicas Fernando de Oliveira Rolim, estudei, pesquisei outras licitações com o mesmo objeto, realizadas nos Estados Brasileiros, (a exemplo do Leilão 01/2013 e do Leilão 02/2014 da Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT e da Concorrência 02/2016 da Agência Nacional de Transportes do Estado de São Paulo-ARTESP), bem como realizei diligência junto à ARPE e MPCO, em busca de melhor fundamentar-me quanto ao referido processo."

Lastreada nas informações oferecidas pela Conselheira, a Recorrente afirma que, após compulsar os autos do processo original, nada encontrou dos estudos citados que não fossem aqueles produzidos pela própria Auditoria, além do Parecer nº 427/2015 do MPCO, todos pugnando pela anulação da Concorrência nº 001/2014 e publicação de novo edital, em face dos vícios "insanáveis" detectados no instrumento convocatório inicial (fls. 17-19). Acrescenta que, mesmo que existissem nos autos, far-se-ia necessário que todos os interessados pudessem ter se manifestado sobre os mesmos, à luz do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Como um segundo aspecto, a Recorrente destaca não ter sido obedecido o disposto no § 2º do art. 42 da Lei nº 8987/95, que exigiria a realização de levantamentos e avaliações previamente à organização das licitações de outorga de concessões e que tal omissão teria sido "...*alçada à categoria de vício insanável quando do julgamento da Ação Popular proposta em face da EPTI perante o Poder Judiciário do Estado de Pernambuco...*", ação essa já mencionada no relatório deste voto. Encerra esse ponto trazendo à colação excertos de jurisprudência do TCE-SP (fls. 22-25).

Quanto ao primeiro aspecto defendido pela Recorrente, não se lhe pode dar razão. Isso em decorrência do denominado "princípio da livre convicção motivada", sob cuja égide tem-se que o magistrado forma o seu convencimento livremente (PORTANOVA, 1999, p. 244). Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 73), ensinam que o princípio do livre convencimento, ou da *persuasão racional*, "*regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento* secundum conscientiam. (...) *De acordo com o julgamento* secundum conscientiam*, o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem prova ou até mesmo contra a prova.*"

Acrescento à citação que se trata da prova considerada isoladamente, ou seja, insulada, não inserível em um contexto revelador da chamada prova indiciária. Há que se lembrar que a deliberação em comento foi tomada antes da vigência e eficácia do novo Código de Processo Civil, o último mais cioso da fundamentação e motivação do magistrado, bem como do novo texto da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

Dessa forma, tenho que a Exma. Conselheira Teresa Duere motivou sua razão de votar de maneira escorreita. A menção que fez aos seus estudos extraprocessuais tão somente comprova o seu reconhecido zelo no desempenho de suas funções judicantes neste Sodalício. As motivações do seu voto estão sobejamente indicadas nos autos originais, tanto assim o é que permitiu o exercício do contraditório e da ampla defesa em sede do processo original e, ainda, que a irresignação da Recorrente seja debatida, no mérito, em grau recursal. Como bem afirmou o Conselheiro Substituto Ruy Harten, em seu voto, trata-se de "...*um* obter dictum. *Se tirarmos essa parte, em nada compromete a fundamentação, as razões de decidir. Não se baseou o voto em qualquer peça específica alheia ao processo, apenas se disse que se estudou, que se ouviu, que se aprofundou inclusive com outras licitações...*".

Em relação ao segundo aspecto, a falta de estudo prévio, recepciono-o como fato novo de extrema relevância e que não foi objeto de análise nos autos do processo de auditoria especial. Como bem anotou a Recorrente, esse foi um dos fundamentos da sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão (fls. 262 a 281), no âmbito da Ação Popular 0081482-31.2014.8.17.0001 impetrada contra a Empresa Pernambucana de Transporte Intermunicipal-EPTI. Vejamos alguns excertos elucidadores:

> "Dispõe a Lei Federal nº 8.987 (...) sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.
>
> (...)
>
> Como disposição transitória, o artigo 42 da Lei Federal 8987/95 considerou que as concessões de serviço público, outorgadas anteriormente a entrada em vigor desta Lei, consideram-se válidas pelo prazo fixado no Contrato ou no Ato de Outorga. Vencido o prazo do Contrato, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente ou delegada a terceiros mediante novo contrato, precedido de licitação. Já as concessões em caráter precário, as que tiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor com prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo

necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederem a outorga das concessões que as substituirão.

Esta validade prevista no § 2° do artigo 42 tem como condicionante o levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços.

A preocupação do legislador de 1995 com a indenização devida aos atuais Delegatários concerne com a reversão da infraestrutura de bens que são aplicados na prestação do serviço público. (...)

Desta forma, para o caso específico das concessões antigas, as novas licitações dependem da elaboração desse estudo previsto no artigo 42 da Lei Federal n° 8987/95.

Ocorre que o Edital de licitação deflagrado pelas REQUERIDAS não contém nenhum Anexo que apresente este Estudo de levantamento (...). Esta omissão acarreta a falta de precisão e transparência necessárias para que a nova concessionária receba como infraestrutura inicial os bens já empregados para a prestação do serviço público. Isto leva a uma confusão possível daquilo que seria bem público e os bens particulares que advirão dos novos investimentos contratualmente assegurados, a serem realizados pela nova concessionária de serviço público.

Não me parece que esta avaliação (...) seja uma mera fase (...) visto que bens públicos estão em jogo e serão transferidos à nova concessionária para a realização do serviço público de transporte.

A não apresentação desse Estudo em que poderá ser descrito toda a infraestrutura disponível e reversível ao patrimônio público milita contra a necessária transparência (...) no trato da coisa pública. Tendo o legislador de 1995 como foco a proteção do patrimônio

> público (...) entendo que não há qualquer mácula Constitucional a exigência normativa.
>
> Diante disso, apenas por esse fato, entendo que o processo licitatório deflagrado encontra vício insanável que invalida não só o Edital lançado pelas REQUERIDAS como também eventual Contrato firmado pelo Poder Público com o colaborador particular que tenha sido alçado à condição de melhor classificado após a seleção."

Considero por demais lúcidas a análise levada a cabo pelo Exmo. Juiz de Direito, Dr. Haroldo Carneiro Leão, e peço-lhe vênia para acrescentar que, além da transparência e legalidade, foram ainda maculados princípios insculpidos na Lei 8666 referentes à isonomia e à eficiência.

O primeiro, porque garante o tratamento igualitário a todos os interessados, condição essencial para assegurar a ampla competição em todos os procedimentos licitatórios. No presente caso, considerando que os consórcios vencedores já operavam o sistema há décadas, é óbvio que possuíam informações sobre a infraestrutura atualmente em operação e o quanto isso repercutiria nos preços praticados. Eventual interessado que não participasse do sistema, diante da ausência das informações demandadas pelo § 2º do artigo 42 da Lei nº 8987/95, não teria condições de competir em igualdade de condições, haja vista a assimetria de informações causada pela omissão da Administração.

A eficiência, por sua vez, foi prejudicada em razão da omissão em si mesma, ou seja, a ausência dos referidos estudos impõe concluir que toda essa infraestrutura não foi levada em consideração na estruturação dos preços ofertados pelas licitantes, não se podendo afirmar que os preços ofertados tenham refletido na proposta mais vantajosa para o interesse público e, ainda, inibindo a participação de mais interessados no certame. Nesse sentido, pode-se concluir que a presença de quatro empresas consorciadas - e mais uma isoladamente - não é suficiente para se dizer representado o universo de interessados em tão vultosa licitação.

Isso posto, considero pertinentes os argumentos do Recorrente e procedente este item do Recurso, ressaltando que as contrarrazões acostadas pela EPTI e pelo Consórcio PROGRESSO/LOGO

são meras repetições de argumentos já esposados e debatidos nos autos processo original, inclusive, baseadas no teor dos votos dos integrantes da 1ª Câmara, incapazes de se contraporem à sentença proferida no âmbito da ação judicial retromencionada.

5. Ausência de Critérios objetivos no Edital da Concorrência nº 001/2014.

A Recorrente alega que, no item 10.5.3 do Edital da Concorrência nº 001/2014, consta que os licitantes poderiam se utilizar de pesquisas, projeções, estudos e levantamentos por eles próprios realizados, o que configuraria uma inversão de responsabilidades, conferindo uma subjetividade indevida aos critérios de modelagem da concessão, caracterizando vício insanável do edital. Isso porque esses critérios deveriam ser objetivamente fixados no projeto básico pela própria Administração, em respeito ao princípio basilar do *julgamento objetivo*. Nesse sentido transcreve trecho da decisão judicial já mencionada anteriormente (fl. 277). Vejamos:

> *"O processo licitatório não é mera fase condicionante da assunção do serviço público pelo colaborador particular. Os critérios objetivos devem ser previamente estabelecidos e a vinculação ao instrumento de convocação deve ser seguida à risca pelos participantes do processo de licitação (…) Nesse sentido, o que fez o item 10.5.3 do edital foi transferir todo o mérito administrativo para o colaborador particular, onde este terá o poder de, segundo pesquisa que ele próprio irá custear e realizar, estabelecer qual seria a melhor forma de executar o serviço, segundo pesquisas de origem e destino ou da evolução da demanda."*.

Em seguida, a Recorrente colaciona os seguintes julgados do TCU, acerca da necessidade da presença de critérios objetivos no procedimento licitatório: TC 028.129/2014-8 (fl. 28) e Decisão Monocrática TC-015.254/2010-0 (fl. 32-33).

Outro equívoco do edital, segundo a Recorrente, seria a previsão contida no item 21.16 do Edital, que confere o papel de "meros indicativos" aos estudos técnicos de viabilidade e demais

levantamentos prévios elaborados pelo poder concedente, inclusive nos aspectos relacionados aos custos, do que resultaria a imprecisa caracterização do objeto a ser licitado, bem como afetando diretamente o interesse econômico dos usuários do sistema. E conclui:

> "Sabe-se que os Estudos de Viabilidade constituem, em essência, elementos do projeto básico. O estudo de viabilidade elaborado pela Administração Pública consubstancia um projeto de referência para a licitação, deve servir de subsídio para a avaliação dos custos, bem como dos respectivos prazos de manutenção e de operação, necessários à prestação dos serviços, durante a vigência do contrato.
>
> (…)
>
> A boa definição do objeto, desde o estudo de viabilidade, definidas as obras obrigatórias na fase de execução contratual e as de livre escolha do contratado, contribui para a eliminação de pontos de tensão na fase licitatória, advindas de indefinições ou de critérios obscuros, coibentes da elaboração da proposta por parte do interessado e do julgamento objetivo desta pela Administração."

Impende trazer a lume o entendimento do Judiciário, em sua sentença de 1° grau:

> "*Em vista da falta total de critério objetivo estabelecido pela Administração Pública, entendo que as demais questões concernentes a aspectos financeiros tarifários e de garantias restam prejudicados, pois tomam como pressupostos possíveis tudo aquilo que o próprio licitante, segundo seus estudos, entendem como adequados para a formulação de suas propostas*."

Quanto a este ponto, as contrarrazões da EPTI e do Consórcio PROGRESSO/LOGO apenas registram que este Tribunal já enfrentou a questão, concluindo que os achados levantados pela Auditoria não foram considerados suficientes pelo Tribunal para configurar a restrição da competitividade do certame, o que pode

ser constatado, inclusive, pelo fato de não ter havido impugnações ao edital.

Ao compulsar os autos do processo original comprovei, de fato, a existência das cláusulas questionadas pela Recorrente. Vejamos:

> 10.5. DA PROPOSTA COMERCIAL
> (...)
> 10.5.3 Para a elaboração da PROPOSTA COMERCIAL o LICITANTE poderá utilizar pesquisa própria de origem e destino; projeções relativas à evolução da demanda, estudos próprios de viabilidade e demais levantamentos que julgar necessários.
> (...)
> 21. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS
> (...)
> 21.16 O estudo de viabilidade e demais estudos e levantamentos prévios elaborados pelo PODER CONCEDENTE ou qualquer de seus órgãos ou entes são meramente indicativos, podendo os LICITANTES se basear em estudos próprios para elaboração de suas PROPOSTAS. (Grifei)

Pois bem. Não causa espécie a previsão editalícia do item 10.5.3 de que os licitantes poderiam se socorrer de estudos, pesquisas e levantamentos próprios a fim de subsidiar sua proposta comercial. Considero até mesmo despicienda a autorização, tendo em vista a obviedade da facultatividade dessa iniciativa. Ocorre que, combinada a interpretação desse dispositivo com aquele constante no item 21.16, verifica-se, ao final e ao cabo, que a pretensão da Administração era permitir que as propostas pudessem ser elaboradas sem a necessária vinculação com os parâmetros oferecidos pelos estudos apresentados no Projeto Básico (fls. 571-670, do processo original, TCE-PE nº 1408565-3), bem como nos demais anexos ao Edital (fls. 671 a 763). Estão nesses documentos os estudos e levantamentos prévios relativos ao diagnóstico do Sistema Intermunicipal de Transportes Coletivos, à caracterização da demanda, à definição dos mercados de transportes, aos parâmetros operacionais, dentre outros. Ora, se aos licitantes foi facultada a possibilidade de desconsiderarem os indicativos apresentados no

Edital, como poderia a Comissão de Licitação julgar se as propostas estavam em objetiva concordância com o mesmo? O julgamento objetivo é princípio fundamental das licitações públicas e corolário de outro igualmente fundamental, o da vinculação ao instrumento convocatório. Ao se afastar desses dois pressupostos básicos, permitindo que os licitantes utilizassem outros parâmetros que não aqueles definidos no Edital, a Administração inviabilizou, a um só tempo, o julgamento objetivo por parte dos Membros da Comissão de Licitação, como também se desvinculou das previsões editalícias, em flagrante prejuízo daqueles que pretendiam disputar com base em critérios isonômicos previamente conhecidos.

As previsões editalícias combatidas pela Recorrente deveriam ter sido afastadas, pois permitiam que o julgador se utilizasse de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório. Assiste razão, portanto, à Recorrente.

Por fim, cabe desdizer a afirmação da EPTI e do Consórcio PROGRESSO/LOGO, de que não houve impugnação ao Edital, pois os documentos acostados às fls. 387-405 e 424-433 demonstram que houve impugnação ao Edital por parte da Cooperativa de Prestação de Serviço de Transporte Coletivo dos Ex-Funcionários da Rodoviária São Domingos-COOPRATEF-RDS e da empresa Real Arapiraca Viação Ltda., respectivamente. Essa observação é importante porque a suposta ausência de impugnações contribuiu para a formação da convicção da Exma. Conselheira Teresa Duere, em relação à questão da competitividade do certame, questão essa que passamos a enfrentar a seguir.

6. Da Violação à Competitividade do Processo Licitatório

Neste item, a Recorrente transcreve o 6° CONSIDERANDO do Acórdão guerreado. *In verbis*:

> "CONSIDERANDO que os indicadores de desempenho que tenham por objetivo aferir a prestação do serviço público devem levar em conta aspectos que representam o princípio do serviço adequado, através da incorporação na prestação dos serviços públicos de satisfatórias condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas, traduzidas, no caso

> da prestação de serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, por condições de conforto, cortesia, higiene, confiabilidade na conclusão de viagens, pontualidade, regularidade, segurança e modicidade tarifária, conforme a legislação vigente e os estudos desenvolvidos para este fim;"

Em consequência do considerando acima transcrito, a Recorrente observa que, em sede de determinações, foi consignado que a EPTI deveria proceder, apenas, a um aditivo contratual, com vistas a ajustar os indicadores de desempenho, ao invés da integral anulação do edital.

Vejamos alguns excertos da peça recursal, posto que são importantes para a escorreita compreensão dos argumentos da Recorrente.

> "O reconhecimento, na decisão, da extrema necessidade de que os indicadores de desempenho sejam alterados e adequados de forma a aferir a satisfatória prestação do serviço público aos seus destinatários não condiz com a conclusão, igualmente externada no Voto vencedor, de que não houve qualquer restrição à competitividade do certame em decorrência das normas constantes do edital da Concorrência Pública nº 001/2014.
>
> A premente necessidade de que os indicadores de desempenho sejam modificados/aprimorados – como determinado pelo Acórdão recorrido-, por si só, possui o condão de alterar as regras do processo licitatório, especialmente em se tratando de critérios e índices que deverão ser aferidos com o objetivo de avaliar o desempenho das concessionárias prestadoras do serviço e, em consequência, determinar a remuneração a que farão jus.
>
> Contudo, há que se ressaltar que tais alterações, para que não viessem a violar a competitividade da licitação em comento, deveriam ter sido implementadas e observadas ainda durante a tramitação da Concorrência Pública (…), não obstante inúmeros indicativos da Auditoria neste sentido, bem como DECISÕES CAUTELARES DESTA CORTE – uma delas proferida pela unanimidade dos seus Conselheiros – que determinaram consideráveis alterações a serem

> realizadas no Edital, NENHUMA DAS DITAS DETERMINAÇÕES FOI OBJETO DE CUMPRIMENTO PELO ÓRGÃO LICITANTE, em inaceitável inobservância às deliberações desta Casa."

A Recorrente prossegue adentrando nos aspectos de natureza mais técnicas do edital, os quais levariam, segundo ela, à inevitável conclusão pela restrição da competitividade do certame, aspectos esses já apontados pela Auditoria no processo original, sinteticamente relacionados a seguir:

- Divisão do sistema em apenas três grandes lotes, a serem explorados por três empresas ou consórcios de empresas, enquanto que anteriormente eram quatorze empresas exploradoras, o que configuraria uma "flagrante desproporcionalidade espacial" (ver mapa à fl. 37);
- Exigência de garantias para a participação na licitação e na execução contratual incidentes sobre a receita a ser arrecadada, quando deveria ser sobre os investimentos a serem realizados;
- Exigências restritivas de capacidade técnico-operacional, ao excluir a possibilidade de apresentação de atestados de prestação de serviços similares e emitidos por entes privados;
- Impedimento às empresas interessadas de ofertarem propostas para mais de um lote.

Em consequência dessa suposta restrição, a Recorrente aduz que o certame conseguiu a adesão apenas de uma proposta por lote e, em todos eles, nenhum desconto sobre o valor máximo apresentado pela EPTI foi oferecido (fls. 892 dos autos originais). E conclui:

> *"Sendo assim, é de se verificar que na Concorrência nº 001/2014 NÃO HÁ DE SE FALAR EM PREÇO DE MERCADO, que seria obtido em um certame competitivo, não se verificando, portanto, a desejada economicidade, uma vez que O PREÇO HOMOLOGADO PARA TODOS OS LOTES FOI DEFINIDO PELA EPTI, restando saber em que bases foi inferido!"* (grifos no original)

As contrarrazões apresentadas pela EPTI e Consórcio PROGRESSO/LOGO tão somente transcrevem os argumentos do voto vencedor da Conselheira Teresa Duere, sem nada mais acrescentarem.

Neste quesito, observo que não é o mérito da análise proferida pela Auditoria que está sendo questionado, mas, sim, o julgamento propriamente dito procedido pela 1° Câmara, a partir dos apontamentos técnicos da Auditoria, ou seja, qual a repercussão subjetiva que tais achados deveriam ter tido sobre o julgamento de cada Membro daquela Câmara.

Ao compulsar os autos do processo original, relativamente à questão suscitada pela Recorrente, observei que o voto vencedor da Conselheira Teresa Duere não desconsidera o conteúdo da análise da Auditoria. Pelo contrário, elogia o Relatório e seu realizador e aprofunda a análise. Peço-lhes vênia para transcrever outros trechos do voto:

> "Durante esse período de vistas, com a colaboração dos técnicos desta Corte, em particular um estudo realizado com muito trabalho e competência pelo Inspetor de Obras Públicas Fernando Antônio Oliveira Rolim, estudei, pesquisei outras licitações com o mesmo objeto, realizadas nos Estados Brasileiros...
>
> (...)
>
> Analisando-se o certame desde o início, verifica-se que não houve qualquer impugnação formal por parte de algum interessado. Na verdade, não houve reclamação de qualquer interessado junto à comissão de licitação. E isso é relevante citar, porque mostra que eventual alteração do edital não traria, necessariamente, mais competitividade.
>
> **Alguns dos achados, igualmente, não teriam efeito prático no caso**, como o A1.16 (possibilidade de consórcio com quantidade ilimitada de participantes), em que a auditoria recomendou que fosse feita a limitação, pois os consórcios formados, no caso, só contavam com dois (2) participantes.

> Por sinal, penso que a permissão de consórcios com qualquer número de concorrentes aumenta a competitividade e não o contrário.
>
> Considerando os valores envolvidos e o tamanho dos lotes, já seria difícil para qualquer empresa participar da licitação. Observa-se, ainda, que as licitações de transporte público de passageiros, seja intermunicipal, seja do transporte urbano por ônibus, não costumam atrair tantos interessados, por razões próprias do mercado.
>
> Assim, entendo que **não restou provado que as exigências do edital trouxeram restrição de competitividade**, diante da ausência de impugnação durante o procedimento licitatório, bem como em razão da própria dinâmica do setor.

Vejamos, agora, como a Auditoria tratou o assunto (Achado A1.16, fl.2478 dos autos originais):

> *A definição da possibilidade ou não da participação de empresas consorciadas, bem como a definição do número de empresas que podem se consorciar, deve resultar de um estudo da estrutura de mercado subjacente à contratação que se deseja realizar, de forma que se obtenha uma situação mais adequada ao estímulo da competitividade. Assim, trata-se de uma solução com um viés muito mais econômico do que jurídico, todavia iluminado pela busca do alcance dos princípios da competitividade e da economicidade, no caso em questão traduzida pela modicidade tarifária. Dessa forma, deve-se desenvolver uma solução que melhor estimule a competição tanto entre as empresas que já operam os sistemas em disputa como com outras empresas desejosas de entrar no mercado. Claro está que nenhum administrador público pode saber de antemão quantas empresas efetivamente participarão de uma licitação, mas certamente um edital desenvolvido de forma a se minimizar a possibilidade de acomodação das empresas em arranjos em que todas vençam em detrimento da competitividade e da consequente obtenção de menores preços não parece ser razoável. Dito de outra forma,*

> *ainda que não haja garantia de que haverá muitas propostas, um edital deve ser desenvolvido de tal forma que não facilite a acomodação das empresas em consórcios, o que pode induzir a falta de competitividade, e uma das questões fundamentais nesse sentido é a questão da participação ou não de consórcios, e da limitação ou não do número de participantes dos consórcios, questão essa que deve ser enfrentada caso a caso, objeto a objeto, mercado a mercado, pois não há uma fórmula única para o assunto. Todavia a maneira como o edital foi formatado não parece favorecer uma solução do tipo acima apontada, por permitir uma potencial situação em que todas as empresas dividam o mercado em um jogo no qual todas saiam ganhando. Uma maneira de evitar essa divisão seria justamente a limitação do número de empresas que podiam se consorciar. Alie-se a essa falta de restrição ao número de empresas que podem se consorciar um outro achado apontado, qual seja, a pequena quantidade de lotes em disputa, todos de tamanho grande e impeditivo à participação de empresas de pequeno porte, que se tem um cenário não favorável à competitividade, em que ao mesmo tempo barreiras de entrada na licitação são erguidas (por conta dos lotes grandes) e um estímulo à acomodação das empresas é feito (por conta da não limitação do número de empresas em consórcio). Assim como desenvolvido, o edital foi restritivo à competitividade e não favorável à obtenção da modicidade tarifária*" (Grifei)

Esse apontamento da Auditoria foi rechaçado pela defesa da EPTI, ao longo dos trabalhos, sob a alegação de que a divisão em 3 lotes decorreu de estudos técnicos de viabilidade econômica, que levou em consideração a realidade da economia das 11 regiões de desenvolvimento do Estado, concluindo que não haveria viabilidade econômica na divisão em mais de três lotes, o que, ao final, poderia resultar em licitação deserta.

Devo ressaltar que o MPCO se posicionou contrariamente ao entendimento da Auditoria, nesse aspecto em particular, em face das peculiaridades da geografia e economia dos municípios

que "*...podem indicar a necessidade de divisão em pequena quantidade de lotes*".

A Auditoria acrescenta, ainda nessa seara da competitividade, que a garantia exigida teve como base de cálculo o valor das receitas estimadas a serem arrecadadas, quando deveria ter sido o valor dos investimentos que as contratadas deveriam executar, haja vista a especificidade do objeto da concorrência, que difere de uma obra ou serviço comum, cujo risco de inadimplemento existe sobre a obrigação contraída no contrato, ou seja, a obra ou serviço como um todo. No caso sob exame, não faz sentido exigir-se garantia sobre receitas futuras. A resposta da EPTI foi no sentido de que o art. 31, III, da Lei nº 8666 prevê que o valor da garantia deve incidir sobre o valor estimado do objeto da contratação. Parece-me escorreita e muito mais razoável a exegese aplicada pela Auditoria, diante das características intrínsecas do objeto da Concorrência nº 01/2014, pois a garantia deve servir para elevar o grau de certeza da capacidade de execução, mas sem restringir a competição em decorrência de ônus financeiros iniciais desproporcionais.

Por fim, mas não menos importante, exigências quantitativas e qualitativas relativas às capacidades técnico-operacionais que extrapolaram o permitido pela norma de regência, formando, com as demais constatações anteriormente esposadas, um todo indicativo de que, na forma como foi publicado, o edital tenderia a inibir a participação de empresas de porte menor do que aquelas já operadoras do sistema ou, mesmo, algumas que, embora operando, apresentavam estrutura e experiência não admitidas por tais requisitos inibidores.

Por essa razão, penso que a preocupação externada pelos técnicos é dotada de grande razoabilidade, mormente quando, a esta altura, já se sabe que o resultado da concorrência demonstrou a participação de apenas um consórcio para cada lote, com preços ofertados sem nenhuma redução. Ressalto que, diferentemente do que consta nas *considerandas* do Acórdão ora guerreado, há nos autos originais o registro de, pelo menos, duas impugnações ao Edital, sendo uma delas, da empresa Real Arapiraca (fls. 424-433). Ademais, compulsei os autos do processo e não localizei os estudos de viabilidade mencionados pela EPTI nos

atos do processo original (fls. 228-229), que justificariam a divisão em apenas três lotes.

De fato, a complexidade técnica e o ineditismo do objeto da licitação em exame justificam a dificuldade de se encontrar unanimidade de entendimento. Todavia, exatamente por essa razão, é de se compreender que a modelagem a ser proposta deveria, sobretudo, levar em consideração a máxima competitividade, a fim de, ao final e ao cabo, beneficiar o usuário final a partir de uma concorrência com a maior participação possível de interessados, desde que, obviamente, tecnicamente habilitados. Nesse diapasão, entendo que a pequena participação de interessados que acorreram ao certame tem correlação inequívoca com as cláusulas do Edital mencionadas pela Auditoria, cabendo razão, portanto, à Recorrente.

7. Do Preço Superestimado

Quanto a este aspecto, a Recorrente traz aos presentes autos os achados de auditoria que deram origem às determinações constantes no Acórdão guerreado e que denotariam a inadequação da modelagem adotada para a estimativa do coeficiente tarifário básico, os quais se encontram listados às fls. 41 a 44 dos autos.

Esses achados referem-se à necessidade de revisão do edital "*...por conta de inconsistências nos itens do projeto básico e do orçamento sobretudo quanto a (…) premissas adotadas para a definição dos valores dos coeficientes tarifários utilizados no cálculo da receita; consideração da demanda constante ao longo dos 20 anos do prazo contratual no cálculo da receita; (...)consumo anual para o item peças e acessórios dos custos variáveis; depreciação do valor do veículo novo...*", dentre outras.

Com base nos apontamentos da Auditoria (Achados 26, 23, e 25), a Recorrente conclui que:

> "*Para exemplificar a dimensão da inconsistência dos números apresentados pela EPTI, seu fluxo considera a DEMANDA CONSTANTE AO LONGO DOS 20 ANOS DO PRAZO CONTRATUAL NO CÁLCULO DA RECEITA; é o mesmo que dizer que Pernambuco, nos próximos 20 anos, não terá*

> *crescimento populacional, numa FLAGRANTE TENTATIVA DE SUBESTIMAR A RECEITA RESULTANDO EM UM AUMENTO DA TARIFA. Esta prática de subestimar a receita e majorar a despesa permeia toda a modelagem econômica da concessão."* (Grifei)

Essas premissas equivocadas da modelagem, aliadas ainda aos aspectos relatados nos achados 4 e 18 da Auditoria (fls. 43-44 dos autos), segundo a Recorrente, resultaram em processos sem competitividade e, em consequência, com despesas e preços superestimados e receitas subdimensionadas.

Quanto ao aspecto aqui em debate, é de se ressaltar que o Acórdão guerreado, baseado no inteiro teor do voto alternativo da Exma. Conselheira Teresa Duere, não faz menção ao aspecto abordado neste tópico pela Recorrente. Por outro lado, o voto do Exmo. Conselheiro Ranilson Ramos, então Relator, assim prescreveu em um dos seus *considerandos* e nas suas determinações:

> "CONSIDERANDO ser necessário ouvir a ARPE, enquanto agência reguladora de serviços públicos do Estado, previamente, sobre determinados itens do relatório de auditoria (itens 2.1.12 achado A1.18, 2.1.13 achado A1.20, 2.1.15 achado A1.23 e 2.1.17 achado A1.26)
> (...)
> DETERMINO que a presidência da EPTI, sob pena de multa e responsabilização pessoal, adote as seguintes providências, após a publicação do acórdão:
> (...)
> b) solicitar, em caráter de urgência, no prazo de 30 (trinta) dias, parecer regulatório da ARPE, aos achados referenciados nos itens 2.1.12 achado A1.18, 2.1.13 achado A1.20, 2.1.15 achado A1.23 e 2.1.17 achado A1.26 do relatório de auditoria;" (Grifei)

Verifica-se que a análise do Conselheiro Relator se deteve sobre o aspecto levantado pela Recorrente, mais especificamente relativo aos achados 18, 23 e 26 do Relatório de Auditoria, justamente aqueles mais relevantes à elucidação do imbróglio. Vejamos excertos do RA:

Achado 26:

"No Relatório de Auditoria (...) haviam sido apontadas inadequações em parâmetros e premissas técnicas adotadas no projeto básico e no orçamento estimativo da licitação. Em decorrência disso, foi indicada como determinação que fosse efetuada revisão do edital por conta de inconsistências nos itens do projeto básico e do orçamento, sobretudo nos seguintes aspectos: - premissas adotadas para a definição dos valores dos coeficientes tarifários utilizados no cálculo da receita; - consideração da demanda constante ao longo dos 20 anos do prazo contratual no cálculo da receita; - fontes dos preços utilizadas nas pesquisas de preço para os investimentos, relativos à frota; - consideração de custos variáveis na frota reserva; - fontes de preços relativos ao investimento em garagens e pontos de apoio; - coeficientes de consumo do item combustível dos custos variáveis; - quantidades de recapagens e da vida útil do conjunto no item material de rodagem dos custos variáveis; - consumo anual para o item peças e acessórios dos custos variáveis; - itens dos custos variáveis para a frota reserva; - fontes dos preços para os custos fixos relativos ao item "outras despesas" e ao item "sistema de acompanhamento e controle"; - depreciação do valor do veículo novo; - emprego de ônibus semiurbanos até 150 km de distância (determinação 27, fls. 96)."

Achado 23:

"No Relatório de Auditoria (eAUD 3067), no achado A1.23 (Não demonstração de que nos fluxos de caixa foram adotadas taxas mínimas de atratividade condizentes com o negócio de transporte coletivo rodoviário de passageiros por ônibus, fls. 69-75) havia sido apontada como inadequação a ausência de demonstração de emprego de taxas mínimas de atratividade condizentes com o negócio transporte coletivo rodoviário de passageiros no fluxo de caixa da licitação. Em decorrência disso, foi indicada como determinação que fosse feito um novo estudo de viabilidade econômico-financeira, no qual fossem cotejadas as taxas internas de retorno extraídas desse estudo com taxas de atratividade, relativa ao mercado de transporte rodoviário por ônibus, oriundas de metodologias de cálculo econômico e tecnicamente

> justificáveis. A não adoção de taxas compatíveis pode resultar em prejuízo aos usuários dos serviços (determinação 24, fls. 95)."

Achado 18:

> "No Relatório de Auditoria (eAUD 3067), no achado A1.18 (Inconsistência nos critérios de criação de novas linhas, fls. 61-62) haviam sido apontadas inconsistências nos critérios de criação de novas linhas por conta da não definição dos limites de alterações permitidos na criação de novas linhas. Em decorrência disso, foi indicada como determinação que no item 6 - Critérios para Criação de Novas Ligações e Alocação do Serviço a uma das Concessionárias, presente no Anexo II do edital, fosse inserida cláusula que dissesse que os limites de alterações contratuais, quer qualitativas quer quantitativas, estabelecidos pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei Federal 8.666/1993, seriam observados para fins das alterações contratuais decorrentes da criação de novas linhas e alocação do serviço a uma das concessionárias (determinação 19, fls. 95)."

Evidencia-se, da síntese procedida pela Auditoria em seu relatório final, a complexidade técnica da questão. Foram várias sugestões de determinações referentes a aspectos do projeto que repercutiriam nos preços a serem praticados pelas empresas vencedoras, mas que não foram recepcionadas pela EPTI. Não foi por outra razão que o Eminente Conselheiro Ranilson Ramos incluiu, em seu voto, determinação para que esse aspecto fosse estudado pela ARPE, Agência Reguladora que tem, dentre outras competências previstas na Lei Estadual 12.524/2003, a atribuição de "*...emitir parecer prévio sobre editais, contratos e demais instrumentos celebrados, bem como sobre seus aditamentos ou extinções, relativos à delegação de serviços públicos inseridos no âmbito de sua competência reguladora e fiscalizadora, e orientar a confecção desses instrumentos*" (art. 4º, inciso III).

Ressalto que a ARPE, em sua estrutura, possui uma Diretoria de Regulação Econômico-Financeira que cuida, exatamente, da análise das questões que dizem respeito aos

reajustes e revisões tarifárias e que tem, como mister principal, a proteção da modicidade tarifária das concessões públicas no âmbito do Estado.

Essa questão foi afastada pela Conselheira Teresa Duere, que entendeu, pelas razões expostas no relatório do seu voto de vista, "...*superado o debate acerca dos achados que dizem respeito à licitação em si, sobretudo porque todo o processo foi acompanhado por este Tribunal, que, inclusive, revogou cautelar inicialmente expedida e autorizou o seguimento do certame em 22.12.2014, levando o processo a ultrapassar as etapas de homologação e assinatura contratual (o último contrato foi assinado em janeiro de 2015)*", voltando a sua atenção para a necessidade de aditivo contratual a fim de aperfeiçoar aspectos da execução das avenças, notadamente a importante questão dos indicadores de desempenho.

O Conselheiro João Campos, por seu turno, entendeu despiciendo o retorno dos autos à ARPE, como sugerido pelo Relator. Transcrevo parte da sua intervenção proferida na 33ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, ocorrida em 24/05/2015:

> *"E faço essa observação para de logo já destacar que o bem fundamentado voto do Conselheiro Relator já afasta dez das irregularidades apontadas pelo Relatório de Auditoria, limitando-se a apontar na parte dispositiva que seja remetida à ARPE para que analise os achados de itens 2.1.12 achado A 1.18; 2.1.13 achado A 1.20; 2.1.15 achado A 1.23; 2.1.17 achado A. 1.26; do Relatório de Auditoria.*
> *Então de início já se exclui, inclusive, os dez itens apontados pelo Relatório de Auditoria. O que me chama atenção é que o Relatório Técnico, é fato que foi encampado pelo Ministério Público, esses achados têm um grau de subjetividade muito grande e muitos já estão superados, porque por exemplo, o que se relaciona à competitividade, vê-se que várias empresas competiram. Há outros que são nitidamente relacionados, efetivamente, a auditoria de acompanhamento, que meu voto é inclusive nesse sentido, vou divergir pedindo todas as vênias ao Conselheiro Relator, em parte, porque o Conselheiro julga regular, com ressalvas, inclusive a auditoria, mas sugere a anulação do certame. Parece-me*

> *que, data máxima vênia, seria absolutamente impertinente essa recomendação, inclusive de retorno desse processo à ARPE. Como foi dito pela tribuna, a ARPE já vistou inclusive os contratos e participou previamente de toda elaboração do edital*." (Grifei)

Pois bem. Ouso discordar do Eminente Conselheiro João Campos e da Eminente Conselheira Teresa Duere, em que pese a suas tão bem fundamentadas convicções. Não vejo, ao contrário da Exma. Conselheira, como superadas as irregularidades apontadas pela Auditoria referentes ao aspecto do procedimento licitatório tratado neste tópico da peça recursal. Considero que as discordâncias apresentadas pela Auditoria relativas à questão tarifária não foram elididas no âmbito do processo original. Compulsei, à lupa, os referidos autos e ali não verifiquei elementos que pudessem demonstrar a participação reguladora da ARPE na solução final homologada pela EPTI, como mencionou o Eminente Conselheiro, certamente induzido pela afirmação do Causídico, em sua sustentação oral. Ao contrário, verifiquei que consta, às fls. 3479-80, o Ofício ARPE-DEF nº 002/2016, de 09/06/2016, em resposta ao Ofício 095/2016-TCE-PE/GC06, de 07/06/2046, em que o então Diretor de Regulação Econômico-Financeira, Sr. Hélio Lopes Carvalho, afirma que a Agência não elaborou estudos ou pareceres sobre o conteúdo do edital da Concorrência nº 001/2014. Acrescenta que a contribuição da ARPE se deu por meio de cinco reuniões realizadas entre os seus técnicos, representantes da EPTI e da empresa de consultoria TECTRAN, mas que o edital somente foi encaminhado à Agência após a realização do certame, em janeiro de 2015, em atendimento ao Ofício ARPE DP nº 001/2015. Dessa maneira, entendo que não se pode afirmar que as sugestões dos seus técnicos foram, em alguma medida e mesmo que informalmente, acatadas pela EPTI e, como consequência, que a Agência Reguladora tenha participado institucionalmente do procedimento de tão elevada repercussão social.

Por outro lado, a análise da Auditoria, da lavra do Inspetor de Obras Fernando Rolim, tem um aprofundamento técnico notável, merecedor dos repetidos encômios já proclamados e registrados nos autos originais. Dos seus apontamentos sobressai-me a enorme preocupação a respeito da possibilidade de que os preços que já vêm sendo praticados (não nos esqueçamos de que os

contratos, celebrados em 2015, continuam sendo executados) não estejam compatíveis com o princípio da modicidade tarifária, em desfavor dos usuários do sistema. Ressalte-se que a Recorrente menciona o fato de que na Concorrência que terminou sendo levada a cabo pela EPTI (sem os ajustes sugeridos), os coeficientes tarifários básicos ofertados para os três lotes coincidiram com o valor máximo permitido pela EPTI, até a sexta casa decimal – R$ 0,164867.

Isso posto, rogo a máxima vênia dos Srs. Conselheiros, da Sra. Conselheira, mas entendo que a posição do Exmo. Conselheiro Ranilson Ramos, parece-me, foi acertada em sua razoabilidade, quando apontou que a análise do competente órgão regulador se fazia necessária, sobretudo no relevante aspecto aqui levantado pela Recorrente. De modo que lhe assiste razão, quando afirma que as cláusulas do edital não pugnaram em favor do justo preço e que é possível que esteja sendo praticado sobrepreços.

8. Do Mérito das Irregularidades do Processo Licitatório

Neste item, a Recorrente afirma que o voto alternativo apresentado pela Exma. Conselheira Teresa Duere pautou-se em apenas duas premissas: *a)* que o Ofício TCG03 n°00432/2014 teria permitido a sequência do processo licitatório; e *b)* que os achados referentes ao processo licitatório, em sua maioria, não restringiam a competitividade do certame, uma vez que não houve interposição de recursos ou impugnações por parte dos interessados.

Dito isso, passa a tecer considerações sobre o mérito dos seguintes achados elencados pela Auditoria, com o fito de ressaltar o que entende ser a "gravidade das irregularidades" não superadas pela EPTI:

a) Da inadequação do tipo de licitação escolhida. Que o objeto da licitação não exigiria atividade intelectual que justificasse a escolha do tipo "técnica e preço"; porque toda a "*...metodologia a ser adotada e seguida pelas empresas (…) estão claramente pré-definidas no Projeto Básico e no Programa de Exploração...*"; e que outras Cortes de Contas do País já teriam

se posicionado, em casos concretos semelhantes, favoravelmente ao tipo "menor preço", ou "menor tarifa".

b) Da inconsistência em diversos critérios de pontuação da nota da proposta técnica. Neste ponto cita as inconsistências listadas no Achado A1.4, relativas à idade média da frota, ao percentual de aproveitamento de pessoal operacional, volume na operação de transporte, experiência dos interessados e prazo para a disponibilização da frota total exigida.

c) Da imposição de desconto único na proposta de preços. Que o TCE entendeu ilegal a exigência do mesmo percentual de desconto para todos os coeficientes tarifários para diferentes tipos de serviços ofertados, com custos de produção distintos e sem relação de interdependência entre si (item 3, Anexo V, do edital).

d) Da fixação do preço mínimo para a proposta de preço. Que a Auditoria manteve seu entendimento de que o edital não cuidou de especificar as condições objetivas de como seria a análise da exequibilidade dos preços ofertados, em desconformidade com os critérios estabelecidos no inciso II e parágrafo 1° do artigo 48 da Lei 8666.

e) Da exigência de garantia de participação na licitação e *f)* Prefixação do valor da garantia de execução no edital. Que a exigência estabelecida no item 10.2.1 do edital, ao exigir garantia de 0,7% do valor estimado do contrato **como condição para habilitação dos licitantes, comprovada por recibo a ser emitido pela tesouraria da Secretaria de Infraestrutura**, além de restringir a competitividade do certame (conforme apontado pela Auditoria), iria de encontro ao Princípio da Impessoalidade, pois permitiria que os participantes se conhecessem entre si antes da realização do certame.

g) Da inadequada exigência qualitativa relativa à capacidade técnico-operacional e profissional dos licitantes. Que o edital infringiu o caráter competitivo do certame ao exigir comprovação de desempenho apenas para o "serviço público regular de transporte rodoviário coletivo de passageiros", o que excluiria outros tipos de transportes, tais como os sistemas urbanos, semiurbanos, intermunicipais e interestaduais ou, ainda,

de transportes de mercadorias, além do que haveria a irregular exigência de que o atestado fosse emitido por pessoa jurídica de direito público.

h) Da impossibilidade de um licitante ofertar em mais um lote. Apesar do parcial atendimento, por parte da EPTI, da recomendação constante no primeiro relatório de auditoria, a modificação procedida no edital não teria logrado ampliar a competitividade, uma vez que, mesmo possibilitando que um mesmo licitante ofertasse proposta para mais de um lote, a adjudicação continuou limitada a apenas um, qual seja, àquele que oferecesse o maior desconto no lote, sem levar em consideração o valor final global das propostas para todos os lotes. Esse modelo poderia levar a Administração, ao final e ao cabo, a celebrar contratos mais onerosos, indo frontalmente de encontro ao princípio da modicidade tarifária.

i) Da divisão do objeto em pequena quantidade de lotes. Que a Auditoria apontou que a existência de apenas 3 lotes feria os princípios da competitividade, da modicidade tarifária e do serviço adequado, posto que a modelagem proposta pela EPTI dificultou o acesso das empresas de pequeno porte e que a possibilidade de haver consórcios não mitigaria o problema, em face de eventuais pressões que poderiam ser exercidas sobre elas por parte dos consorciados de maior porte.

j) Da possibilidade de formação de consórcio com quantidade ilimitada de participantes. Que a auditoria indicou que essa possibilidade poderia resultar na "acomodação de empresas, aumentando o risco de conluio". E, inclusive, que todas as 15 empresas que já operavam o sistema poderiam se consorciar, em flagrante desrespeito aos artigos 3°, § 1°, I, da Lei 8666 e 37 da Constituição Federal.

k) Da impossibilidade de alteração do contrato em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Que as determinações referentes às alterações contratuais constantes no voto de vista vencedor são ilegais, uma vez que afrontariam o princípio da vinculação ao instrumento convocatório insculpido no artigo 41 da Lei 8666, haja vista o reconhecimento de vícios do edital que somente poderiam ser sanados pela via da republicação do referido instrumento.

Ao final, a Recorrente requer o provimento do recurso, reformando-se o teor do Acórdão T.C. nº 0029/2017 no sentido de anular o Edital da Concorrência nº 001/2014 e julgando irregular o objeto do processo de Auditoria Especial nº 1408565-3, haja vista que, à sua exegese, foram várias as ilegalidades cometidas pela EPTI e que culminaram por configurar viciado o certame licitatório, "...*com fundamento em um único ato da assessoria do gabinete do Conselheiro Carlos Porto*" e por meio do qual entendeu a Conselheira permitir o andamento do certame "...*sem o cumprimento de suas próprias determinações, o que não se concebe*."

Verifica-se que neste item o recurso baseia-se inteiramente nos apontamentos da auditoria, os quais foram acatados pelo MPCO (à exceção do Achado A.1.15 do RA) e, em boa medida, tanto pelo voto do Relator, Conselheiro Ranilson Ramos, como no voto de vista, da Conselheira Teresa Duere, inclusive com merecidos comentários elogiosos à peça técnica.

Portanto, não caberia aqui a discussão quanto ao mérito dos apontamentos, posto que, a toda evidência, mostram-se escorreitamente configurados quando confrontados com a jurisprudência e doutrina pátrias. O que se pode discutir é a análise do mérito dessas irregularidades, à luz dos cânones da razoabilidade e da proporcionalidade, que conduziram os Excelentíssimos Conselheiros e Conselheira aos seus respectivos votos.

O cerne da questão não é outro senão deslindar se o conjunto das falhas apontadas pela Auditoria seria suficiente para caracterizar a insanabilidade dos vícios do edital, constatados no certame concorrencial de nº 001/2014, promovido pela EPTI.

Neste momento, imperioso se faz reiterar alguns comentários sobre a instrução e julgamento do processo originário, Auditoria Especial TCE-PE nº 1408565-3, à guisa de síntese final.

- O primeiro Edital da Concorrência nº 001/2014 foi publicado no DOE de 03/04/2014, com sessão inicial de abertura marcada para o dia 19/05/2014. Em 15/05/2014 foi protocolada, neste Tribunal, Representação com Pedido de Medida Cautelar (PETCE 33.724/2014). Em

consequência disso, após uma análise perfunctória em face da exiguidade do tempo, a GLIC/CCE produziu o Parecer Técnico PETCE 33724/2014, no qual foram elencadas as inconsistências mais relevantes e que justificavam a adoção da Cautelar requerida diante da presença do *fumus boni iuris* e *do periculum in mora*. Todavia, a própria Administração entendeu por bem adiar o certame, e a Representação mencionada anteriormente perdeu o objeto.

- Em 08/04/2014 foi formalizado o processo de Auditoria Especial 1408565-3, que aprofundou a análise do Edital e seus anexos. Em 05/09/2014 a GLIC emite seu primeiro Relatório Técnico, da lavra do Inspetor de Obras Fernando Rolim, relacionando 27 irregularidades (fls. 01 a 96 dos autos originais) que, em seu conjunto, justificaram a sugestão de formalização de Processo de Medida Cautelar para suspender a Concorrência nº 001/2014, da EPTI. Após contraditório apresentado pela EPTI, o então Relator, Conselheiro Carlos Porto, por meio da sua assessoria, lavrou o Ofício TCGC03 nº 432/2014, de 22/09/2014, condicionando o prosseguimento do certame às alterações consideradas possíveis de serem atendidas pela própria EPTI, corroborado pelo seu Despacho ao GC-02 (fl. 484).

- O Edital foi então republicado, ainda em setembro/2014, com a data de abertura da Sessão marcada para 13/11/2014. Nos dias 10 e 12/11/2014 foram protocoladas novas representações requerendo cautelares suspensivas. Uma da empresa Real Arapiraca e outra da Cooperativa de ex-funcionários da Rodoviária São Domingos. Em 02/12/2014, o novo Relator, Conselheiro Ranilson Ramos, entendendo, numa análise perfunctória, a existência de fortes indícios de que o certame apresentava graves desconformidades com as normas de regência, notadamente à competitividade do certame, concedeu a Cautelar (fl.489-91, autos originais) suspendendo o procedimento, àquela altura já homologado. Posteriormente, em 15/12/2014, após o contraditório

oferecido pela EPTI, revogou-a (fl. 524), determinando, em sede de Auditoria Especial, a verificação da adequação do novo Edital com as determinações sugeridas pela Auditoria, entre outras medidas.

- Em 24/02/2015 foi elaborado o Relatório de Auditoria determinado pelo Relator(fls. 1899-1966), no qual se verifica que a EPTI deixou de atender 18 das 27 determinações técnicas iniciais, entre as quais várias são objeto da irresignação da Recorrente.

- A empresa JOÃO TUDE TRANSPORTES E TURISMO LTDA (fls. 2096/2100) apresentou petição requerendo habilitação como terceira interessada e pedindo a concessão de medida cautelar, singularmente negada pelo Relator em 04/05/2015.
- Em 8 de maio de 2015, a empresa JOÃO TUDE TRANSPORTES entrou com o recurso de agravo (Processo TCE-PE 1505059-2) contra a decisão singular do Relator. Em sessão de 30 de julho de 2015, a Primeira Câmara do TCE, por unanimidade, deu provimento, suspendendo todos os atos da Concorrência 001/2014 da EPTI.

- A EPTI apresentou recurso de embargos de declaração, Processo TCE-PE nº 1505517-6, julgado prejudicado, por perda de objeto, na mesma sessão em que foi julgado o processo de Auditoria Especial 1408565-3, ocorrido em janeiro de 2017.

- Em janeiro de 2017, como já visto acima, foi prolatado o Acórdão T.C. nº 029/17, que julgou o objeto da Auditoria Especial TCE-PE nº 1408565-3 regular com ressalvas e determinou a celebração de um aditivo contratual a fim de eliminar o microssistema presente no Anexo II do Edital. Além disso, outras 10 determinações relacionadas ao referido Anexo foram proferidas. Esclareço que esse anexo trata do "programa de exploração do sistema", no qual estão incluídos, dentre outros aspectos, as seguintes diretrizes: estrutura de gestão do sistema, estrutura

físico-operacional do projeto básico, sistema de acompanhamento e controle dos serviços, indicadores de desempenho e parâmetros de aferição da efetividade dos serviços, investimentos indispensáveis à operação do sistema, subcontratação dos serviços, política tarifária e modo de remuneração dos serviços, dentre outros importantes aspectos.

- Nesse ínterim, registre-se, foi prolatada a sentença referente à ação popular nº 0081482-31.2014.8.17.0001, do Exmo. Juiz da Oitava Vara da Fazenda Pública, que anulou a licitação ora em discussão neste Sodalício.

- Atualmente, a ação no Judiciário encontra-se em grau recursal no Tribunal, e os contratos estão sendo executados.

Considero importante proceder a uma apertada síntese dos votos dos Eminentes componentes da Primeira Câmara, antes de me encaminhar para minhas considerações finais.

O Conselheiro Ranilson Ramos excluiu apenas os Achados A1.5 e A1.15, remeteu os Achados 18, 20, 23 e 26 à apreciação da ARPE e concordou com as demais irregularidades apontadas pela Auditoria, concluindo que melhor atenderia "...*ao princípio da publicidade e demais normas aplicáveis ao caso, anular o edital, com posterior elaboração de minuta de novo edital, para ser submetida ao corpo técnico, em nova análise conclusiva e final*".

O Conselheiro João Campos, por seu turno, faz lembrar que o assunto já havia sido submetido algumas vezes para decisões colegiadas e em todas elas, exceto na última, o Tribunal deliberara pelo prosseguimento do certame, sem restrições; que o Conselheiro Carlos Porto inicialmente negou qualquer pedido de alerta ou cautelar, limitando-se a encaminhar o Ofício GC03 432/2014 afirmando que não havia restrição ao prosseguimento do procedimento, desde que atendidas as recomendações do relatório quanto àquelas ditas possíveis de serem alteradas pela empresa; que os achados têm um grau de subjetividade muito grande, mas que muitos já haviam sido superados, por exemplo, o que se relaciona

à competitividade, pois várias empresas competiram; que lhe parecia "impertinente" a anulação do certame e a recomendação de remessa do processo à ARPE, posto que, segundo afirmação do advogado da defesa pronunciada na tribuna, aquela Agência já havia vistado os contratos e participado previamente de toda a elaboração do edital e, ainda, que não houve impugnação ao certame; que era relevante o fato de que os contratos já haviam sido assinados e que em nenhum momento o Tribunal alertara contra o prosseguimento do feito, somente suspendendo o procedimento posteriormente, o que poderia ensejar indenizações por parte do Estado, caso viessem a ser anulados; e que o mais apropriado seria uma auditoria de acompanhamento, que poderia ir sugerindo alterações contratuais de ajustes, à luz do artigo 65, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, na medida em que fossem se revelando necessárias as correções inicialmente sugeridas pela Auditoria; finaliza firmando seu voto, apenas, parcialmente divergente do voto do Relator, acompanhando-o no julgamento da regularidade, com ressalvas, mas sem a anulação do procedimento e envio à ARPE, mantendo a sugestão da instauração de uma Auditoria Especial para o acompanhamento da execução contratual.

O voto de vista da Conselheira Teresa Duere, que se debruçou verticalmente sobre o estudo do tema, também mencionou como relevantes os termos do ofício 432/2014 do Gabinete do Conselheiro Carlos Porto; destacou que o TCE acompanhou o procedimento desde o início, emitindo relatórios, decisões, cautelares, ofícios, dentre outros documentos, até a publicação do segundo Edital, em setembro de 2014; que, apenas em dezembro de 2014, houve a expedição de medida cautelar, revogada vinte dias depois, liberando **o prosseguimento do certame; que somente seis meses depois, em julho de 2015, determinou nova suspensão; que "*...se os problemas fossem tão graves, não poderia ter havido revogação da cautelar em 22.12.2014*"; que essa atitude da Corte fez com que lhe parecessem superados os achados relacionados à licitação em si, posto que a nova versão do edital contemplou várias recomendações do Tribunal e que, "*...quanto às alterações não realizadas, o Tribunal, mesmo tendo conhecimento de que não haviam sido atendidas, permitiu o prosseguimento do certame...*"; reitera o entendimento do Conselheiro João Campos de que** não houve qualquer reclamação ou impugnação formal por parte de algum interessado, denotando que eventuais alterações no edital não

trariam, "...*necessariamente, mais competitividade*" ao certame; que as licitações de transporte público de Passageiros não costumam atrair muitos interessados, por razões próprias do mercado, concluindo que "***...não restou provado que as exigências do edital trouxeram restrição de competitividade***". **Ao final, emite seu voto, concordando com o Relator quanto à regularidade com ressalvas do objeto da Auditoria Especial, contrário à anulação do certame e favorável à celebração de aditivo contratual para remodelar todo o Anexo II ao Edital, elencando mais 11 determinações destinadas, sobretudo, a melhorias relacionadas aos indicadores de desempenho.**

Pois bem. Reconheço que houve uma dialética bastante interessante ao longo do processo. Foram várias as trocas de informações entre a equipe técnica da GLIC e a EPTI. Todavia, ao final e ao cabo, das 27 irregularidades inicialmente levantadas no RA, apenas 09 foram, de alguma forma, objeto de atenção por parte da EPTI e mais duas desqualificadas pelo Relator. Ou seja, quase 2/3 dos apontamentos permaneceram no rol final do RA. E, ao meu olhar, com a máxima vênia ao Conselheiro João Campos e à Conselheira Teresa Duere, não considero irrelevantes as irregularidades remanescentes.

A toda evidência, foram descumpridos preceitos basilares da licitação, seja o da competição, da publicidade, da economicidade ou, ainda, o da isonomia.

Considero que as seguintes constatações da Auditoria podem, sim, ter inibido o comparecimento de um maior número de empresas ou consórcios interessados, em detrimento, consequentemente, da competitividade do certame: a opção pelo tipo de licitação técnica e preço, que exige, de *per si*, qualificação técnica desnecessária ao objeto licitado, inviabilizando a participação de empresas menores, sendo certo que as condicionalidades exigidas pela Auditoria para a manutenção desse tipo de licitação não foram atendidas (Achado A1.2); a divisão em apenas três lotes, não escorreitamente justificada (A.15), exigindo a presença de empresas maiores e mais estruturadas, em detrimento daquelas com menos estrutura operacional, mas com menores custos; a exigência de garantia como condição para habilitação no certame e incidente sobre a receita

prevista, quando deveria recair sobre o investimento necessário, elevando o custo de participação no certame e permitindo que a Administração conhecesse os licitantes previamente, em afronta ao necessário sigilo das propostas; a manutenção da cláusula que exigia, como comprovação de capacidade técnico-operacional, a experiência na prestação de "*serviço público regular de transporte rodoviário coletivo de passageiros*", o que exclui empresas com expertise em outros ramos na área de transporte, como os transportes urbanos e similares (A1.12 e A1.13).

Compulsei os autos do processo e verifiquei que não procede o argumento do Causídico em sua sustentação oral, quando afirmou que não houve impugnações administrativas ao Edital. Às fls.387-405 e 424-433 dos autos originais, verifica-se que houve, pelo menos, três impugnações ao procedimento, uma delas da Empresa Real Arapiraca, que, por duas vezes, também protocolou pedido de Medida Cautelar nesta Corte. Além disso, apenas cinco, das quatorze empresas que operavam o sistema vigente no mercado local, lograram participar do certame, ou seja, apenas 35% desse universo, o que denota que o Edital efetivamente afastou interessados reais do certame. Também não procede, como já anotei, a afirmação de que a ARPE haveria participado da fase de elaboração do edital e vistado os contratos.

Os achados relativos ao coeficiente tarifário, por seu turno (Achados 18, 20, 23, 25 e 26) são graves, porque possuem potencial lesivo à modicidade tarifária, prejudicando, em última instância, não a Administração, mas aos usuários finais do sistema. Nesse quesito, percebo que a cautelosa determinação do voto de vista da Conselheira Teresa de anular o Anexo II ao Edital e, consequentemente, toda a modelagem do sistema, aí incluídos as diretrizes de aferição de desempenho e, mormente, da estrutura tarifária e modelo de remuneração do serviço, sem que isso significasse a republicação do Edital para que todos os potenciais interessados tomassem conhecimento da modificação e pudessem reavaliar seus posicionamentos, afronta, *máxima vênia*, de modo fulminante, o princípio da publicidade e, por consequência, da isonomia, insculpidos o art. 3º da Lei 8666/93. Outras 11 determinações propostas pela Conselheira em seu voto de vista, vencedor, foram procedidas no sentido de alterar o núcleo sistêmico do modelo desenhado pela EPTI e, por consequência, confirmando a necessidade, a meu ver, de nova edição do Edital,

haja vista, repito, que tais determinações terminam por exigir o completo refazimento de um anexo ao próprio Edital e não do contrato, o que torna incabível a determinação de aditivo contratual, *permissa vênia*.

Por outro lado, pode-se interpretar que o Conselheiro Carlos Porto, com seu Ofício, e o Conselheiro Ranilson, quando revogou a sua Cautelar, tenham dado a entender que o Tribunal teria "autorizado" o prosseguimento da concorrência. Contudo, assim não entendo. Para além do fato de que foram decisões singulares, é evidente, como bem alertou a Conselheira Teresa em seu voto, que "*O TCE/PE pode se manifestar a qualquer momento sobre uma licitação ocorrida, mesmo depois de encerrada*.". Não houve decisão colegiada; o objeto da Auditoria Especial, formalizada em abril/2014, ainda não havia sido julgado. Antes disso, houve liminar judicial suspendendo o certame. Havia indícios concretos de vícios insanáveis do Edital. Tanto assim o é que, em sua única decisão colegiada sobre o tema, em julho/2015 (Agravo TCE-PE nº 1505059-2), a Primeira Câmara desta Corte concedeu Cautelar suspendendo o procedimento. Portanto, não considero pertinente a inferência de que esta Corte tenha "autorizado" o prosseguimento do feito. Se a Administração entendeu contrariamente aos sinais manifestados ao longo da dialética processual, foi por sua conta e risco, afinal, todos devem conhecer o disposto nos artigos 70, parágrafo único, e 71 da Constituição Federal.

Outro elemento trazido pela Recorrente – e que não foi tratado na inicial – diz respeito ao descumprimento do disposto no §2º do art. 42 da Lei 8987/95 (Lei das Concessões), objeto, inclusive, da sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito, DR. Haroldo Carneiro Leão, no âmbito da Ação Popular 2.1106.1107.26.62.66, a qual diligenciei e trouxe aos presentes autos (fl.270 a 281), da qual já transcrevi vários excertos.

Isso posto, resta-me concluir que, de fato, as questões levantadas pela Auditoria não são meras formalidades, descumprimentos de regras que podem ser sanados por aditivos contratuais de ajustes.

As irregularidades, a meu ver, foram de encontro aos princípios basilares da isonomia e da competitividade, tendo

ainda deixado margem para razoável dúvida quanto à sua economicidade, viciando assim, de maneira insanável, todo o procedimento levado a cabo pela EPTI na Concorrência nº 001/2014.

Por essa razão, entendo que a celebração de aditivo contratual não é instrumento capaz de devolver os direitos subjetivos que foram subtraídos dos interessados na licitação. A reparação desses direitos somente pode ser materializada pela via da anulação do certame para a correção dos vícios apontados no processo original e também nos presentes autos.

Por fim, não é demais relembrar que o procedimento em exame recebeu desaprovação da equipe técnica da GLIC deste Tribunal; do MPCO; do então Relator Ranilson Ramos; de várias instâncias do Ministério Público Estadual, seja no âmbito da Ação Popular como também no Agravo em tramitação na Segunda Câmara de Direito Público do TJPE; e, ainda, do Juiz Haroldo Carneiro Leão em sua sentença de 1º Grau.

A propósito, das provas emprestadas da referida ação judicial (fls. 244 a 252), revelou-se que uma das empresas participantes do certame, a LOGO TRANSPORTES LTDA., é pertencente à família do então Governador do Estado à época da homologação e assinatura dos contratos, o qual, inclusive, ainda participaria como sócio-administrador. Esse fato, todavia, não foi objeto do escopo do processo inicial de Auditoria Especial, tampouco figurou como razão recursal nos presentes autos. Todavia, diante dessa evidência grave trazida ao feito pela prova emprestada, considero que essa matéria deva ser conhecida pelo Ministério Público de Contas, para que providencie os encaminhamentos pertinentes ao caso.

Dessa forma, considero que o presente Recurso Ordinário deve ser provido, julgando-se IRREGULAR o objeto da Auditoria Especial TCE-PE nº 1408565-3, pelas razões já manifestadas no Acórdão em revisão, determinando-se a anulação total da Concorrência nº 001/2014 e, de conseguinte, dos contratos dela decorrentes, adotando-se, ainda, as determinações proferidas pelo Conselheiro Ranilson Ramos e pela Conselheira Teresa Duere, na forma como passarei a expor a seguir.

CONSIDERANDO a legitimidade da parte e a tempestividade de oposição do presente Recurso Ordinário;

CONSIDERANDO que os Recorridos, notificados, não lograram combater as razões recursais, limitando-se a repetirem os mesmos argumentos já apresentados no processo inicial;

CONSIDERANDO que as irregularidades apontadas nos autos do processo de Auditoria Especial TCE-PE nº 1408565-3 foram afastadas apenas parcialmente no Acórdão T.C. nº 0029/17;

CONSIDERANDO que as irregularidades constantes no edital da Concorrência nº 001/2014 da EPTI, constantes nos Achados A1.2, A1.12, A1.13, A1.15, A1.18, A1.20, A1.23, A1.25 e A1.26, em seu conjunto, afrontam os princípios da competitividade, da isonomia, da economicidade e da publicidade, estabelecidos no artigo 3º da Lei nº 8666/93, nos termos dispostos no corpo deste voto, a despeito das seguidas determinações do TCE para as correções necessárias dos vícios apontados;

CONSIDERANDO que o item 10.5.3 c/c o 21.16 do Edital caracterizam o estabelecimento de critério subjetivo de avaliação, inviabilizando o julgamento objetivo das propostas e em flagrante prejuízo ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório;

CONSIDERANDO que não foram elaborados os estudos e levantamentos previstos no artigo 42, parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 8789/1995;

CONSIDERANDO que a ARPE deve ser provocada a emitir parecer prévio sobre o Edital, nos termos de suas atribuições de Agência Reguladora de Serviços públicos do Estado previstas na Lei Estadual 12524/2003, sobre os itens 2.1.12, 2.1.13, 2.1.15 e 2.1.17 do Relatório de Auditoria referente ao Processo TCE-PE nº 1408565-3;

CONSIDERANDO que, no uso das competências previstas no artigo 71, IX, da Constituição Federal, no artigo 113, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93 e no artigo 70, V, da Lei Estadual nº 12.600/2004, o TCE tem poderes para determinar a anulação do edital e a observância às correções indicadas pelo corpo técnico, sob pena de multa aos gestores recalcitrantes;

CONSIDERANDO o disposto no artigo 49 da Lei nº 8666/93, que determina que a autoridade competente para a aprovação do

procedimento licitatório deve anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado;

CONSIDERANDO que as determinações deverão ser acompanhadas pelo corpo técnico do Tribunal;

CONSIDERANDO os termos do artigo 70, parágrafo único, da Lei Orgânica, pelo qual o processo de Auditoria Especial pode continuar em instrução para apreciar o novo edital a ser publicado, sem prejuízo de ser proferida deliberação de mérito;

CONSIDERANDO, por fim, o princípio da razoabilidade e a inexistência de qualquer indício de dolo ou má-fé da diretoria da EPTI no cometimento das irregularidades apontadas, resultantes apenas da extrema complexidade do objeto da concorrência,

VOTO para que o presente recurso seja conhecido e, no mérito, considerado procedente, julgando-se IRREGULAR o objeto da Auditoria Especial TCE-PE nº 1408565-3, dando quitação às pessoas físicas intimadas para defesa e mencionadas como responsáveis.

DETERMINO que a presidência da EPTI, sob pena de multa e responsabilização pessoal, adote as seguintes providências, após a publicação do acórdão:

a) Anular, em sua integralidade, a Concorrência nº 001/2014 e os contratos dela decorrentes, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da deliberação;

b) Solicitar, em caráter de urgência, no prazo de 30 (trinta) dias, parecer regulatório da ARPE, aos achados referenciados nos itens 2.1.12 achado A1.18, 2.1.13 achado A1.20, 2.1.15 achado A1.23 e 2.1.17 achado A1.26 do relatório de auditoria;

c) Encaminhar ao TCE minuta de novo edital, com as correções apontadas pela Auditoria e aquelas presentes no Acórdão nº T.C. nº 0029/17, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação do acórdão;

d) Aguardar a análise da minuta do novo edital pelo corpo técnico do TCE, que se manifestará, em caráter conclusivo, em 30 (trinta) dias a partir do recebimento da referida minuta;

e) Manter em operação os contratos vigentes até a conclusão do novo processo licitatório, assegurando os Serviços de Transporte Intermunicipal de Passageiros aos usuários do sistema.

DETERMINO, ainda, ao Núcleo de Apoio às Sessões, a adoção, com urgência, das seguintes providências:

- Oficiar ao TJPE, com cópia do acórdão e do ITD;
- Digitalizar estes autos no sistema AP, para que quaisquer recursos tramitem apensados à cópia digitalizada dos autos, devendo os originais ser remetidos à CCE/GLIC para continuidade da instrução;

- Oficiar à Presidência da EPTI, com urgência, com cópia do acórdão e do ITD, para cumprimento da deliberação;
- Encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público de Contas para as necessárias providências, decorrentes das evidências trazidas aos autos pela diligência realizada no âmbito da Ação Popular de nº 0081482-31.2014.8.17.0001.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Senhor Presidente, uma questão de ordem porque é importante a minha colocação para o prosseguimento da fase de votação.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Conselheiro Ranilson Ramos.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Quero apenas ler o meu ato em sede do processo quando eu revoguei a medida cautelar:

> Recife, 22 de dezembro de 2014.
>
> REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR
>
> Considerando a Medida Cautelar, por mim expedida em 02/12/2014, que suspendeu os atos administrativos da

> Concorrência Pública nº 001/2014 edita pela EPTI – Empresa Pernambucana de Transportes Intermunicipais;
> Considerando as determinações encaminhadas à GLIC – Gerência de Licitação da Coordenadoria de Controle Externo deste Tribunal, face à apuração dos fatos que fundamentaram a cautelar exarada;
> Considerando que a dita apuração pela equipe técnica deste Tribunal demanda tempo para apresentação de um novo relatório;
> Considerando a necessidade de regulamentação do Sistema de Transporte Coletivo Intermunicipal de Passageiros do Estado de Pernambuco – STCIP-PE que se encontra há anos sem regulamentação; e
> Considerando o cumprimento da Resolução nº 0015/2011 desta Corte de Contas, que trata da emissão da Medida Cautelar, decido:
> 1.Revogar a medida cautelar expedida em 02/12/2014 e seus respectivos efeitos;
> 2. Determinar a instauração imediata de Auditoria Especial para acompanhamento das seguintes fases do processo licitatório:
> 2.1. Análise quanto ao atendimento das modificações sugeridas, ponto a ponto, conforme relatório anterior da GLIC;
> 2.2. Homologação da Concorrência Pública que teria que ser submetida a este Tribunal;
> 2.3. Análise do contrato de concessão dos mercados de transportes intermunicipais – MTI, também para ser analisado por essa Corte, e
> 2.4. Implantação dos serviços objeto da referida concessão para ser acompanho por esta Corte.

E o que é que aconteceu? Isso foi dia 22. Dia 06/02 assinaram o contrato.

Por último, quero apresentar um voto divergente. É o seguinte:

Em manifestação do MPCO, dentro do processo, o Ministério Público de Contas, através do Procurador Cristiano Pimentel, sugeriu pela regularidade da auditoria especial por não ter trazido, à época, nenhum prejuízo para o Governo, e com as determinações que sublinhei e apontei também no meu voto.

Portanto, Conselheiro Dirceu Rodolfo, aqui coloquei que vou divergir do voto de Vossa Excelência em apenas um ponto. O Ministério Público se pronunciou, por meio do Procurador Cristiano Pimentel, pela regularidade da auditoria especial fundamentando que, à época, não havia trazido o menor prejuízo ao erário e com as determinações que sublinhei também e coloquei no meu voto, que foi fundamentalmente a revogação, a anulação do edital.

Sendo assim, vou convergir com o voto de Vossa Excelência, evidentemente para reformular o acórdão divergente da Conselheira Teresa Duere, **mas votando regular com ressalvas acompanhando ainda a manifestação do Ministério Público à época.**

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Conselheiro Carlos Porto para votar.

CONSELHEIRO CARLOS PORTO:

Acompanho o voto do Conselheiro Dirceu Rodolfo.

CONSELHEIRA TERESA DUERE:

Eu peço vênia ao Conselheiro Dirceu Rodolfo e permaneço com meu voto-vista, Sr. Presidente.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Conselheiro João Carneiro Campos.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Sr. Presidente, Srs. Conselheiros, Sra. Procuradora, gostaria aqui de registrar que subscrevo integralmente o voto proferido pela Conselheira Teresa Duere e registro, Sr. Presidente, pedindo todas as vênias ao Conselheiro Relator, que não vislumbrei qualquer caráter restritivo à competitividade. E cito dois itens apontados pela equipe técnica, por exemplo, a participação de consórcios, permitir que uma empresa participe de mais de um consórcio. Na verdade, essa autorização pode induzir inclusive à cartelização, em um setor que já é caracterizado pela cartelização. Então, parece-me que, proibir a participação de empresa em mais de um consórcio, visa efetivamente a que mais empresas participem do sistema.

Por outro lado, a quantidade de lotes, efetivamente, não restringe a competitividade. E digo isso por uma questão empírica. Em São Paulo há 32 lotes, em 31 não há competitividade,

apresenta-se uma proposta única. Então, na verdade, os fatos até militam contra os achados.

A questão central e que modernamente se coloca sequer foi discutida, quer pelo lado técnico quer pelas partes; ou sequer foi veiculada nessa discussão, que é exatamente a separação dos contratos, que é como está sendo feito modernamente em Bogotá e em Santiago do Chile. Separa-se o contrato do fornecimento do equipamento do contrato da prestação do serviço. Isso sequer foi ventilado.

Sr. Presidente, a discussão nesta presente assentada, firmou em mim, *datissima maxima venia*, a convicção de que a decisão apontada pela Conselheira Teresa Duere foi a melhor. Dá máxima efetividade aos atos administrativos praticados. É certo que nós não estamos aqui tutelando o interesse privado, mas não pode ser por completo desconsiderado que não houve impugnação do edital no momento próprio, que nenhuma empresa que teria interesse a participar do certame impugnou o edital lançado à época.

Por outro lado, não vislumbro essa ofensa ao princípio da competitividade. Ora, submeter à parte que apresente projeto ou estudo que é integrante da proposta, quando essa oferta é feita indiscriminadamente, efetivamente não ofende a competitividade. Pedindo *data máxima vênia* ao relator, que inclusive está lastreado em decisão que, embora provisória - é uma decisão que está pendente de recurso, está pendente de recurso e de uma análise colegiada por parte do Tribunal de Justiça, ou seja, é efetivamente uma decisão provisória -, mas S. Exa. inclusive traz aos autos argumentos trazidos pelo eminente Juiz quando julgou a ação popular. Mas me parece que não há essa ofensa ao facultar às partes apresentar... Obviamente, isso é uma imperfeição e S. Exa. lança esse olhar, dependendo do ângulo que se olhe.

Objetivamente e efetivamente, é importante que haja esses estudos fornecidos pela própria Administração, que me parece que não teria nem condições, segundo a estrutura inclusive da EPTI, que deixa claro que há uma falha com relação aos seus quadros técnicos, e tampouco da ARPE.

Esse ofício, essa remessa dessas determinações à ARPE, Sr. Presidente, não me parece, de certa forma, que implique alguma alteração em relação ao julgamento, porque nós estamos dizendo: "ARPE, cumpra o seu dever de fiscalizar". Se a ARPE, inclusive a Conselheira Teresa Duere remeteu um ofício à ARPE, se

a ARPE não vislumbrou nenhum vício, e cabe à ARPE fiscalizar essa prestação de serviço, efetivamente é porque entendeu que não havia um vício de nulidade absoluta que maculasse por completo o certame.

Por outro lado, as decisões provisórias foram superadas pela decisão colegiada desta Corte. O que estava prevalecendo até agora inclusive é a revogação da determinação da remessa e inclusive a revogação da liminar.

Então, Senhor Presidente, a matéria já foi suficientemente discutida, inclusive repito que, quando do julgamento na Câmara, o julgamento da decisão da Conselheira Teresa Duere mereceu elogio do Ministério Público, então, o Ministério Público na verdade se manifestou favorável à decisão ora atacada, e isso é incontroverso; tampouco o Ministério Público manejou qualquer recurso contra a decisão que ora se ataca.

Então, pedindo todas as vênias ao Conselheiro Relator, Senhor Presidente, **acompanho a divergência**.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Conselheiro Luiz Arcoverde Filho.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LUIZ ARCOVERDE FILHO:

Senhor Presidente, senhores Conselheiros, **acompanho o voto do Conselheiro Dirceu Rodolfo**, tinha feito até algumas anotações, mas vou poupá-los porque seria mera repetição das alegações, da fundamentação do voto do Conselheiro Dirceu Rodolfo com relação à preclusão. Mas seria só repetição, então, encampo, na íntegra, o voto do Conselheiro Dirceu Rodolfo.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Então, foi vencedor o voto do Conselheiro Dirceu Rodolfo. Agora, em relação à regularidade ou irregularidade, houve a divergência do Conselheiro Ranilson Ramos que ficaria a regularidade com ressalvas, no voto da Conselheira Teresa Duere, no voto do Conselheiro João Campos.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, na verdade fiquei com uma dúvida conceitual em relação à questão de ordem. Sua Excelência julga regulares as contas dos gestores, inclusive com fundamento na manifestação do Ministério Público de que não há prejuízo, como é que nós vamos dizer que o edital, o voto que prevaleceu foi de uma mácula absoluta do edital. Uma mácula inclusive que efetivamente causa prejuízo, causa prejuízo às partes interessadas, causa prejuízo ao estado de Pernambuco e, para concluir, efetivamente para discutir e entender o alcance da questão de ordem suscitada pelo Conselheiro Relator. Prevalece-se o voto, e nessa parte estou vencido, da total irregularidade dos atos, parece-me que está superada inclusive a questão preliminar, a prevalecer integralmente o voto do Conselheiro Relator pela rejeição.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Conselheiro Dirceu Rodolfo.

CONSELHEIRO DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR – RELATOR:

Só para esclarecer. Esse voto do Conselheiro Ranilson Ramos, o voto médio, é exatamente o voto que ele havia proferido, é o mesmo voto. Ou seja, ele considera o objeto da auditoria especial regular com ressalvas, embora anule.

Eu, por minha vez, entendo, aí já fazendo as vezes, o que diz o Conselheiro João Campos, é uma contradição, em termos, aprovar com ressalvas com essa nulidade.

Agora, outra coisa é a responsabilização civil dos interessados; nisto estou dando quitação, porque realmente não há prejuízo. O prejuízo é outro, e o objeto da nossa auditoria é cotejamento do novo edital com as determinações, recomendações feitas, aquelas 18 feitas pelo Tribunal. É esse o objeto do cotejamento e, ao final, o julgamento que foi trazido da Câmara e aqui está sendo modificado.

Então, acho que é uma contradição em termos, *data maxissima venia*. Mas o Conselheiro Ranilson Ramos tem um voto médio, acho que é isso que Vossa Excelência tem dúvida, parece-me que tem 3, 2 e 2, não sei como é.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

O voto de Vossa Excelência foi vitorioso em relação à nulidade. Em relação à questão da regularidade com ressalvas ou da irregularidade, é que temos aqui 3 votos pela irregularidade, Conselheiro Carlos Porto, Conselheiro Dirceu Rodolfo e o Conselheiro Luiz Arcoverde. E, pela regularidade com ressalvas, temos a Conselheira Teresa Duere, Conselheiro João Campos e o Conselheiro Ranilson Ramos, então, precisaria só de um voto, que seria o voto do desempate.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

E foi exatamente por essa razão que pedi uma questão de ordem, porque processualmente teria que ser seguido dessa forma, pois existem 2 votos pela regularidade e agora apresentei o meu terceiro convergindo inteiramente com o do Conselheiro Dirceu Rodolfo, mas apresentando o indicativo do Ministério Público à época, do Dr. Cristiano Pimentel.

CONSELHEIRO JOÃO CARNEIRO CAMPOS:

Não, senhor Presidente, quero só dizer que há um empate em relação a esse tema, Vossa Excelência vai ter que decidir. Exatamente isso.

DRA. GERMANA LAUREANO – PROCURADORA-GERAL:

Mas já se encaminhava para isso.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Mas aí a decisão em relação ao ponto da regularidade.

DRA. GERMANA LAUREANO – PROCURADORA-GERAL:

Pronúncia da regularidade com ressalvas ou irregularidade do objeto da auditoria especial. Em relação à determinação de anulação não há empate.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Não há empate.

DRA. GERMANA LAUREANO – PROCURADORA-GERAL:

Não há empate, há uma maioria formada.

CONSELHEIRO RANILSON RAMOS:

Até porque o meu voto originário, em sede da auditoria, é também com a determinação da anulação.

CONSELHEIRO MARCOS LORETO – PRESIDENTE:

Então, seguindo o voto da divergência em relação ao ponto da regularidade com ressalvas, sigo o Conselheiro Ranilson Ramos, que, à época, teve também a aprovação do Ministério Público de Contas, com o Dr. Cristiano Pimentel que estava naquela assentada.

Então, o voto vitorioso fica o do Conselheiro Dirceu Rodolfo, menos na questão da irregularidade, que fica regulares com ressalvas.

À UNANIMIDADE, O RECURSO FOI CONHECIDO E, NO MÉRITO, POR VOTO VOTO MÉDIO, PROVIDO EM PARTE, NOS TERMOS DO VOTO DO CONSELHEIRO RASILSON RAMOS. PRESENTE A PROCURADORA-GERAL, DRA. GERMANA LAUREANO.
PH/AC/PAN/MJPA/ABS/HN/ACS/FT