



GOVERNO DE PERNAMBUCO

Secretaria de
Planejamento e Gestão

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO 02/2022
ABRIGOS E TOTENS (RMR)

Recife, data da última assinatura eletrônica

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 3000050690-000.000044/2022-06

Pedido de impugnação ao Edital do Processo Licitatório 001/2022 - Concorrência Internacional 001/2022

OBJETO: CONCESSÃO DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA, COM USO DE BEM PÚBLICO, COM OUTORGA ONEROSA, COMPREENDENDO A MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE ABRIGOS E TOTENS INDICATIVOS DE PONTOS DE EMBARQUE E DESEMBARQUE, BEM COMO A CRIAÇÃO, CONFECÇÃO, INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ABRIGOS E TOTENS INDICATIVOS DE PONTOS DE EMBARQUE E DESEMBARQUE, COM SUBSTITUIÇÃO GRADUAL DOS EXISTENTES, COM EXCLUSIVIDADE NA EXPLORAÇÃO PUBLICITÁRIA E EM RECEITAS ACESSÓRIAS.

1. DA IMPUGNAÇÃO:

Nos termos do item 11 do Edital de Concorrência Internacional 001/2022, foi protocolada na Secretaria Executiva de Parcerias e Estratégias IMPUGNAÇÃO ao Edital, conforme transcrição a seguir:

"

I. TEMPESTIVIDADE

1. Nos termos do item 11.8 do Edital, o Licitante interessado tem até o segundo dia útil que antecede a data de entrega das propostas para apresentar impugnação ao Edital. Considerando que a sessão está agendada para o dia 13 de setembro de 2022, o prazo fatal para apresentação de impugnações seria no dia 09 de setembro de 2022.
2. Com o protocolo na presente data, fica confirmada a tempestividade desta Impugnação.

II. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

3. Trata-se de Edital publicado pelo CTM, empresa pública responsável pelo transporte público da região do projeto, sob a modalidade de concorrência pública, para a seleção de proposta mais vantajosa para a celebração de concessão de serviço de utilidade pública, com uso de bem público e outorga onerosa.
4. De acordo com o Edital, a data da sessão pública será em 13.09.2022. Ocorre que, as disposições do Edital não condizem com a legislação aplicável, em nítido desrespeito ao regime jurídico administrativo, tampouco com as melhores práticas para realização de licitação. Desta feita, como será demonstrado na presente Impugnação, faz-se necessária a republicação do Edital com a correção dos itens que estão em desacordo.

III. DA RACIONALIDADE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E DE SEUS PRINCÍPIOS

VINCULANTES

a. Dos objetivos das licitações públicas

5. A licitação consiste em um procedimento administrativo visando a seleção de pessoas físicas e jurídicas aptas a executar contratos administrativos. Com a promulgação da Constituição de 1988, o dever geral de licitar adquiriu alçada constitucional, constando expressamente do artigo 37, inciso XXI, nos seguintes termos:

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

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

6. A exigência constitucional de licitação visa assegurar, por meio de um procedimento competitivo isonômico, a seleção de um particular que conjugue expertise técnica e ofereça a proposta mais vantajosa sob o ponto de vista econômico-financeiro. Na análise de Marçal Justen Filho, a Administração busca, com a licitação, um particular capaz de conjugar os aspectos da qualidade e da onerosidade, de modo a obter “a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico”.

7. A licitação, portanto, não possui um fim em si mesma. Trata-se de um meio pelo qual se objetiva a seleção isonômica daqueles que reúnem condições técnicas e econômicas adequadas para a consecução de finalidades públicas. É mero procedimento administrativo desprovido de relevância caso não seja promovida uma real e isonômica competição entre particulares que, ao final, permita a mais vantajosa contratação estatal.

8. Para atingir este objetivo, especialmente para que exista uma real e isonômica competição, o procedimento licitatório deve fazer uso de balizas objetivas para avaliar a qualificação daqueles interessados em contratar com a Administração. **Tais balizas devem voltar-se ao fim pretendido, não podem se revelar meios indevidos da promoção de interesses não republicanos.** Suas regras devem se ater àquelas necessárias para avaliar a condição do particular de executar com sucesso o objeto do futuro contrato.

9. Soma-se a isso a **necessidade de a Administração Pública estabelecer todos os requisitos e apresentar as informações essenciais para que os interessados apresentem proposta sérias e condizentes**, isto é, que refletem a realidade das condições econômico-financeiras e os riscos assumidos pelas Licitantes. Caso contrário, estará aberta uma lacuna perigosa para a apresentação de propostas “aventureiras”, afastando a participação de *players* sérios do certame.

10. Justamente, à luz do objeto a ser contratado, é preciso que o edital veicule e a comissão de licitação julgue apenas considerando **requisitos efetivamente pertinentes e relevantes para a avaliação da capacidade de execução do futuro contrato.**

11. E para que isso ocorra, torna-se essencial que os documentos editalícios publicizados apresentem aos Licitantes todas as informações essenciais para eles apresentarem as propostas. Caso contrário, tanto o licitante como a própria Administração Pública poderão ser prejudicados ao longo da prestação dos serviços objeto da concessão.

12. Como será demonstrado, o Edital impugnado está repleto de inconsistências que inviabilizam a realização do certame e a consecução de seus objetivos.

b. O dever de motivação como obrigação de prestígio à competição

13. O dever de motivação é ainda mais relevante quando observada a necessidade de resguardar a competição no transcurso do procedimento licitatório. Isso porque, caso contrário, é certo que a busca pela seleção de proposta mais vantajosa à Administração Pública será substituída por propostas completamente eivadas de elementos que permitam a melhor consecução do objeto licitado e do atendimento ao interesse público.

14. A complexidade da motivação do ato administrativo e a densidade que dela se espera são diretamente proporcionais ao grau de relevância desse provimento para a esfera jurídica do administrado. Justamente, ao caso em tela, ao observar a relevância do objeto do certame, o valor do contrato e seu prazo de vigência, exige-se que o Poder Concedente aja com o maior grau de diligência possível, justificando suas decisões e a modelagem adotada, de modo a trazer previsibilidade e segurança jurídica ao certame.

15. No entanto, o que ocorre no caso em tela é totalmente o oposto: **o CTM segue com uma licitação cuja viabilidade é visivelmente distinta daquela considerada nos estudos iniciais. Ainda, o Edital ora impugnado possui elevado grau de vagueza quanto às obrigações e desempenho a ser considerados pelos Licitantes em suas propostas. Tais argumentos serão devidamente comprovados e evidenciados nos itens seguintes desta impugnação..**

16. Esse dever de motivação decorre de previsão legal, tal como visto no artigo 2º e no art. 503, ambos da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. De igual modo, os princípios constitucionais da moralidade administrativa e da isonomia demandam a motivação dos atos administrativos que dispensem ou decidam processos administrativos concorrenciais como os concursos públicos e as licitações públicas.

17. Conforme ensina DI PIETRO⁴ acerca do princípio da motivação, *“a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”*.

18. Caso persista a violação ao dever de motivação do CTM, este certame se encontrará eivado de invalidade quanto às obrigações aqui discutidas, tendo e vista a falta de transparência.

19. De toda forma, a falta de transparência e detalhamento de diversos requisitos essenciais contidos no Edital poderá prejudicar a concorrência do certame e a escolha da proposta mais vantajosa.

III. DO MÉRITO**a. Da inexistência de elementos para a apresentação de uma proposta séria**

20. Em vista do cumprimento do dever do Estado na persecução de seus objetivos, é exigido que o edital contenha as informações necessárias para que sejam formuladas propostas considerando a realidade do serviço e os riscos que serão assumidos pelo futuro contratado.

21. Cumpre frisar que as concessões em geral, por serem contratos de longo prazo, cujo investimento do particular é recuperado no longo prazo, demandam uma estabilidade institucional. A gestão pública da incerteza de longo prazo e o desenvolvimento de um estado de confiança são elementos imprescindíveis para a mensuração da incerteza subjetivamente apreendida.

22. Para que esse tipo de contrato não atraia apenas oportunistas, a meta da estruturação de tais projetos é identificar uma estabilidade institucional que reduza a incapacidade de precificar eventos futuros e incertos, ou seja, tornar possível um cálculo econômico individual sobre as condições e riscos do projeto.

23. Nesse sentido, para que essa licitação não seja premiada com propostas não sérias, seja por má-fé ou formuladas em virtude de um profundo desconhecimento é imprescindível a correção deste conteúdo.

24. No caso em tela, observa-se a **inexistência de elementos que permitam definir de modo claro o objeto do certame, as obrigações da futura concessionária e os riscos envolvidos na assunção das atividades**. Para evidenciar tais constatações, ressaltamos abaixo algumas falhas e omissões do Edital:

- a. o Edital é silente quanto ao atual estado dos mobiliários urbanos, bem como apresenta expressões de alto grau de subjetivismo;
- b. o Edital não deixa claro qual a frequência de manutenção do mobiliário;
- c. o Edital não especifica qual seria o volume de chamados e a complexibilidade esperados para o suporte a *call center* para a população e a possibilidade de abertura de chamados, ambos elementos a serem observados pelos Licitantes para a elaboração de propostas.

25. Observa-se que não há conteúdo suficiente que permita que os Licitantes mensurem os custos próprios à manutenção dos equipamentos atualmente disponíveis. Da mesma maneira, considerando que a fonte certa de receita é a exploração publicitária do bem, o possível uso indiscriminado do equipamento poderá significar expropriação indevida da capacidade de ter e manter sua receita.

26. Essas incertezas e ausência de informação contrariam o previsto na Lei Federal nº 8.666/1993, que determina justamente como cláusulas necessárias no Edital e no Contrato as condições de recebimento do objeto de licitação, seus elementos característicos e os prazos de cada etapa de execução:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; (...)

27. Resta claro que o Edital, ao não definir o objeto a ser concedido – o que engloba TODOS os serviços que deverão ser prestados pelo contratado, em especial o estado atual dos mobiliários, a frequência dos serviços de manutenção e o volume de chamados e sua complexibilidade – fragilizam qualquer proposta, tornando o Edital viciado. Isso porque, a definição clara e precisa do objeto, é um dos principais requisitos que todo edital de licitação (obrigatoriamente) deve conter – já que é condição de legitimidade da licitação. Esta máxima está estabelecida nos art. 40, I da Lei nº 8.666/1993. Tal exigência visa assegurar o tratamento isonômico entre os participantes e, ainda, garantir a eficiência da atuação administrativa.

28. No âmbito do Tribunal de Contas da União (“TCU”) é pacífico o entendimento de que há o dever da Administração de descrever o objeto da licitação de forma precisa. Há, inclusive a Súmula 177 a qual se transcreve:

Súmula 177 do TCU

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão. (Grifos nossos)

29. Ora, ao utilizar os vocábulos "precisa" e "suficiente", há um indicativo claro do TCU que na definição do objeto, todos os aspectos fundamentais devem ser contemplados de modo a não

ensejar dúvidas aos eventuais interessados. Outro ponto da Súmula, que merece destaque, é a de que a formulação imprecisa e insuficiente do objeto afeta não somente os licitantes, mas atinge também os concorrentes potenciais, maculando o pressuposto da igualdade.

30. De fato, a descrição adequada do objeto implementa princípios constitucionais relevantes. Em primeiro lugar, uma descrição adequada do objeto leva à igualdade entre os licitantes. Quando a descrição é clara, todos os potenciais interessados terão condições de participar da licitação. Todos são tratados de forma impessoal, sem favoritismos. O princípio da publicidade – mediante a transparência quanto às condições da contratação – também é atendido. Esses dois princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição são complementados por outro: o princípio da economicidade (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal), possibilitando que o aumento da competição (derivado da clareza da descrição) leve à melhor contratação.

31. Sobre a necessidade de detalhamento do objeto de qualquer edital, Marçal Justen Filho⁶ defende que:

É necessário que o edital descreva o objeto sobre o qual as partes formularão a proposta, identificando-o e diferenciando-o de modo a permitir a exata dimensão da disputa. A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública: tem de escolher a descrição completa e minuciosa. (Grifos nossos).

32. Tudo isso para concluir que a confusão de informações e detalhamento sobre o objeto licitado pode, portanto, impactar diretamente na disputa (competitividade e igualdade), uma vez que impede o acesso aos licitantes a informações relevantes para elaboração da proposta e pode causar prejuízos futuros para a própria Administração que corre o risco de contratar licitantes sem a expertise necessária ou de ter que aumentar a receita desta contratação. Estas imprecisões e vícios, conforme jurisprudência consolidada do TCU, e amparada pelo judiciário, acarretam a nulidade do respectivo certame. Sobre isso, já decidiu o TCU:

(...) 4.9. **Desse cenário de indefinições e incerteza** quanto a aspectos importantes do empreendimento em questão, resulta, na prática, que a Administração da estatal não sabe exatamente o que está contratando, ao mesmo tempo em que **se vislumbram imensas dificuldades para que os licitantes possam formular as suas propostas, o que poderá ocasionar desestímulo de muitos destes a participarem da licitação, com prejuízos previsíveis à competitividade do certame licitatório.** (...)” (Acórdão 1.536/2011, Plenário, TC – 006.763-2011-1, rel. Min. Aroldo Cedraz, 08.06.2011).

“REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. IMPRESSORAS, SCANNERS E OUTROS EQUIPAMENTOS. ADJUDICAÇÃO POR PREÇO GLOBAL NÃO JUSTIFICADA.

IMPRECISÃO NA DEFINIÇÃO DO OBJETO. INEXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS DAS EMPRESAS VENCEDORA E SEGUNDA COLOCADA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. RECOMENDAÇÃO.

ARQUIVAMENTO”. (Acórdão nº 2438/2016)

33. **Resta evidente, que a imprecisão na definição do objeto licitado é causa para a nulidade deste certame**, uma vez que caracteriza violação às determinações do art. 40, I da Lei nº 8.666/1993 e as recomendações do TCU.

34. Isto posto, prosseguir sem o mínimo de conteúdo acaba por tornar impossível a correta elaboração de proposta, maculando a legalidade do certame, exigindo, como consequência, a imediata revisão do Edital e consequente republicação.

b. Da falta de regulamentação para instalação das câmeras ocultas e do completo desrespeito às normas de proteção de dados pessoais

Soma-se ao quadro narrado acima, a completa falta de regulamentação e desrespeito à legislação para a instalação de câmeras ocultas nos abrigos.

35. Ao dispor sobre os Projetos, a redação da Cláusula 8.6 da Minuta do Contrato de Concessão determina que “[o]s ABRIGOS em PONTOS DE EMBARQUE E DESEMBARQUE deverão permitir a instalação de câmeras para monitoramento do entorno e de painéis de mensagens variáveis”, ao passo em que no item 14.ii do Termo de Referência (Anexo II) está delimitada a quantidade mínima de 71 Painéis de Mensagem Variável (“PMVs”) com câmeras embutidas.

36. Ainda, no Item 14.2 do Termo de Referência, subtópico “ii” cuja matéria trata sobre o “Módulo de Gravação e Transmissão de Imagens”, é previsto que 71 dos 142 PMVs, devem conter câmeras ocultas que serão interconectadas ao CCO da concessionária e posteriormente replicadas aos Centros de Inteligência do Poder Concedente.

37. No entanto, em que pese a menção da instalação de câmeras ocultas junto ao mobiliário urbano, **o Edital é completamente silente quanto à regulamentação dos dados pessoais a serem coletados e como se dará o funcionamento destas câmeras.** Muito pior, através de exemplos genéricos, sabe-se que haverá a captação de som com o uso de inteligência artificial para acionar autoridades quando diante do uso de palavras que acionam um “gatilho” no sistema:

Anexo II – Item 14.2.ii. Estas câmeras, além de possuir sistemas de gravação por alerta e de barreira virtual, deverão possuir sistema de gravação e envio de imagens por palavras-chave, como, por exemplo, **quando algum cidadão grita “SOCORRO!” ou “ASSALTO!”, iniciando o alerta no CCO, verificação e direcionamento aos órgãos competentes, como por exemplo, a Polícia Militar. (Grifos nossos).**

38. Tendo em vista notícias recentes e as repercussões no município de Recife sobre o uso de sistemas de monitoramento e de vigilância atrelado à instalação de mobiliários urbanos, os quais estão correlacionados a debates sobre questões raciais e de mau uso, entende-se que o uso e o compartilhamento de dados são temas extremamente sensíveis e que merecem atenção e cuidado, principalmente na Região Metropolitana de Recife.

39. Consoante ao previsto no artigo 5, X da Constituição Federal, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Tão grande a preocupação com os direitos supramencionados que culminou na edição da Lei Federal nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) –, em vigor desde setembro de 2020. Esta dispõe sobre o tratamento de dados pessoais no setor público e privado, o que significa que órgãos da Administração Pública federal, estadual e municipal deverão adequar-se à normatização – dever, este, totalmente esquecido neste certame.

40. Justamente, não cabe à Administração o uso arbitrário dos dados pessoais a serem coletados pelas câmeras. Pelo contrário, conforme dispõe o artigo 23 da LGPD, cabe ao CTM observar que o tratamento de dados pessoais deve ser “realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”.

41. Mais do que isso: exige-se que a Administração, no exercício de suas competências, realize o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos (artigo 23, I da LGPD).

42. Ainda, no caso em tela, observa-se uma completa incógnita sobre o uso das câmeras e sua regulamentação. Ademais, é nítido que elas superam a função de auxiliar no controle do tráfego na região metropolitana e do fluxo de ônibus ao possuir a captação de imagens e gatilhos para acionar outras entidades públicas.

43. No entanto, diante das múltiplas funções que a instalação das câmeras ocultas nos abrigos parece ter, cumpre questionar: o CTM está a agir dentro das suas competências? **A resposta é “não”, pelas seguintes razões.**

Lei Estadual nº 14.474/2011, Artigo 2º. Compete ao Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife Ltda. -CTM, empresa pública multi federativa, **a gestão associada do STPP/RMR**, conforme disposto na Lei nº 13.235, de 24 de maio de 2007, da Lei Municipal do Recife nº 17.360, de 10 de outubro de 2007, e da Lei Municipal de Olinda nº 5.553, de 4 de julho de 2007. (*Grifos nossos*)

44. Ao vincular a competência aos termos do disposto na Lei Estadual nº 13.235/2007, cumpre observar as atribuições do CTM, disposta na Cláusula Oitava7 do Protocolo de Intenções celebrados entre o Estado de Pernambuco e os Municípios de Recife e Olinda. Inexiste qualquer previsão quanto a sua competência para a promoção de políticas públicas de segurança ou de gestão de dados pessoais. Pelo contrário, as atividades do CTM estão diretamente relacionadas à gestão do sistema de transportes da Região Metropolitana de Recife.

45. Ainda, nos termos do artigo 23, §1º da LGPD, em que pese a Administração não estar obrigada a informar ao titular acerca da operação de tratamento realizados de forma individual, persiste o dever de informar as hipóteses em que realiza o tratamento, com informações claras acerca da previsão legal, finalidade e procedimentos, em veículo de fácil acesso – dever ilegalmente omissivo no Edital impugnado.

46. Ademais, o uso compartilhado de dados entre órgãos e entidades públicas pressupõe, logicamente, que tal operação é realizada para “o cumprimento de suas competências legais”, nos limites do conceito de compartilhamento previsto no artigo 5º da LGPD, conjugado com o previsto no artigo 25 do mesmo texto legislativo. Estes dispositivos legais delimitam esta competência à execução de políticas públicas, prestação de serviços, descentralização da atividade pública e disseminação de informações ao público.

47. Conquanto, no caso em tela não está claro o papel do Poder Concedente (CTM), da futura Concessionária, ou ainda, quem serão as autoridades públicas que terão acesso às imagens e sons captados. Ainda mais danoso, não há qualquer informação clara sobre como se dará seu uso por cada um dos sujeitos envolvidos, em um nítido desrespeito aos direitos garantidos constitucionalmente para proteção da imagem, intimidade e vida privada.

48. Em verdade, o debate aqui é ainda mais grave do que identificar o papel de cada um dos agentes no processo de captação e tratamento de dados pessoais. Não há qualquer informação quanto a operação em si, havendo apenas uma previsão extremamente genérica ao dispor sobre as condutas a serem adotadas pelo Centro de Controle de Operações (“CCO”), veja-se:

Anexo II – Item 14.1

(...) A gestão de dados deve seguir as diretrizes dispostas na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que discorre sobre a proteção de dados pessoais.

49. Questiona-se, portanto, como essas diretrizes serão aplicadas na prática? **A resposta é: Não há qualquer menção.** Esse fato deixa cristalino a completa omissão e ilegalidade do Edital, uma vez que ignora o dever de trazer definições claras sobre como será realizada a gestão de dados.

50. A LGPD, refletindo a preocupação constitucional com a proteção de dados pessoais, prevê um capítulo específico (Capítulo VII) acerca da segurança e boas práticas relacionadas à proteção de dados, atribuindo tanto a Agência Nacional de Proteção de Dados (artigo 46, §1º), quanto aos agentes de tratamento de dados (artigo 50, §1º), o dever de dispor acerca de padrões técnicos para a realização de regras de governança de dados, o que abrange inclusive políticas para o compartilhamento.

51. Justamente, conforme visto em outros projetos da Administração Pública em diferentes locais⁸, a instalação de câmeras e a gestão de dados pessoais foi precedida de um rígido estudo, diálogo com a população em geral e regulamentação clara quanto à operacionalização dos dados pessoais obtidos com as filmagens.

52. Esse é o comportamento que se espera do CTM, enquanto Poder Concedente, na gestão de dados pessoais. Essa conduta diligente, com a realização de estudos, a assunção de uma postura dialógica com a população e a futura Concessionária, bem como uma prévia regulamentação

decorre do cumprimento das disposições da LGPD – legislação, esta, completamente desrespeitada neste certame.

53. Somado ao completo descumprimento da legislação vigente, cumpre destacar as consequências desta descuidada conduta e seus reflexos para o certame.

54. Nesse sentido, o artigo 52 da LGPD prevê várias sanções administrativas ao descumprimento das obrigações e proibições nela estabelecidas: advertência, multa, publicização da infração, bloqueio e eliminação de dados pessoais, suspensão parcial do funcionamento do banco de dados, suspensão do exercício de atividade de tratamento de dados, proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas ao tratamento de dados.

55. **Assume-se, aqui, um risco que sequer pode ser estimado pela futura Concessionária**, uma vez que inexistem estudos suficientes que lhe permitam antever os custos e as obrigações relacionadas à instalação de câmeras, gestão de dados e sua disponibilização ao Poder Concedente.

56. Em um cenário ainda mais caótico, caberia ainda discutir eventual responsabilidade civil, tanto do CTM quanto da futura Concessionária, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal, tendo em vista que estes responderão pelos danos causados por seus agentes a terceiros, independente de dolo ou culpa.

57. Em suma, resta nítida a completa ilegalidade do Edital ora impugnado, por completo desrespeito à LGPD e em razão da ausência de informações essenciais para que as Licitantes possam antever os riscos e a estimação de seus custos, **não havendo uma alternativa senão a declaração da nulidade deste Edital e a realização de novos estudos.**

c. Da lesão ao direito de exploração de receitas marginais

58. Novamente, em completa desatenção à legislação em voga, o Edital apresenta um procedimento extremamente rígido que tem por fim lesionar o direito de exploração de receitas marginais, como se passa a demonstrar

59. A Cláusula 5.1.5 do Edital tem a seguinte redação:

A CONCESSIONÁRIA poderá, **mediante prévia autorização do PODER CONCEDENTE**, explorar fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias à CONCESSÃO, desde que a exploração não comprometa os padrões de qualidade e demais pressupostos do serviço concedido, conforme previsto nas normas e procedimentos integrantes do EDITAL e do CONTRATO de CONCESSÃO. (*Grifos nossos*).

60. As receitas alternativas, complementares ou acessórias, tratadas aqui como “receitas marginais” são de extrema importância para a viabilidade do Projeto, bem como para sua atratividade junto aos parceiros privados. Isso porque, correspondem ao conjunto de valores decorrentes de implementação e exploração de atividades econômicas interrelacionadas ao projeto de infraestrutura principal. Essas receitas advêm de atividades lucrativas associadas à concessão, que maximizam o aproveitamento econômico do projeto principal⁹.

61. Frisa-se que a exploração de receitas marginais supera a esfera de interesses do parceiro privado, beneficiando a própria população ao ter disponibilizada uma maior gama de atividades e se beneficiar com a maior qualidade e continuidade da operação pela Concessionária.

62. Em completo desprezo acerca da relevância da exploração de receitas marginais para a viabilidade do projeto, o Edital dispõe sobre um procedimento extremamente rígido e burocrático. Ao condicionar a exploração de receitas marginais à prévia autorização do Poder Concedente, a consequência é certa: em um processo incerto e totalmente discricionário, além de moroso e pouco atraente, afastando os privados sérios, de modo a não refletir as práticas de mercado e as disposições legais.

63. Frisa-se o aspecto incerto e discricionário daquela exigência edilícia, tendo em vista que não se sabe o que poderia ser considerado ou quais são os fatores que caracterizariam uma “*exploração que comprometa os padrões de qualidade*”.

64. Em vista do objeto do Contrato, a atratividade do privado está, justamente, na possibilidade de ressarcir seus gastos e ter seu retorno, ao passo que o Poder Concedente tem por objetivo a otimização dos serviços prestados, além de ter eventualmente o incentivo de receber parte dessas receitas marginais.

65. A exigência de prévia autorização está totalmente contrária ao disposto em lei e às boas práticas da Administração Pública. Observe-se o disposto na Lei Federal nº 8.987/1995:

Artigo 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o **poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade**, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. *(Grifos nossos)*.

66. Nessa toada, **a facilitação e autorização automática da exploração de receitas marginais não afastaria ou prejudicaria a devida proteção do correto cumprimento contratual por outros elementos da fiscalização**, uma vez que o descumprimento contratual é rigidamente fiscalizado e punido.

67. Inclusive, o legislador, consciente da desnecessidade de autorização para a exploração de receitas marginais, dispôs no artigo 25, §1º da Lei Federal nº 8.987/1995 que:

Artigo 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, **cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros**, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, **a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados**.

68. Resta, desse modo, reconhecido o direito da Concessionária à livre exploração de receitas marginais, sem que com isso seja afastada sua responsabilidade perante o Poder Concedente, usuários ou terceiros em razão de prejuízos eventualmente causados.

69. Ora, se a legislação vigente e os outros projetos de concessão de mobiliários não exigem autorização prévia do Poder Concedente, qual seria a justificativa para manter tal previsão neste certame? A resposta é simples: **não há**.

70. Caso mantido o rígido rito para a exploração de receitas marginais, as consequências serão nefastas já no momento da Licitação: **o afastamento de *players* sérios e o direcionamento do certame para o recebimento de propostas consideradas como “aventureiras”**, uma vez que desconsideram os riscos e os custos relacionados à viabilidade do projeto.

71. Os principais atingidos, em último grau, será a população da região metropolitana de Recife que, ao contrário do esperado, contará com uma prestação de serviços sem qualidade e despreocupada com a relevância dos mobiliários urbanos para o bem-estar dos usuários do sistema de transporte urbano.

72. Pelo exposto, **resta nítida a necessidade de revisão do Edital impugnado, de modo a afastar a necessidade de autorização prévia para a exploração de receitas marginais**, garantindo a viabilidade e atratividade do certame.

d. Da inviabilidade do objeto licitado em razão de aspectos concorrenciais não previstos no Edital

73. Note-se, ainda, a completa inviabilidade deste certame em razão de premissas totalmente distintas daquelas consideradas pelos estudos que fundamentam a presente licitação, como se passa a demonstrar.

74. Ao tratar sobre o objeto da Licitação, a Cláusula 5.1 do Edital dispõe que é: *“seleção para proposta mais vantajosa para a contratação de concessão de serviço de utilidade pública, com uso*

de bem público, com outorga onerosa, compreendendo a manutenção e conservação de abrigos e totens indicativos de pontos de embarque e desembarque relacionados no ANEXO IV - RELAÇÃO DE LOCAIS PARA OS ABRIGOS E OS TOTENS, bem como a criação, confecção, instalação e manutenção destes mesmos abrigos e totens indicativos do pontos de embarque e desembarque, com substituição gradual dos existentes, com exclusividade na exploração publicitária e em receitas acessórias desses equipamentos”.

75. Desta forma, a viabilidade econômico-financeira está estritamente vinculada à exploração publicitária junto ao mobiliário urbano a ser instalado pela futura Concessionária. Ocorre que a época da modelagem, o mercado de publicidade na Região Metropolitana de Recife era totalmente distinto da realidade de hoje. Isso porque, na época da estruturação, estudos e modelagem da licitação, não existiam concorrentes diretos nesse tipo específico de exploração publicitária em bens públicos. Tanto, que o Edital não dispõe sobre como se dará a exploração publicitária em regiões onde estarão presentes duas concessionárias (distintas).

76. Ou seja, em **20 de junho de 2022**, a Prefeitura do Município de Recife realizou licitação para concessão de serviços públicos *“para a produção, instalação, manutenção e operação de 108 (cento e oito) relógios eletrônicos digitais no Município do Recife, para fornecimento, instalação e manutenção de 108 (cento e oito) câmeras de monitoramento de forma integrada à estrutura dos relógios, sendo uma em cada unidade instalada do mobiliário urbano, e para implantação e/ou conservação e manutenção de espaços públicos associados aos REDS, com exclusividade da CONCESSIONÁRIA na exploração publicitária dos relógios eletrônicos digitais, dentro do Município do Recife”.*

77. Nota-se que tanto nessa última licitação como a licitação em discussão há previsão de exploração publicitária. Sendo que a Licitação em comento tem como fonte de remuneração principal a exploração publicitária. Desta forma, em algumas regiões da concessão, dois concessionários distintos dividiram a exploração de mobiliários urbanos. E este fato não foi considerado, se quer mencionado no Edital. Ou seja, as exigências do Edital não informam e não estabelecessem requisitos congruentes com a realidade local.

78. Nos moldes atuais, o objeto desta Licitação impõe uma concorrência demasiadamente danosa, uma vez que vai contrária ao melhor interesse do município do Recife e à viabilidade econômico-financeira da concessão por ele realizada. O maior prejudicado é a população recifense, que arcará com o ônus de eventual insucesso das concessões realizada pelo Município de Recife e pelo CTM em razão da concorrência instalada com a presente licitação.

79. O cenário é ainda mais grave, mas corrigível, para este certame. Uma vez que a principal receita da futura Concessionária será através da exploração publicitária, esta atividade será prejudicada uma vez que haverá a oferta de publicidade em outros mobiliários urbanos no Município de Recife, o qual representa 43% da população abrangida pela licitação em discussão.

80. Pelo exposto, em vista dos aspectos concorrenciais da omissão do Edital e a mudança de premissas deste Projeto, **não resta alternativa senão a realização de novos estudos, com a republicação do Edital adequado à nova realidade do mercado publicitário da região.**

e. Da deturpação do instituto da Sociedade de Propósito Específico

81. Novamente, em completa deturpação do racional previsto na legislação vigente, há uma tentativa de ludibriar os pressupostos da constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) com a exigência de interveniência-anuência de seus acionistas diretos.

82. A Cláusula 24.3 do Edital prevê que *“[n]a assinatura do CONTRATO, os acionistas diretos da SPE deverão figurar como intervenientes-anuentes, assumindo a responsabilidade solidária até a completa integralização do capital”.* No entanto, não existe justificativa legal e plausível para se estabelecer obrigação como esta. Tampouco é usual que editais de licitação apresentem esse tipo de exigência.

83. A presente redação apresenta uma lógica totalmente contrária às boas práticas da Administração, inclusive quanto ao seu dever de zelar pela eficiência do certame, conforme se demonstrará.

84. Ao imputar que os acionistas diretos da SPE figurem como intervenientesanuentes, o presente certame está desalinhado com a Lei Federal nº 6404/1976, que dispõe sobre a Sociedades Anônimas. De acordo com lei, a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

85. No caso em tela, adiciona-se um risco incompatível com as práticas usuais e as disposições legais, uma vez que a figura da Sociedade de Propósito Específico, constituída em sociedade por ações, busca mitigar o risco de responsabilização pessoal. A mitigação deste risco, justamente, é fator chave para a atração de parceiro privado em um ambiente de segurança e transparência.

86. Ora, se a criação de uma SPE tem como vantagem em relação ao consórcio de empresas de exigir um ente personalizado, contrariamente ao consórcio previsto na lei das S.A. e que também não fixa solidariedade entre os consorciados, não cabe qualquer via alternativa para a responsabilização solidária de seus acionistas.

87. Ao imputar a responsabilidade solidária dos acionistas diretos da SPE até o momento da integralização de capital, o **Edital ora impugnado está atribuindo um ônus excessivo, o qual terá reflexos negativos para a atração de licitantes e elaboração de proposta comercial**. Isso porque, neste momento, todos os riscos e obrigações estão sob análise das licitantes, que se baseiam na legislação aplicável a este tipo de sociedade.

88. Pelo exposto, **resta nítida a necessidade de reformulação do Edital impugnado, de modo a excluir a previsão de responsabilidade solidária dos acionistas diretos da SPE em razão da nítida violação da legislação aplicável e das boas práticas da Administração**.

f. Do descabimento de comprovar a capacidade técnica do terceiro contratado, caso seja efetuada nova subcontratação para execução dos serviços ali descritos.

89. De maneira igualmente absurda, o presente Edital prevê a necessidade de comprovação da capacidade técnica do terceiro contratado, caso seja efetuada nova subcontratação para execução dos serviços ali descritos – exigência, esta, que não deve se manter pelas seguintes razões.

90. Ao subcontratar, o fundamento desse instituto jurídico está na instituto jurídico, e tem fundamento prático na ideia de que por vezes essa atitude é vantajosa tanto para contratado quanto para a Administração contratante, quer porque o subcontratado pode ocasionalmente executar o contrato melhor que o próprio contratado, quer por motivo econômico, ou ainda por questões operacionais do contratado. Nesse sentido, ao tratar da subcontratação, a Lei Federal nº 8.666/1993 prevê:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.** (*Grifos nossos*).

91. Em igual sentido dispõe a Lei Federal nº 8.987/1995:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, **cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros**, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. (Vide ADC 57)

§ 2º **Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.** (*Grifos nossos*).

92. Vale dizer que a Concessionária faz a contratação de terceiros por sua conta e risco, cabendo a ela assumir quaisquer prejuízos decorrentes dos atos praticados por terceiros contratados perante a administração pública. É exatamente por manter a gestão do serviço e a responsabilidade em mãos da Concessionária que a lei não exige autorização do Poder Concedente para a subcontratação, é o que nos ensina DI PIETRO, já que não há qualquer vínculo contratual entre o subcontratado e o Poder Concedente.

93. Nesse sentido, o subcontratado é responsável apenas pela execução material da obra ou serviço, respondendo contratualmente pelas obrigações assumidas em contrato celebrado com a Concessionária.

94. Cumpre ressaltar, desse modo, que a gestão do contrato de concessão permanece em mãos da Concessionária, cabendo exigir apenas a ela, no momento da licitação, o atendimento à qualificação técnica para a execução do objeto licitado, nos termos do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.

95. Diante da inexistência de disposição legal que justifique a imposição de exigência de comprovação da capacidade técnica do subcontratado, é incabível manter tal disposição no Edital. Em verdade, caso mantida tal obrigação imputará obrigação excessivamente onerosa e incerta às Licitantes quanto à contratação de terceiros para subcontratação do objeto.

96. Pelo exposto, cumpre revisar o Edital para afastar quaisquer obrigações acerca da capacidade técnica de eventuais subcontratados, de modo a manter este certame alinhado com as boas práticas da Administração Pública e com a legislação aplicável.

IV. PEDIDO

97. Diante de todo o exposto, a impugnante utiliza-se da presente para requerer que:

- a) Seja conhecida a presente impugnação, para sua devida análise do mérito pela Comissão de Licitação;
- b) Sejam reconhecidas as patentes irregularidades apontadas na presente impugnação sobre o Edital de Licitação nº001/2022 – CTM, de modo que esse seja declarado nulo e haja a republicação do Edital com a correção de todas as irregularidades apresentadas.

"

2. ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

Primeiramente, registra-se que a referida Impugnação foi apresentada no prazo e na forma do Edital, devendo ser conhecida pela Comissão.

Preliminarmente, urge ressaltar que o referido edital, com as regras que foram objeto da presente impugnação, foi previamente analisado e aprovado pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, nos termos da Resolução 11/2013, conforme Ofício TCE/NEG/e-TCEPE nº 108496/2022, bem como recebeu o devido visto da Procuradoria-Geral do Estado, por meio do Parecer n. 323, de 23 de junho de 2022.

3. Item I, “a” e “b” – objetivo da licitação e dever de motivação como obrigação de prestígio à competição

Inicialmente, discorre a Impugnante nos subitens “a” e “b” do Item I, alegando genericamente a ausência de requisitos e informações necessárias ao processamento do certame e apresentação de propostas (detalhadas a seguir no item II, subitem “a”) e não atendimento ao dever de motivação.

A respeito da suposta ausência de informações necessárias à oferta de propostas, a Impugnante elenca no Item II, “a”, os aspectos que, a seu juízo, não estariam caracterizados no certame. Tal consideração é analisada no item 4, a seguir.

Com relação à alegação de abstenção do dever de motivação, o processo licitatório está motivado em sucessivos atos administrativos preparatórios à abertura do certame, que a seguir se enumera:

1. Os estudos foram desenvolvidos através de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, regido pelo Decreto n. 43.000/2016, sendo elaborados e apresentados à Comissão instituída para avaliá-los, dentre outros, estudos de *Value for Money* que apresenta os ganhos esperados com o referido projeto. Os estudos estão disponíveis no *dataroom* do projeto: <https://drive.expresso.pe.gov.br/s/TpOGtuBxq1nc2Ov>;
2. Após desenvolvidos os estudos e realizados todos os ajustes recomendados pela Comissão instituída para avaliá-los na forma do referido Decreto, a concessão foi qualificada pelo Conselho do Programa de Parcerias Estratégicas de Pernambuco - CPPPE através da Resolução n. 018, de 12 de março de 2021, mediante apresentação de Voto motivador da Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Habitação – SEDUH, órgão competente no âmbito do Estado pela política pública de transporte metropolitano de passageiros. Nesta ocasião, o CPPPE autorizou também a abertura de processo de diálogo público;
3. Foi realizado diálogo público, com consulta pública realizada entre 18 de maio de 2021 e 22 de junho de 2021, incluindo a realização de audiência pública no dia 10 e junho de 2021. O Relatório de Diálogo Público, com descrição, análise e resposta a todas as contribuições recebidas e devidamente motivadas estão disponíveis no endereço <https://drive.expresso.pe.gov.br/s/r7C90uRtLUz4jHX>;
4. Em sucedâneo ao processo de diálogo público, o processo foi novamente submetido a deliberação do CPPPE, que autorizou, por meio da Resolução n. 034, de 23 de agosto de 2021, o envio ao Tribunal de Contas do Estado, para atendimento à Resolução n. 11/2013 deste órgão de controle externo;
5. O prosseguimento da licitação foi autorizado pelo Tribunal de Contas do Estado e novamente submetido ao CPPPE que, através de motivação contida no Voto n. 002/2022 da SEPLAG, aprovou a abertura do certame por intermédio da Resolução n. 048, de 03 de março de 2022, tendo também a Câmara de Programação Financeira – CPF do Estado aprovado a continuidade do processo;
6. Em sequência à aprovação das referidas instâncias, o CTM elaborou expediente em que motiva a conveniência e oportunidade da contratação (Despacho n. 13, de 13 de junho de 2022, com emissão do Parecer da Coordenadoria Jurídica em 13 de junho de 2022), submetendo-a à Procuradoria-Geral do Estado, que aferiu a legalidade do processo através do Parecer n. 323, de 23 de junho de 2022.

Os atos acima relatados podem ser aferidos no processo licitatório autuado através do SEI n. 3000050690-000.000044/2022-06.

Observa-se, portanto, que não procede a alegação de ausência de motivação do referido processo, que contou com estudos de *Value for Money*, processo de diálogo público com análise e emissão de motivação para cada contribuição, emissão de pronunciamentos favorável de diversas instâncias (CPPPE, CPF, PGE e TCE), além de motivação de oportunidade e conveniência do Poder Concedente.

Por esses motivos, deve ser improvida a impugnação quanto a este item.

4. Item II, “a” – ELEMENTOS PARA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA

O Impugnante alega que inexistiriam no presente certame elementos que permitam definir de modo claro o seu objeto, o que comprometeria a formulação de propostas, apontando como evidências os seguintes itens: a) o edital seria silente em relação ao atual estado dos mobiliários urbanos, bem como apresentaria expressões de alto grau de subjetivismo; b) o Edital não deixaria claro qual a frequência de manutenção do mobiliário; e c) o Edital não especificaria qual seria o volume de chamados e a complexidade esperados para o suporte a *call center* para a população e a possibilidade de abertura de chamados.

Com relação ao item “a”, releva destacar, inicialmente, que o contrato a ser celebrado tem entre seus principais investimentos **a remoção e substituição de todos os abrigos e totens em pontos de parada relacionados no ANEXO IV**, conforme objetivamente estabelecido no subitem 5.1.2.1 do Edital:

5.1.2.1. A CONCESSIONÁRIA deverá, em até 72 (setenta e dois) meses da assinatura do CONTRATO de CONCESSÃO, remover e substituir todos os ABRIGOS e TOTENS em PONTOS DE EMBARQUE E DESEMBARQUE relacionados no ANEXO IV - RELAÇÃO DE LOCAIS PARA OS ABRIGOS E OS TOTENS,

atendendo ainda ao cronograma e às metas mínimas intermediárias de substituição constantes no CONTRATO de CONCESSÃO

Desta forma, todos os abrigos e totens que constituem objeto do futuro contrato – e cuja discriminação do estado atual a Impugnante demanda – serão necessariamente removidos e substituídos ao longo dos 72 meses iniciais do contrato, remanescendo, portanto, ao longo desse período, as obrigações do futuro concessionário relativas a sua manutenção, nos termos do Contrato.

Nesses termos, com o objetivo de fornecer informações suficientes a que os interessados possam precificar as suas obrigações, os estudos desenvolvidos e disponibilizados à sociedade desde, registre-se, **18 de maio de 2021**, descrevem a localização e a situação dos referidos equipamentos. Citemos, a título ilustrativo, segmentos das informações disponíveis aos licitantes quanto ao tema.

Primeiramente, nos estudos técnico-operacionais, descreve-se no subitem 4.7 (pág. 38) dos estudos disponíveis no dataroom (<https://drive.expresso.pe.gov.br/s/TpOGtuBxq1nc2Ov#pdfviewer>), a curva de implantação por tipo de abrigo e os dados gerais relacionados ao tipo de equipamento e respectivo estado de conservação (pág. 39).

Adicionalmente, na planilha relativa ao Modelo Econômico-Financeiro, disponível no endereço <https://drive.expresso.pe.gov.br/s/nkPcy1vRI5KbMAa>, foram disponibilizadas aos interessados informações sobre a situação classificada nos estudos para cada equipamento, destacando-se a aba “banco de dados”, que elenca, entre outras informações, bairro, logradouro, referência, coordenadas, tipologia atual e estado de conservação atual de cada equipamento.

De forma a ser ainda mais informativo e descritivo sobre a situação dos referidos equipamentos, o Poder Concedente disponibilizou aos licitantes ao longo do certame os arquivos “Relação de Locais para os Abrigos e Totens”, nos quais também se descreve, um a um, localização, tipologia e estado de conservação, além de mapa dos referidos equipamentos (disponíveis em <https://drive.expresso.pe.gov.br/s/IM3SZmcH9G6aL2f>), fornecendo vasta informação aos licitantes sobre o objeto licitado.

Mais do que isso. Além de as referidas listas descritivas dos equipamentos já terem sido disponibilizados no processo de diálogo público realizado **há mais de 1 ano**, o presente Edital teve seu Aviso de Licitação publicado em **29/06/2022, abrindo-se prazo até 13/09/2022 – ou seja, 76 dias** – para apresentação de propostas, período no qual, diga-se de passagem, o Poder Concedente estabeleceu regras para realização de visita técnica (item 13) e apresentação de pedidos de esclarecimentos (item 11), portanto, prazo mais do que suficiente para vistorias e apresentação de dúvidas objetivas sobre as condições dos equipamentos que são objeto da licitação.

Diante desse extenso prazo de publicização de informações e disponibilização de prazos para visitas e apresentação de dúvidas, não parece razoável a alegação vaga, sem qualquer dúvida concretamente apresentada, de que o Poder Concedente não ofertou informações suficientes aos licitantes relacionados aos status dos abrigos, que, repita-se, serão removidos no prazo previsto no contrato.

Além disso, o modelo econômico-financeiro estabeleceu custos relacionados à manutenção dos referidos equipamentos, não sendo apresentada qualquer dúvida ou crítica objetiva sobre tal estimativa de custos.

No que atine ao item “b”, a afirmativa contrasta com as regras objetivamente previstas no presente certame licitatório.

O Anexo II do Edital, intitulado Termo de Referência, estabelece no item 8 as diretrizes para a manutenção do objeto licitado.

Tal item traz descrição do objeto da manutenção preventiva e corretiva abrangida nas obrigações do futura concessionária e, conforme disposto no item 14.1.11, 14.2.21, 14.2.22, 14.2.23, 14.2.24, entre outros, do Termo de Referência, indica de forma clara: 1) a previsão de frequência de manutenções preventivas (subitem 8.2, Tabela 3) e 2) o prazo máximo de manutenção corretiva, além da previsão relacionada aos sistemas de manutenção necessários ao cumprimento de tais obrigações. O Contrato indica também de forma objetiva a responsabilidade de a futura concessionária observar aos prazos fixados no Anexo II, conforme seu subitem 5.1.4.

Vale destacar, ainda, que os custos previstos no Modelo Econômico-Financeiro refletiram as obrigações estabelecidas para manutenção preventiva e corretiva, bem como a implantação do sistema de manutenção do Termo de Referência, como se identifica nos Cadernos e Planilhas disponíveis, sem prejuízo de os futuros licitantes, naturalmente, realizarem suas próprias avaliações, considerando o caráter referencial das projeções de receitas e custos elaborados pelo Poder Concedente (subitem 10.3 do contrato).

Portanto, também neste ponto, a genérica alegação da Impugnante não reflete a clara previsão editalícia.

Finalmente, no que atenta ao volume de chamados e a complexidade esperados para o suporte a *call center* para a população e a possibilidade de abertura de chamados, o Termo de Referência também atribuiu à concessionária a responsabilidade, dentre outras, pelo subsistema de ordens de serviço, estabelecendo as diretrizes gerais para sua implantação (pág. 28 e seguintes do Anexo II).

Em contratos de concessão, não cabe ao Poder Concedente estabelecer obrigações relacionadas ao volume e à complexidade dos chamados atendidos – que configuram obrigações instrumentais, de meio, relacionadas à própria eficiência dos serviços prestados pelo concessionário – mas tão-somente os *indicadores de serviço* que devem ser atendidos e que estão especificados no já citado Anexo II.

Nesse sentido, o Anexo II estabelece a obrigação de a concessionária dispor de sistema de atendimento ao Usuário (pág. 28) e atender aos indicadores objetivamente estabelecidos para manutenção preventiva e corretiva (também já mencionados), cabendo à Concessionária gerenciar o volume e complexidade do referido subsistema, aspectos atinentes a sua eficiência administrativa.

De toda forma, a modelagem econômico-financeira previu custos para a implantação do sistema de manutenção e realização das manutenções preventivas e corretivas, disponíveis na planilha do modelo econômico-financeira e cujas premissas estão expostas nos estudos constantes do *dataroom*.

Também neste caso foi disponibilizado prazo suficiente para que os licitantes realizem suas próprias avaliações, considerando o caráter referencial das projeções de receitas e custos elaborados pelo Poder Concedente.

Portanto, verifica-se que também em relação ao item “c” a Impugnante não apresenta qualquer indicativo objetivo de afronta das minutas de edital, contrato e seus anexos à legislação vigente, ou de impropriedade das estimativas realizadas pelos estudos para atendimento das obrigações referidas (não obstante seu caráter referencial, conforme subitem 10.3 do Contrato).

Por esses fundamentos, deve ser improvida a Impugnação em relação à alegada ausência de elementos suficientes à apresentação das propostas.

4. ITEM II, “B” – REGULAMENTAÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DE CÂMERAS E OBSERVÂNCIA DA LGPD.

Inicialmente, a Impugnante revela preocupação com a realização de prévio debate com a sociedade civil relacionado ao projeto em questão, particularmente em relação à implantação de câmeras em parte dos equipamentos. De antemão, deve-se reiterar que o projeto foi objeto de amplo processo de consulta pública, com realização de audiência pública, tendo sido disponibilizado à sociedade os estudos e minutas, como exposto no item III, acima, desde 18 maio de 2021 e, como se destacará adiante, houve aperfeiçoamento das regras em decorrência de debates existentes na sociedade civil em relação às funcionalidades atinentes ao sistema de videomonitoramento.

No caso do presente projeto, no entanto, o referido sistema encontra-se adstrito à gestão do sistema de transporte público da RMR, uma vez que os pontos de embarque e desembarque de passageiros integram o serviço público de Transporte Público Coletivo de Passageiros da Região Metropolitana do Recife - STPP/RMR, cuja atribuições ao Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife – CTM foram estabelecidas na Lei Estadual nº 13.235/2007. De acordo com o item 8.1, II, do Protocolo de Intenções ratificado pela Lei Estadual n. 13.235, de 24 de maio de 2007:

8.1. Compete ao CTM:

(...)

II - **planejar, implantar, construir, gerenciar, manter e fiscalizar** a operação de terminais, **pontos de parada**, pátios de estacionamento e outros **equipamentos destinados ou associados à prestação dos serviços de transporte público coletivo de passageiros na RMR**;

Tal competência prontamente afasta o entendimento ora suscitado pela Impugnante que estaria o CTM, ao promover a instalação de *subsistema de monitoramento e segurança eletrônica - CFTV* – nos termos mencionados no Termo de Referência – em parte dos referidos pontos de embarque e desembarque, ultrapassando sua competência legal, quando se trata tais pontos de parada de equipamentos destinados aos serviços de transporte público coletivo de passageiro da RMR, **cabendo ao CTM, entre outras atribuições suas, gerenciá-los, mantê-los e fiscalizá-los, além de exercer sua atribuição de fiscalizar a própria prestação dos serviços das operadores de transporte em tais equipamentos.**

Através do presente processo de concessão, o referido ente metropolitano busca implantar modelo que amplie a eficiência no exercício dessas atribuições, sendo por este motivo plenamente compatível com tais premissas a previsão de implantação de videomonitoramento em parte desses equipamentos, preferencialmente, como previsto no subitem 14.2, “b”, do Termo de Referência, nos de maior demanda.

Com efeito, tal dispositivo apenas buscar contribuir com o objetivo institucional do próprio CTM, conforme Cláusula Sétima, 7.1, II da Lei Estadual nº 13.235/2007, que diz: “assegurar que os serviços de transporte público coletivo de passageiros na RMR sejam prestados de acordo com **parâmetros adequados de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas**”.

O videomonitoramento, assim, contribui para que o CTM possa, nos pontos de parada em que serão instalados (que nos termos do subitem 14.2, “b”, devem ser preferencialmente em pontos de maior demanda), exercer suas atribuições legais de gerenciar tais equipamentos e prestar melhores serviços ao usuário.

Registre-se que o STTP/RMR é um dos poucos sistemas geridos em caráter metropolitano no Brasil, exigindo do CTM atuação ativa na gestão de mais de 2 mil ônibus, 26 terminais integrados, 44 estações de BRT e mais de 6 mil pontos de embarque e desembarque. Exercer tamanha atribuição num sistema tão amplo requer a plena utilização dos mecanismos mais modernos de gestão dos referidos equipamentos.

Tanto é assim, que a frota de ônibus em operação possui sistema de monitoramento por meio de câmeras eletrônica desde a edição da Resolução n. 012, de 25 de julho de 2016, do Conselho Superior de Transporte Metropolitano – CSTM, órgão colegiado composto por órgãos públicos estaduais e municipais com competências relacionadas ao transporte público e diversos representantes da sociedade civil.

Adicionalmente, também os Terminais Integrados e as Estações de BRT tiveram recentemente sua gestão delegada a parceiro privado através de Concessão Administrativa celebrada em dezembro/2021, no âmbito da qual já se iniciou também a implantação de CCO com videomonitoramento das referidas instalações destinadas, repita-se, à prestação de serviço público de transporte coletivo – o processo licitatório do referido contrato encontra-se disponível no endereço https://www.parcerias.pe.gov.br/licitacao_ppps.html.

Nesse sentido, conforme bem afirma o próprio Termo de Referência do certame sobre os pontos de parada: “São equipamentos **articuladores da interface do transporte público com os usuários**, cumprem o papel de captação/distribuição dos usuários e estão localizados ao longo dos itinerários das linhas do Sistema, obedecendo um certo espaçamento. Esses locais devem oferecer condições que garantam conforto e segurança aos usuários, por meio de instalações adequadas e que permitam acessibilidade universal”.

Assim, logo se vê que os abrigos e totens não são “meros mobiliários instalados no tecido urbano” para, a despeito de qualquer informação ou utilidade que um mobiliário preste ao cidadão, ofertar espaço de exploração publicitária ao seu mantenedor contratado. Os abrigos e totens são parte integrante do serviço público de transporte de passageiros, nos termos da Lei, devendo o CTM oferecer ao usuários conforto e segurança, bem como fiscalizar os serviços que são prestados em tais equipamentos em aspectos tais como regularidade e acessibilidade. As funcionalidades mencionadas no Termo de

Referência para o Centro de Controle e Operações - CCO e seus subsistemas não se afastam, em nenhum instante, do objetivo e do diploma legal atrelado ao transporte de passageiros.

Portanto, distintamente de outras licitações que tratem de objetos diversos, no caso dos equipamentos associados ou destinados aos sistemas de transporte público coletivo é obrigação do órgão gestor gerenciar e fiscalizar os serviços prestados em tais equipamentos, sendo o videomonitoramento instrumento valioso para oferecer melhores condições de segurança e fiscalização dos serviços, além de amplamente disseminado nos sistemas de transportes de passageiros no Brasil e no mundo.

Feitos esses esclarecimentos, deve-se pontuar que o Edital adotou todas as cautelas cabíveis em relação a tais equipamentos.

Primeiro, a propósito do debate público sobre as funcionalidades, é oportuno lembrar que os estudos que fundamentaram o presente Edital, bem as minutas contratuais e anexos, passaram por processo de diálogo público, conforme já mencionado anteriormente, cujas contribuições e dúvidas da sociedade e de interessados em geral auxiliaram no aperfeiçoamento dos instrumentos. **Justamente em atenção a questões recentes envolvendo editais de mobiliário urbano, mesmo aqueles que não estão conectados a um serviço público, foi, por exemplo, retirada a funcionalidade “Face Detection” de quaisquer dispositivos de CFTV incluído no presente certame.** O relatório resumo da etapa supramencionada está disponível no portal de parcerias, através do link:

https://www.parcerias.pe.gov.br/dialogo_publico.html#paradas

Além disso, o uso de qualquer dado ocorrerá na estrita observação dos princípios da [LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018](#), conforme prevê o Termo de Referência, em linha com o próprio dispositivo mencionado pela Impugante: “realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”.

É nesse sentido que Termo de Referência vincula claramente o CCO ao STTP/RMR, sem nenhuma previsão de uso do sistema em questão para competência que vá além da gestão do STTP/RMR, nos termos já citados, estando claramente destinado à gestão dos pontos de embarque e desembarque associado ao sistema de transporte público. Cite-se o item 14 do Termo de Referência:

14.1 Centro de Controle e Operações – CCO

Deve ser implantado um sistema de gestão integrado, que irá realizar o **monitoramento eletrônico e gerenciamento dos pontos de embarque e desembarque**, bem como alimentar o sistema de informação ao usuário, sendo estas sintetizadas em um Centro de Controle e Operações- CCO.

O CCO terá como função monitorar os pontos de ônibus que possuem CFTV, receber as ordens de serviços de manutenção corretiva e preventiva e repassar para as equipes responsáveis por meio do sistema para que as intervenções sejam realizadas, além de alimentar o sistema de informação aos usuários de acordo com as orientações do Poder Concedente. Todas as filmagens e informações pertinentes devem estar disponíveis ao Poder Concedente.

Além disso, esse local também terá **a função de interagir com órgãos públicos, como a polícia, os bombeiros, os serviços de ambulância para atender a ocorrências de incidentes, bem como interagir e se comunicar com sistemas já implantados pelo poder concedente para que ocorra a troca de informações entre a CONCESSIONÁRIA e o poder concedente.**

A gestão de dados deve seguir as diretrizes dispostas na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que discorre sobre a proteção de dados pessoais.

Portanto, além de delimitar claramente a função do CCO à atividades de gestão dos pontos de embarque e desembarque no âmbito do STTP/RMR, estabelece de forma clara o Termo de Referência, no subitem 14.1, que **“a gestão de dados deve seguir as diretrizes dispostas na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que discorre sobre a proteção de dados pessoais”.**

Portanto, conclui-se que as regras pertinentes estão em plena sintonia com o disposto no art. 23 da LGPD e totalmente vinculadas às estritas competência do CTM, inclusive em linha com a gestão dos demais equipamentos do STTP/RMR (frotas de ônibus, estações de BRT e Terminais), devendo ser improvida a Impugnação em relação a este item.

5. ITEM II, “C” – EXPLORAÇÃO DE RECEITAS MARGINAIS

Questiona a Impugnante o regramento estabelecido no subitem 5.1.5 do Edital, referente a receitas acessórias ou complementares, cuja exploração depende de prévia aprovação do Poder Concedente.

Para a Impugnante, tal condicionamento comprometeria a viabilidade do projeto por estabelecer um procedimento formal de autorização para aferição de tais receitas pelo Poder Concedente, não encontrando respaldo no art. 11 da Lei Federal n. 8.987/1995.

Inicialmente, cabe esclarecer que o item 5.1.1 do Edital definiu de forma abrangente o direito já conferido à concessionária de auferir receitas com exploração publicitária, deixando claro, ainda, que todo tipo de receita publicitária definido no subitem 5.1.1 constitui a remuneração principal da concessão, não se enquadrando, por consequência, no conceito de receitas alternativas, acessórias ou complementares e estando, pois, livres de qualquer aprovação prévia do Poder Concedente.

Destaquem-se os referidos subitens:

5.1.1. Os serviços e atividades envolvidos na exploração publicitária compreendem a **concepção, desenvolvimento e implantação de serviços de propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, com definição de público-alvo, gerenciamento de processos relacionados à definição de circuitos de exposição, bem como elaboração de materiais publicitários e de informações institucionais, com conteúdo de interesse público, para distribuição nos equipamentos do MOBILIÁRIO URBANO.**

5.1.6. **Não se consideram receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados as receitas decorrentes da EXPLORAÇÃO PUBLICITÁRIA,** as quais constituem a remuneração principal da CONCESSIONÁRIA.

Portanto, o Edital não estabelece qualquer necessidade de aprovação prévia do Poder Concedente para exploração da remuneração principal da concessão, sendo estas as principais receitas, inclusive, consideradas para avaliação econômico-financeira da referida concessão nos estudos e modelagem disponíveis no dataroom.

Apenas com relação às receitas alternativas, acessórias ou complementares – repita-se, exclusive qualquer tipo de exploração publicitária definida no subitem 5.1.1 – o Edital define que o Concessionário poderá explorá-las, nos termos do subitem 5.1.5, mediante prévia autorização do Poder Concedente, desde que a exploração não comprometa os padrões de qualidade e demais pressupostos do serviço concedido.

Essa precaução do Poder Concedente em relação às receitas alternativas, acessórias ou complementares decorre da caracterização do objeto concedido como serviço público, integrante do Sistema de Transporte da Região Metropolitana do Recife – RMR. Como é de conhecimento público, os pontos de embarque e desembarque são equipamentos destinados ou associados à prestação dos serviços de transporte público coletivo de passageiros na RMR, de acordo o item 8.1, II, do Protocolo de Intenções ratificado a Lei Estadual n. 13.235, de 24 de maio de 2007, conforme amplamente exposto no item anterior dessa manifestação.

Assim, em relação ao objeto ora concedido, entende-se que o Poder Concedente deve ter o zelo de estabelecer que as atividades que venham a ser desenvolvidas não impactem negativamente a prestação do serviço público de transporte público. Respeitada essa premissa e essa precaução, o Edital permite que o Concessionária as desenvolva, cabendo-lhe apenas solicitar a aprovação do Poder Concedente.

Note-se, por fim, que tal regramento em nada conflita com o art. 11 da Lei n. 8987/1995, que estabelece que o Poder Concedente **podrá prever no edital a possibilidade de outras fontes alternativas**, remetendo, portanto, ao titular do serviço público a possibilidade de prever e, portanto, disciplinar a possibilidade de exploração de tais receitas, o que, por óbvio, faculta-lha fixar limites como o não comprometimento do serviço público concedido, objeto principal da concessão.

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes

provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Assim, tal regramento é também absolutamente comum em projetos de concessão, nos quais é prática usual o estabelecimento de receitas já autorizadas e outras que demandam aprovação prévia do Poder Concedente, sempre com o objetivo de resguardar o interesse público associado à concessão.

Podemos citar como exemplos de projetos em Pernambuco, nesses termos, já aprovados no TCE e vistos pela PGE, o Pregão n. 001/2022 EMPETUR, que teve por objeto a concessão do Centro de Convenções, e a Concorrência SEMAS n. 002/2022, cujo objeto é a concessão do Parque Dois Irmãos, ambos com regras para que a exploração de parte de receitas acessórias ou projetos associados dependem de anuência do Poder Concedente.

Assim, estando o subitem 5.1.5 compatível com a legislação, deve ser improvida sua impugnação.

6. ITEM II, “D” – INVIABILIDADE DO EDITAL EM RAZÃO DE ASPECTOS CONCORRENCIAIS NÃO PREVISTOS

A Impugnante alega que o presente certame não teria considerado a concorrência de novos mobiliários urbanos na cidade do Recife, cenário este alterado pela realização de licitação pelo Município do Recife para produção, instalação e exploração publicitária de relógios digitais em 108 pontos do Município. Diante disso, alega que deveria ser objeto de novo estudo a presente concessão.

Necessário distinguir, inicialmente, que **o objeto da presente licitação não se restringe ao Município do Recife, abrangendo, em fato, os 14 municípios que compõem a Região Metropolitana do Recife** e são atendidos pelo Sistema de Transporte Público Metropolitano do qual fazem parte os pontos de parada. A RMR tem uma população superior a 4 milhões de habitantes, ao passo que o Município do Recife tem população de aproximadamente 1,7 milhão de habitantes.

Observando-se o conjunto dos pontos de parada que compõem o presente certame e disponibilizados aos licitantes, verifica-se que os pontos de parada no Município do Recife **representam aproximadamente 32% do conjunto de equipamentos que compõem o objeto editalício**. Desta forma, o objeto do presente Edital contempla majoritariamente equipamentos ***nos demais municípios da RMR***.

Também distintamente de outros equipamentos de mobiliário urbano nos diferentes municípios da RMR, **o objeto da presente licitação alcança equipamento integrado a Sistema de Transporte Metropolitano**, dotado de características de **densidade** (milhares de usuários utilizando-se diariamente dos equipamentos) e **permeabilidade por diversos regiões e bairros que não são alcançados por outros tipos de mobiliários**. Observando-se a lista descritiva de todos os pontos de parada que são objeto dessa licitação se percebe claramente tais características, que distinguem o objeto da presente licitação de outros mobiliários urbanos.

Desta forma, o objeto da presente licitação tem características territoriais e da natureza do equipamento que lhe são próprios e entende-se que assim devem ser avaliados pelos potenciais licitantes.

Nos estudos de viabilidade que fundamentaram o presente Edital, foram adotadas premissas para avaliação econômico-financeira do projeto, de natureza meramente referencial (conforme subitem 10.3 do Contrato), que já assumiram que parte dos equipamentos não contemplariam exploração publicitária e, naqueles que poderiam contemplar, adotam ocupação com níveis de ociosidade compatíveis com um cenário competitivo.

Isso porque em momento algum se estabeleceu – e nem poderia a entidade metropolitana de transporte, o CTM, fazê-lo, em detrimento da competência municipal de gerir o espaço urbano – qualquer direito de exclusividade do futuro vencedor da licitação relacionado a mobiliários urbanos em geral, **mas tão-somente em relação aos equipamentos que são objeto do Edital**, os pontos de parada, assumindo-se sempre que o futuro concessionário atuaria num ambiente urbano em que as 14 municipalidades dispõem de distintos mobiliários sujeitos a eventual exploração publicitária ao longo de 20 anos de contrato.

Essas premissas podem ser verificadas na própria definição do objeto do Edital, o qual contempla, apenas, exclusividade na exploração publicitária e em receitas acessórias “**NOS PONTOS DE EMBARQUE E DESEMBARQUE RELACIONADOS NO ANEXO IV (RELAÇÃO DE LOCAIS PARA OS ABRIGOS E OS TOTENS) DESTE EDITAL**”.

Tais premissas do modelo jurídico e econômico-financeiro se refletem, no presente Edital, no estabelecimento de valores mínimos de outorgas fixas e outorga variável que, entende-se, não apresentam onerosidade significativa em comparação com outros projetos, sem prejuízo da liberdade de cada licitante ofertar sua proposta segundo suas próprias premissas, como é próprio de qualquer processo de concessão.

Por fim, vale destacar que, nos termos do subitem 10.3 do Edital, as premissas e projeções de receitas realizados se revestem de caráter referencial, sendo certo que, nos termos do subitem 16.1 do Contrato, os riscos inerentes à concessão, incluindo o de obtenção de receitas, são do Concessionário, ressalvados aqueles ali atribuídos expressamente ao Poder Concedente, podendo os licitantes avaliar segundo seus critérios o potencial econômico-financeiro do presente certame.

Nesse sentido, e respeitando o caráter metropolitano do serviço a ser prestado e as competências das municipalidades, o próprio subitem 10.3 do Edital e o Termo de Referência também estabelecem o caráter referencial dos elementos de projeto do Anexo VI, inclusive as áreas e formatos para exploração publicitária, podendo o concessionário desenvolvê-lo em respeito às legislações municipais aplicáveis.

Por todo o exposto, entende-se que não deve ser provida a impugnação no que pertence à alegada inviabilidade da presente concessão.

7. ITEM II, “E” - INSTITUTO DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Com relação a este item, apresenta a Impugnante irresignação com a regra do subitem 24.3 do Edital, que assim estabelece:

24.3. Na assinatura do CONTRATO, os acionistas diretos da SPE deverão figurar como intervenientes-anuentes, assumindo a responsabilidade solidária até a completa integralização do capital.

O questionamento se refere à alegada impropriedade de se prever a figuração dos acionistas como interveniente-anuentes da SPE, com responsabilidade solidária até a integralização do capital, o que seria incomum em editais e contrária ao espírito de mitigação de riscos pessoais na constituição de sociedades por ações.

Inicialmente, cabe destacar que a obrigação de constituição de SPEs em concessões, ao contrário das PPPs, não é obrigatória, embora seja comum e recomendável. Inexistindo obrigatoriedade de constituição de SPE, aliás, a responsabilidade do vencedor da licitação seria plena – caso licitante individual – e mesmo solidária, no caso de consórcio, nos termos do art. 33, inciso V, da Lei Federal n. 8.666/1993 e art. 238, inciso V, do Regulamento de Compras do Consórcio Grande Recife.

No presente certame, optou-se por estabelecer a necessidade de constituição de SPE que, como se sabe, destina-se à dissociação de parcela do patrimônio outorgado daqueles que a integram, o que permite a separação, de fato, dos ativos e dos riscos envolvidos no negócio, o que oferece maior segurança e transparência, assumindo relevância ainda de mais relevo, considerando o longo prazo de contratos de concessão. Cumpre esclarecer que a constituição de SPE é apontada como boa prática em licitações de maior vulto ou prazo de duração para dar, reforçamos, mais transparência à gestão do projeto..

O fundamento para sua exigência se encontra na própria Lei n. 8.987/1995, em cujo art. 23, II, estão previstas entre as condições essenciais do contrato as cláusulas alusivas “ao modo, forma e condições de prestação do serviço”, sendo certo que o Poder Concedente pode definir que a prestação de serviço seja efetivada pelo vencedor, ou vencedores do certame, mediante a constituição de sociedade de propósito específico.

Com relação à opção estabelecida em Edital de interveniência-anuência dos acionistas e responsabilidade solidária – limitada, observe-se, até a integralização do capital – em nada se afronta às regras próprias de

concessões e PPPs.

Reitere-se que cabe ao Poder Concedente, nos termos do art. 23, II, estabelecer no contrato as condições alusivas “ao modo, forma e condições de prestação do serviço”. A interveniência-anuência do acionista e correspondente responsabilidade solidária nas SPEs – até o momento de plena integralização do capital – guarda total sintonia com a responsabilidade dos contratados em processos licitatórios para prestação de serviços junto à Administração Pública, que devem responder pelas obrigações assumidas nos termos estabelecidos no Edital e respectivo contrato.

Na hipótese, considerando que a SPE é instrumento para execução dos serviços contratados pela empresa ou empresas consorciadas vencedora(s) em certame licitatório, nada mais natural que estas assumam plena e solidária responsabilidade pelas obrigações da SPE enquanto não efetivarem a integralização do capital exigido, quando se desincumbirão os acionistas dos aportes que lhe foram exigidos. Afinal, como já exposto, caso o Poder Concedente optasse por não estabelecer a obrigação de constituição da SPE, a responsabilidade do vencedor da licitação seria plena – caso licitante individual – e mesmo solidária, no caso de consórcio, nos termos do art. 33, inciso V, da Lei Federal n. 8.666/1993 e art. 238, inciso V, do Regulamento de Compras do Consórcio Grande Recife.

Quanto à alegação de que tal dispositivo seria estranho à praxe de licitações e contratos de PPPs e Concessões, tampouco subsiste tal afirmação.

Apenas para citar alguns exemplos em Pernambuco, na Concorrência Internacional CTM n. 001/2021, cujo objeto foi a PPP das Estações de BRT e Terminais Integrados, regra idêntica consta do subitem 23.3 do Edital; na Concorrência Internacional SAD n. 001/2022 para a PPP de Energia Fotovoltaica no Estado de Pernambuco foi estabelecida a mesma regra no subitem 23.3 do Edital. Vale registrar que ambos os editais, recentes, foram aprovados pelo TCE e vistos pela Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco.

Em face desses fundamentos, deve ser improvida a impugnação atinente ao disposto no subitem 24.3 do Edital.

8. ITEM II, “F” – DESCABIMENTO DA COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO DE TERCEIRO CONTRATADO

Com relação a este subitem, alega a Impugnante a ilegalidade de suposta exigência de atestação técnica de eventuais contratados. Parece aludir, assim, ao disposto na cláusula 22 da Minuta de Contrato.

Segundo a Impugnante, não haveria previsão legal para o estabelecimento de regras relativas à aptidão de eventual subcontratado.

Inicialmente, vale destacar que a cláusula citada permite ampla possibilidade de subcontratação no subitem 22.1, preservando também o subitem 22.6 a responsabilidade da futura concessionária por quaisquer responsabilidades atribuídas a eventual particular subcontratado nos termos do Edital.

Sem prejuízo dessa autorização, o Edital não descurou de prever que o Poder Concedente possa, a qualquer momento, solicitar que o Concessionário comprove que eventuais subcontratados detenham capacidade técnica para exercer as funções que lhe foram atribuídas pelo mesmo (subitem 22.5).

Tal previsão encontra explícito amparo legal no disposto no já citado art. 23, II, da Lei n. 8.987/1995, segundo a qual se deve estabelecer no contrato as condições alusivas “ao modo, forma e condições de prestação do serviço”. Ainda a referida Lei prevê em seu art. 18 a aplicação, no que couber, dos critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos.

Como se sabe, o CTM submete-se ao regime próprio de licitações da Lei das Estatais (Lei Federal n. 13.303/2016), em cujo art. 78 se prevê que a estatal poderá prever no certame limite relacionados à subcontratação (*caput*) e, até mesmo, atendimento a exigências de qualificações técnicas impostas ao vencedor (§1º). Essa mesma regra está prevista no art. 17 do Regulamento do CTM.

Portanto, a exigência do subitem 22.5 está em plena sintonia com a Lei das Estatais e o Regulamento de Compras do CTM, aplicáveis, no que couber, ao regime de concessões, estabelecendo-se no presente certame regra que permite ao Poder Concedente diligenciar pela aptidão técnica de eventuais subcontratados, considerando a caracterização do objeto como serviço público.

Por fim, ainda em relação a subcontratação, o Edital previu, ainda, em seu subitem 18.5.6.2 a possibilidade de o licitante demonstrar aptidão técnica através “entidade que tenha com a LICITANTE compromisso de contratação dos serviços OBJETO deste EDITAL”. Neste caso, o Edital adota opção **ampliativa da competição, facultando aos licitantes demonstrar sua aptidão técnica mediante celebração de compromisso de contratação de terceiro que venha a ser contratado seu**, podendo, sempre, o licitante optar por não se utilizar dessa prerrogativa, apresentando atestados técnicos de sua própria lavra.

Assim, em relação a esse subitem, a apresentação de atestado de terceiro subcontratado é uma opção que amplia as alternativas de demonstração de aptidão técnica dos futuros licitantes e já se encontra prevista em inúmeros editais de PPPs e Concessões, a exemplo da Concorrência Internacional CTM n. 001/2021, cujo objeto foi a PPP das Estações de BRT e Terminais Integrados e na Concorrência Internacional SAD n. 001/2022 para a PPP de Energia Fotovoltaica no Estado de Pernambuco.

Estando o referido subitem revestido de plena legalidade, deve ser julgada improcedente a impugnação ao subitem 22.5.

9. CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, julga-se que a Impugnação em questão deve ser conhecida e, no mérito, improvida.

Recife, data da última assinatura eletrônica.

Atenciosamente,

Kilma Gouveia dos Santos

Presidente da Comissão Especial de Licitação

SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO

Rua da Aurora, 1377, - Bairro Santo Amaro, Recife/PE - CEP 50040-090, Telefone: (81) 3181-3800