



DECISÃO

Natureza: Impugnação ao Edital

Processo: 202200053000134

Licitação: Pregão Eletrônico nº 45/2022-METROBUS

Impugnante: CS Brasil Transp. de Passageiros e Serv. Ambientais Ltda. ("CS Brasil")

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação ao Edital apresentada por CS Brasil Transporte de Passageiros e Serviços Ambientais Ltda. ("CS Brasil"), no Município de Mogi das Cruzes, Estado de São Paulo, à Av. Saraiva, no 400, sala 04, bairro Brás Cubas, CEP 08745-900, inscrita no CNPJ/ME sob no 10.965.693/0001-00, em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 45/2022-METROBUS, que tem como objeto prestação de serviços de locação de 114 (cento e quatorze) ônibus novos, articulados, 100% elétricos, e toda a infraestrutura necessária para operação dos mesmos, tais como carregadores e instalações civil e elétrica vinculadas à alimentação dos mesmos, pelo período de 16 (dezesesseis) anos, assim como manutenção integral dos veículos, dos carregadores e da infraestrutura de recarga e suporte, cuja Sessão licitatória está designada para 27/3/2023.

Em suas razões, alega, em síntese, que constatou itens em desconformidade com as leis e princípios que regem a licitação, e que restringem ilegalmente a competitividade do certame, devendo, portanto, ser corrigidos, sob pena de inviabilizar a realização do certame por manifesta ilegalidade.

II. DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

O Edital estabelece no item 4.1. que *"eventual impugnação ao Edital deverá ser protocolada até o 3º (terceiro) dia útil anterior à data da sessão pública, sob pena de decadência do direito de impugnar"*.

Como é sabido, a sessão pública do processo licitatório em questão será realizada no dia 27/03/2023 e as impugnações ao instrumento convocatório poderiam ter sido enviadas até o dia 22/03/2023 às 23:59:59.



Como se pode inferir das informações presentes no sistema ComprasNet.GO¹, a impugnação em análise foi protocolada no dia 22/03/23.

Assim, o pedido de impugnação ao edital é **tempestivo**.

III. DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

III.1- DA ALEGADA VIOLAÇÃO À ISONOMIA DAS LICITANTES: COMPROVAÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO

Argumenta a Impugnante que o item 11.3.IV do instrumento convocatório, ao dispor sobre a comprovação da qualificação econômico-financeira pelas licitantes, exige a comprovação de patrimônio líquido mínimo no valor de R\$ 57.000.000,00 (cinquenta e sete milhões de reais).

Contudo, o item 11.3.1 dispensa os licitantes que optarem por constituir Sociedade de Propósito Específico (SPE) de apresentarem a referida demonstração de patrimônio líquido, bem como da apresentação da demonstração relativa aos indícios contábeis exigidos no item 11.3.III.

Nesse cenário, tais disposições, segundo a empresa Impugnante, revelariam supostamente flagrante situação anti-isonômica, que não encontra respaldo na Constituição Federal, na Lei federal nº 13.303/2016 (Lei das Estatais, aplicável à Metrobus S.A.) nem na Lei nº 8.666/93.

Entrementes, tais alegações não merecem acolhida pois não há qualquer situação anti-isonômica, como se passa a expor.

De partida, esclarece-se que o instrumento convocatório em questão é resulta de republicação ocorrida após a realização de diversas recomendações do Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE-GO).

A Corte de Contas, na análise do instrumento convocatório originário, especificamente quanto aos critérios de habilitação econômico-financeira, manifestou na Nota Técnica nº 08/2022-SERV-EDITAIS (Processo 202200047000906) um potencial restritivo da cláusula 11.3.4.1 do então edital, que estipularam a exigência

¹ Disponível no site: https://www.comprasnet.go.gov.br/relatorios/pregao_impugnacao_certame.asp?txtOperacao=consultar&intNumeroLicitacao=53476



de patrimônio líquido no importe de 5% do preço estimado da Sociedade de Propósito Específico-SPE.

Segundo o TCE-GO, o valor correspondente a tal qualificação, R\$ 72,5 milhões de patrimônio líquido, também gera risco potencial de dificultar a possibilidade de constituição da SPE admitida pelo Edital.

Em mesmo sentido é o precedente proferido pelo Tribunal de Contas da União em caso semelhante:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.2. quanto ao mérito, considerá-la procedente;

9.3. determinar ao Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), com fundamento no art. 250, inciso II, do RITCU, que adote providências quanto aos itens abaixo, e informe a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, os encaminhamentos realizados:

(...)

9.3.1.1. **exigência, como critério de habilitação, de patrimônio líquido de 5% do valor estimado da contratação, sem a realização de estudo de mercado com vistas a verificar o seu potencial restritivo, em afronta ao disposto no inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/1993.** (TCU, Acórdão 1321/2020 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler)

Nesse cenário, em relação às Sociedades de Propósito Específico, o Tribunal de Contas do Estado de Goiás recomendou que “à atual administração da estatal para que busque novos parâmetros para que seja reavaliada a exigência de patrimônio líquido de 5%, de forma a favorecer a competitividade potencial do certame”

No fim, a Corte de Contas goiana concluiu:

Quanto ao tratamento diferenciado conferido à hipótese de participação Sociedade de Propósito Específico, **tem-se por justificado o abrandamento das exigências relativas aos índices econômicos, em favor da SPE.**

Dentro do quadro fático apresentado, as disposições pertinentes à qualificação econômico-financeiro das sociedades em geral e as sociedade de propósito específico estão parametrizadas nos entendimentos dos Tribunais de Contas do Estado de Goiás e da União.

Ademais, cumpre frisar as particularidades que distinguem as Sociedades de Propósito Específico das demais sociedades empresariais. Na primeira, a sua existência é vinculada à realização de um negócio em especial. Por outro lado, as



sociedades em geral são criadas para realizar negócios “ilimitados”. Sobre essa particularidade, Margherita Coelho Toledo afirma:

(...) a principal característica da SPE é a sua existência estar adstrita à realização de um negócio determinado, mantendo, por conseguinte, a **SPE interesses próprios e absolutamente destacados dos interesses de seus controladores**. Conceitua-se, pois, a SPE como uma sociedade empresária constituída única e exclusivamente para cumprir um negócio específico. Em outras palavras, o surgimento e o fim de uma SPE está adstrito a um projeto ou ação específico, cujo desenvolvimento está ligado à necessidade empresarial de suas controladoras” (TOLEDO, 2011).

Assim, enquanto as sociedades em geral carregam consigo um histórico de obrigações, entre os quais incluem-se as despesas de outros contratos e instrumentos congêneres celebrados, as Sociedades de Propósito Específico são criadas exclusivamente para um negócio específico que, exaurida, determina o fim do resultado útil da sociedade.

Em mesmo andar, é o entendimento da Revista Zênite:

(...) essa peculiaridade [da SPE ser responsável por todas as obrigações contratuais] é uma das principais vantagens da exigência de que uma SPE seja constituída, **uma vez que traz mais segurança ao negócio, evitando, por exemplo, que eventuais pendências fiscais decorrentes de outras atividades da licitante vencedora coloquem em risco a execução regular do contrato concessório**. (Comprovação de regularidade fiscal pelas Sociedade de Propósito Específico . Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 260, p. 948-951, out. 2015, seção Orientação Prática.)

Dessa forma, não se trata de tratamento anti-isonômico; pelo contrário, a diferença na qualificação econômica-financeira respalda o princípio da isonomia, visto que *“dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”* (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Inclusive, a possibilidade de participação de Sociedade de Propósito Específico no presente certame licitatório foi esclarecida na etapa do Edital do Chamamento Público PMI nº 001/2021-METROBUS/GOIASPARCERIAS (SEI nº 000031132753, Processo 202114304001745) para elaboração de estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira, operacional e jurídico institucional com vistas a eletrificação da frota de ônibus:

5. MINUTA DE EDITAL (ANEXO DO CADERNO 5 - JURÍDICO)

5.1. Apresentar justificativa para previsão na minuta do edital de participação de fundos de investimentos e previdência complementar, além de previsão de constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE)



Resposta: A possibilidade de participação de fundos de investimento e entidades fechada de previdência complementar foi prevista em atendimento aos princípios da eficiência e da obtenção de competitividade, previstos no art. 30 da Lei Federal nº 13.303/2016 e no art. 2º do RILC- Metrobus. A ampliação do universo de potenciais participantes no certame, especialmente mediante a formação de consórcio, mostra-se benéfica à seleção da proposta mais vantajosa. **Por sua vez, a previsão de formação de sociedade de propósito específico (SPE) para execução do contrato visou segregar os riscos do empreendimento, em benefício de sua financiabilidade e da transparência da gestão e fiscalização contratual, isolando os dos eventuais riscos decorrentes de outras atividades empresariais realizadas pela licitante vencedora.** Destacamos que ambas as previsões são comuns em licitações de empreendimentos de infraestrutura, especialmente quando intensivos em capital. (Grifos não originais)

Além disso, o item 17.5 do instrumento convocatório determina que aqueles que optarem – sendo, portanto, uma faculdade conferida, sem distinção, a todos os licitantes – por constituir uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) devem apresentar capital social mínimo subscrito e integralizado igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do Contrato:

17.5. O capital social mínimo subscrito e integralizado da SPE deverá ser igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor do CONTRATO, observando-se o seguinte cronograma para integralização de capital:

- I. **50% (cinquenta por cento)** do capital social subscrito deverão estar integralizados na data da assinatura do CONTRATO;
- II. **100% (cem por cento)** do capital social subscrito deverão estar integralizados até o início da FASE DE TRANSIÇÃO;

Ou seja, a integralização gradual, inclusive com 50% na assinatura do contrato, e integral quando do início da operação, eliminam por completo ou, quando menos, mitigam com eficiência o risco de insolvência/inanição financeira para a SPE executar o objeto do contrato.

Por fim, essa suposta diferenciação de tratamento quanto ao requisito de qualificação econômico-financeira entre as sociedades em geral e as Sociedades de Propósito Específico foi abordado pela renomada Revista Zênite²:

Dessa sorte, quem tem a obrigação de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação é a SPE, e não o licitante vencedor.

² Comprovação de regularidade fiscal pelas Sociedade de Propósito Específico. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 260, p. 948-951, out. 2015, seção Orientação Prática



Na regularidade fiscal, essa conclusão é ainda mais segura, uma vez que não é necessário enfrentar eventual polêmica sobre a desproporcionalidade de alguma condição de habilitação ou de qualificação – e, nesses casos, **o ideal é que o edital licitatório indique mais detalhes sobre as condições de habilitação e de qualificação que devem ser mantidas pela SPE, sendo cogitável atenuar, por exemplo, algum requisito de qualificação econômico- financeira.** (Grifo não original)

Ante o exposto, as regras previstas no instrumento convocatório em questão não configuram riscos para a viabilidade da licitação, e posterior contratação, bem como não viola o dever de igualdade entre os licitantes, mas sim resguarda o total cumprimento da legislação pátria.

III.2 - DO SUPOSTO COMPROMETIMENTO À COMPETITIVIDADE EM RAZÃO DOS REQUISITOS DE ATESTAÇÃO TÉCNICA

Aponta a Impugnante que o item 11.5.I, “b” do Edital do Pregão Eletrônico nº 45/2022, que prevê a qualificação técnica dos licitantes interessados, *“implica em flagrante e injustificável direcionamento do certame licitatório, vez que o dispositivo poderia garantir amplitude muito maior no que diz respeito à competição, sem perder de vista o racional por trás de tal exigência técnica”*

Isso porque, segundo aduz, *“a complexidade da manutenção desses motores não é caracterizada pelo fato de transportarem ou não passageiros, razão pela qual é plenamente admissível e justificável que a competição, nesse tema, seja mais ampla possível, admitindo a apresentação de atestados de capacidade técnica, nos termos do item 11.5.I, b, inclua qualquer veículo elétrico”*.

Novamente, as argumentações da empresa não merecem amparo.

De fato, no âmbito das contratações públicas admite-se a exigência de experiência anterior na execução de serviços similares, nos termos da Súmula 263 do TCU:

Súmula 263 TCU: a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e complexidade do objeto a ser executado.

No caso em análise, o processo licitatório visa à prestação de serviços de locação de 114 (cento e quatorze) **ônibus novos articulados**, 100% elétricos e toda a infraestrutura necessária para operação, assim como manutenção integral dos veículos, dos carregadores e da infraestrutura de recarga e suporte.



Sendo assim, o instrumento convocatório poderia ser tachado de restritivo e direcionado se, eventualmente, estabelecesse como requisito de qualificação técnica a realização de manutenção apenas e unicamente em apenas ônibus elétricos.

Não é, em absoluto, o que ocorreu no caso concreto, cujo item 11.5.I estabeleceu que a realização da manutenção deve ser realizada “*em **veículo de transporte de passageiros com motores de propulsão à eletricidade**”.*

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal nº 9.503/1997), no art. 96, inciso II, alínea “a”, estabelece a classificação dos veículos, sendo que entre a espécie de passageiros estão inclusos: bicicleta, ciclomotor, motoneta, motocicleta, triciclo, quadriciclo, automóvel, microônibus, **ônibus**, bonde, reboque ou semi-reboque e charrete.

De forma complementar, como exposto pela Impugnante, é sabido que no mercado ainda não existem muitos *players* que atuam na área do objeto do procedimento licitatório.

Por isso, com a atuação amparada na proteção ao princípio da competitividade do certame, além de não restringir os atestados técnicos exclusivamente ao serviço de manutenção aos ônibus articulados, foram adotadas outras duas medidas para que, dentro dos requisitos técnicos necessários para a execução do objeto, fosse oportunizada a ampla participação e concorrência entre as licitantes interessadas.

A **primeira medida** encontra-se no reduzido quantitativo exigido para que a empresa interessada tenha locado ou fornecido para preencher a qualificação técnica.

Como exposto pela empresa impugnante, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) possui súmula³ no sentido de que é possível a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em

³ **Súmula 24 – TCE-SP**

Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida**, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.



quantitativos razoáveis, assim considerados, como regra, 50% (cinquenta por cento) a 60% (sessenta por cento) da execução pretendida, vejamos:

No caso em análise, o procedimento licitatório tem como finalidade a locação de 114 (cento e quatorze) ônibus novos, articulados, 100% elétricos, ou seja, em atendimento a súmula do Tribunal de Contratos do Estado de São Paulo o Estado para o resguardo da competitividade a Metrobus deveria ter estabelecido como qualificação técnica que a empresa tivesse locado ou fornecido entre 57 (cinquenta e sete) a 68 (sessenta e oito) ônibus, representando respectivamente 50% a 60% do objeto que se presente locar, fato que não ocorreu.

Isso porque, o item 11.5, inciso I, alínea "a" do instrumento convocatório, ciente do contexto mercadológico que envolve a contratação em questão e em homenagem ao princípio da concorrência, estabelece que:

Item 11.5.

I. (...)

a) Locado ou fornecido, pelo menos:

i. 11 (onze) veículos de transporte de passageiros com motores de propulsão à eletricidade; ou

ii. 30 (trinta) veículos de transporte de passageiros à combustão

É de fácil conclusão que o **quantitativo exigido ficou aquém do estipulado na Súmula do TCE-SP** justamente como forma de privilegiar a maior participação dos players do mercado.

Inclusive, em casos análogos de contratação ou concessão que envolvem frota mista, de ônibus à combustão e elétricos, verifica-se um quantitativo muito maior do que exigido na presente licitação.

Cita-se como exemplo a Concorrência nº 11/2022, realizada pela Prefeitura Municipal de Campinas para concessão comum da prestação e exploração do serviço de Transporte Coletivo Público de Passageiros na Cidade de Campinas. No procedimento, conforme consta do Apêndice 07 em relação ao Lote Norte, foi previsto uma composição de 4 (quatro) tipos de veículos, sendo que em média, haverá um fornecimento de aproximadamente 334 ônibus, vejamos:

Tabela 7 – Frota Total por tipo de veículo e quantidades – Ano 1 a 5

Ano	1	2	3	4	5
Básico	233	203	172	142	111
Padron Elétrico	13	38	63	87	112
Artic. Diesel	43	43	43	43	43
Articulado 23m Diesel	57	57	57	57	57
Total	346	341	335	329	323

Fonte: Elaboração própria

Apêndice 07a - MODELAGEM ECONÔMICO-FINANCEIRA – LOTE NORTE
Edital da Concorrência nº 11/2022 - Prefeitura de Campinas

Como qualificação técnico-operacional (item 15 do Edital), para o Lote Norte, foi necessário que as empresas interessadas apresentassem atestado, em quantidades e prazos, de pelo menos nos seguintes quantitativos (item 15.1.1):

	LOTE NORTE
VEÍCULOS EM OPERAÇÃO SIMULTÂNEA NO PERÍODO DE 1 (UM) MÊS	150 (veículos) operacionais
VIAGENS REDONDAS (IDA E VOLTA) ANUAIS	313.092 viagens redondas (ida e volta) anuais

Edital da Concorrência nº 11/2022 - Prefeitura de Campinas

Portanto, pode-se extrair que o quantitativo exigido na licitação de Campinas é muito maior em porcentagem do que foi exigido na contratação realizada pela Metrobus.

A **segunda medida** adotada como forma de ampliar ainda mais a competitividade foi a participação de empresas consorciadas. Isso visto que, conforme recorda Carlos Ari Sundfeld⁴, a participação de pequenas e médias empresas em procedimentos licitatórios torna-se mais difícil, quanto maior seja o contrato.

⁴ Sundfeld, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. A Responsabilidade Solidária nos Consórcios e o Caso das Concessões, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>.



Dessa maneira, nas licitações de grandes contratos - como é o caso -, geralmente com a Administração Pública, as pequenas e médias empresas não teriam possibilidade de participar, o que restringiria o certame às grandes empresas, com suficiente porte. Possibilitando-se o consórcio haveria mais competitividade e eficiência licitatória.

Assim, não há qualquer violação à competitividade sustentada pela empresa impugnante, visto que os ônibus são um dos veículos com motores de propulsão à eletricidade que podem ser apresentados atestado de capacidade técnico-operacional.

III.3 - DA INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS NAS RECEITAS ORIUNDAS DA CONTRATAÇÃO

A Impugnante também se insurge contra a precificação de referência realizada pela Administração.

Alega, mais especificamente, que *“a atual previsão relativa à formação de preços – elaborada, por sua vez, com base no estudo de viabilidade realizado pelo Governo do Estado de Goiás, SEI 202200053000134 / pg. 1524 – parece não levar em consideração a imperiosa incidência de tributos naturais da atividade a ser desenvolvida pela futura contratada: PIS/COFINS, previstos nos arts. 195 e 239 da Constituição Federal”*. (g.n.)

E complementa que *“o estudo acostado às fls. 1524 do SEI 202200053000134 indica apenas a incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), sem qualquer menção ao PIS/COFINS”*.

Razão nenhuma, no entanto, lhe assiste.

A percepção de que a Administração não considerou a incidência de PIS/COFINS não passa de uma incompreensão da planilha de composição de custos que constitui o orçamento-base da licitação. Isto é, a ausência de sua indicação expressa e destacada dos demais custos que formam o preço de referência não significa, em absoluto, ter sido desconsiderada.

Se fosse como a Impugnante defende, outros custos indiretos e a própria bonificação perseguida (lucro), que inevitavelmente estão embutidos na conta, também estariam de fora dessa equação. E aí ter-se-ia um cenário de lucro zero ou prejuízo, o que à toda evidência não procede.



É bem verdade que a Lei das Estatais⁵ e o RILC⁶ da Metrobus prevêm a faculdade de a Administração (que poderá, se for caso, tornar sigiloso o valor estimativo e o orçamento-base) divulgar o preço estimativo (de referência) e a correspondente planilha de custos que lastreia a sua formação pela METROBUS.

Contudo, tal como sucede para a opção de divulgar ou impor sigiloso ao valor/planilha de custos para locações e serviços como o ora licitado, à **Administração também assiste a discricionariedade – caso a decisão seja por revelar essas informações – de dispor sobre o modo e o nível de detalhamento da decomposição dos custos unitários considerados na formação do preço referencial.**

A regra refere-se à necessidade de a Administração proceder à decomposição dos custos que incidem sobre a execução do objeto a ser contratado, o que ocorre com o preenchimento adequado da planilha de preços e custos unitários. O estabelecimento de parâmetros claros e objetivos de julgamento, que apresentem aos licitantes toda a composição do objeto, é rotina no regime da Lei nº 8.666/1993

⁵ Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o *caput* deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.

⁶ Art. 17 A estimativa do valor do objeto da contratação no caso de aquisições ou de contratação de serviços será realizada a partir dos seguintes critérios:

I – por meio da elaboração de planilha de custos e formação de preços pela própria METROBUS [...].

Art. 18 O valor estimado da contratação será sigiloso, facultando-se à METROBUS, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o valor estimado da contratação deixará de ser sigiloso e deverá constar do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada aos órgãos de controle externo e interno, devendo a METROBUS registrar em documento formal sua disponibilização a estes órgãos, sempre que solicitado.



(art. 7º, § 2º, inc. II) e no da Lei nº 13.303/2016 (art. 34). Tanto uma quanto a outra estabelecem a necessidade de decompor o objeto em itens unitários em uma planilha que espelhe a totalidade a partir de seus itens de insumos ou serviços.

O fato é que o mercado tem soluções que eventualmente não admitem, ou que tornam dispensável, a decomposição dos custos de execução sem que isso cause prejuízo ao julgamento adequado das propostas e ao acompanhamento correto das obrigações contratuais.

A doutrina também segue esse entendimento, tal como elucida Renato Geraldo Mendes⁷ ao explicar que:

A realização desse detalhamento é muito comum nas obras e nos serviços de engenharia nos quais são empregados muitos insumos. Sem esse detalhamento não será possível, nesse tipo de objeto, cumprir a próxima etapa do planejamento, a qual representa a definição do preço a ser pago. **Por outro lado, para os objetos cuja apuração do preço não se expressa na composição de insumos e materiais diversos, não é necessário realizar tal detalhamento**" (MENDES, 2019, grifamos.)

Perceba-se que, relativamente a obras e serviços de engenharia, a Administração possui uma diminuta margem de liberdade de atuação (discricionariedade) na demonstração analítica dos custos global e unitário do objeto licitado, sobretudo em relação às bonificações e despesas indiretas (BDI). Em relação a essas rubricas do orçamento-base, resta assentado, inicialmente de *lege ferenda* pelo TCU no Acórdão nº 2.622/2013-Plenário e posteriormente em LDOs, Decreto federal nº 7.983/12, Lei nº 13.303/16⁸ e por fim na Lei nº 14.133/21, que a Administração tem o dever de agir, de modo vinculado, e detalhar em planilha orçamentária específica, a título de referência, o máximo estipulado aos custos proporcionais de administração central, tributos (entre os quais PIS/COFINS), lucro, risco e garantias.

Vale enfatizar que o objeto do Pregão Eletrônico nº 45/2022, por sua vez, não se enquadra como serviço de engenharia e tampouco obra, pois consiste na locação/serviços de manutenção de ônibus movidos a eletricidade a infraestrutura necessária para operação (suporte/recarga). Logo, **remanesce para a Metrobus**

⁷ MENDES, Renato Geraldo. Nota extraída do Zênite Fácil. Lei nº 8.666/93, art. 7º, § 2º, inc. II, categoria Doutrina. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 25 abr. 2019.

⁸ Art. 69. § 2º Nos contratos decorrentes de licitações de obras ou serviços de engenharia em que tenha sido adotado o modo de disputa aberto, o contratado deverá reelaborar e apresentar à empresa pública ou à sociedade de economia mista e às suas respectivas subsidiárias, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor, para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo

largo espectro de atuação discricionária, considerando o encargo e a prática do mercado, para direcionar a viabilidade e o grau de detalhamento na planilha orçamentária dos custos que tenham maior impacto na precificação estimativa e na correlata proposta dos licitantes, como é o caso, na categoria dos custos indiretos, do ISSQN e do IPVA, indicados no Anexo - Memória de Cálculo_Valor_Projeto_V21_pisobaixo6+9M (SEI n. 202200053000134, evento nº 000036961931).

Ainda, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao indicar a necessidade de apresentação de planilha “sempre que possível”, parece já ter reconhecido que algumas circunstâncias não admitem a identificação de custos unitários incidentes na execução de determinados objetos⁹. Confira-se:

9.4.1. elaborar orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e de preços unitários quando do lançamento das licitações, a fim de balizar o julgamento das propostas com os preços vigentes no mercado e de possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa, de acordo com o art. 2º do Regulamento de Licitações da entidade, **somente dispensando-a, motivadamente, naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário tal detalhamento**; (TCU, Acórdão nº 1.750/2014, Plenário, grifamos.)

Portanto, a regra geral que impõe à Administração o dever de detalhar a composição dos serviços que contratará junto a particulares não pode ser vista de forma absoluta, mas conforme regras e preceitos que regulamentam o mercado. Então, se há serviços/soluções que são ofertados sem considerar os custos das unidades que compõem o serviço, essa obrigação não persistirá.

III.4 - DA INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Prosseguindo, a Impugnante sustenta que o item 22.1 do instrumento convocatório estabelece cláusula compromissória com previsão em sentido supostamente oposto ao previsto no art. 26 da Lei Complementar Estadual nº 144/2018, que institui a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem - CCMA do Estado de Goiás.

Argumenta que mencionada disposição merece impugnação por 2 fatores:

⁹ De acordo com a 2ª Câmara do TCU, “nos casos de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação para serviços complexos, compostos por itens diversos os processos deverão, sempre que possível, ser instruídos com a planilha de custos dos itens unitários, conforme previsto nos art. 7º, §§ 2º, inciso II e 9º ambos da Lei 8.666/93”. (TCU, Acórdão nº 690/2012, 2ª Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 15.02.2012)



1) a cláusula compromissória que indica a CCMA como foro arbitral está em frontal dissonância com o art. 26 da Lei Complementar Estadual nº 144/2018 (institui a CCMA) pois estabelece que compete a câmara indicar os árbitros;

2) o trecho final do item 22.1 do edital trata da renúncia expressa à jurisdição e à tutela do Poder Judiciário quanto a eventuais litígios oriundos da presente licitação. Sustenta o impugnante que tal renúncia não se aplica a eventuais medidas cautelares ou de urgência que se façam necessárias antes da instauração do procedimento arbitral.

Pois bem. O art. 27 da Lei Complementar nº 144/2018 dispõe que os contratos, convênios e demais instrumentos congêneres firmados pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da Administração Pública estadual conterão cláusula compromissória, segundo modelo-padrão disponibilizado pela Procuradoria-Geral do Estado:

Art. 27. Os contratos, convênios e demais instrumentos congêneres firmados pelas pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da Administração Pública estadual, conterão, preferencialmente, cláusula compromissória de submissão dos conflitos ao procedimento arbitral perante a Câmara de que trata esta Lei Complementar, caso em que deverá ser previsto no instrumento convocatório e no respectivo contrato administrativo ou ajuste de parceria, por escrito, em documento anexo ou redigida em negrito, com assinatura ou visto aposto especialmente para essa cláusula, **segundo modelo-padrão a ser disponibilizado pela Procuradoria-Geral do Estado.**

No exercício da atribuição que lhe foi conferida, a Procuradoria-Geral do Estado, por meio de **orientação referencial** do **Despacho nº 652/2018-GAB**, proferido no processo SEI 201800003011382, estabeleceu as cláusulas padrões que estão devidamente previstas no caso em análise, vejamos:

DO EDITAL	Despacho nº 652/2018-GAB (Processo nº 201800003011382)
21. DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO 21.1. As controvérsias eventualmente surgidas quanto à formalização, execução ou encerramento do ajuste decorrentes desta LICITAÇÃO serão submetidas à tentativa de conciliação ou mediação no âmbito da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), na forma da Lei nº 9.307/1996 e da Lei Complementar Estadual nº 144/2018.	DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO As controvérsias eventualmente surgidas quanto à formalização, execução ou encerramento do ajuste decorrentes desta licitação, chamamento público ou procedimento congênere, serão submetidas à tentativa de conciliação ou mediação no âmbito da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e da Lei Complementar

	Estadual nº 144, de 24 de julho de 2018.
<p>22. DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA</p> <p>22.1. Os conflitos que possam surgir relativamente ao ajuste decorrente desta LICITAÇÃO, acaso não puderem ser equacionados de forma amigável, serão, no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis, submetidos à arbitragem, na forma da Lei nº 9.307/1996 e da Lei Complementar Estadual nº 144/2018, elegendo-se desde já para o seu julgamento a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), outorgando a esta os poderes para indicar os árbitros e renunciando expressamente à jurisdição e tutela do Poder Judiciário para julgamento desses conflitos.</p>	<p>DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA</p> <p>Os conflitos que possam surgir relativamente ao ajuste decorrente desta licitação, chamamento público ou procedimento congênere, acaso não puderem ser equacionados de forma amigável, serão, no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis, submetidos à arbitragem, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e da Lei Complementar Estadual nº 144, de 24 de julho de 2018, elegendo-se desde já para o seu julgamento a CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CCMA), outorgando a esta os poderes para indicar os árbitros e renunciando expressamente à jurisdição e tutela do Poder Judiciário para julgamento desses conflitos, consoante instrumento em Anexo</p>

Portanto, a cláusula impugnada pela empresa encontra-se em conformidade com as orientações da Procuradoria-Geral do Estado e da legislação estadual.

É preciso, por óbvio, que a cláusula compromissória seja interpretada à luz da Lei Complementar Estadual nº 144/2018, em especial de seu art. 26, segundo o qual “*o procedimento arbitral, sendo parte ou não no litígio a administração pública estadual, terá como árbitros aqueles designados pelas partes segundo os mesmos critérios previstos no art. 13 e 14 desta Lei Complementar*”. Infere-se que as partes poderão escolher os árbitros dentro das balizas previstas nos arts. 13 e 14 da legislação estadual.

O art. 13 e 14 estabelecem a composição da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual, *in verbis*:

Art. 13. A CCMA será composta por Procuradores do Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa e por advogados regularmente inscritos na OAB-GO, os quais integrarão as listas abertas públicas para escolha das respectivas Comissões, sendo estas compostas sempre em número ímpar maior ou igual a 3 (três) integrantes, podendo ser assessorados por servidores efetivos, de acordo com a necessidade do serviço, mediante designação do Procurador-Geral do Estado.

(...)



Art. 14. A composição dos membros titulares e suplentes integrantes das listas abertas da CCMA dar-se-á por ato do Procurador-Geral do Estado com publicação no Diário Oficial do Estado.

Ora, a cláusula compromissória (item 22 do Edital), em complemento com item 2 do Anexo Único da Minuta do Contrato (Anexo XI do Edital), **reproduz(em) os artigos transcritos em linhas retro, reafirmando que a escolha é feita no âmbito da CCMA, mas com a participação das partes envolvidas**, vejamos:

2) A CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CCMA) será composta por Procuradores do Estado, Procuradores da Assembleia Legislativa e por advogados regularmente inscritos na OAB/GO, podendo funcionar em Comissões compostas sempre em número ímpar maior ou igual a 3 (três) integrantes (árbitros), cujo sorteio se dará na forma do art. 14 da Lei Complementar Estadual nº 114, de 24 de julho de 2018, sem prejuízo da aplicação das normas de seu Regimento Interno, onde cabível.

Dessa maneira, não há qualquer dissonância entre a cláusula compromissória que indica a CCMA como foro arbitral e a lei que rege a Câmara, notadamente no que tange à escolha do(s) árbitro(s).

No que diz respeito à segunda irresignação atinente à cláusula compromissória, no sentido de que a disposição na minuta contratual implica em renúncia de eventuais medidas cautelares ou de urgência que se façam necessárias antes da instauração procedimento arbitral, faz-se indispensável esclarecimento, novamente, à luz da interpretação da legislação estadual e federal sobre a matéria.

O art. 25 da Lei Complementar Estadual nº 114/2018 estipula que as regras da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 são utilizadas no âmbito de arbitragem do Estado de Goiás de forma complementar, no que couber.

Além disso, no Anexo único a minuta do contrato (pág. 127 do instrumento convocatório), restou estabelecido que será aplicado ao rito do processo arbitral as normas da Lei nº 9.307/1996, vejamos:

6. Aplicar-se-á ao processo arbitral o rito previsto nas normas de regência (incluso o seu Regimento Interno) da CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL (CCMA), na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, na Lei Complementar Estadual nº 144, de 24 de julho de 2018 e na Lei Estadual nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, constituindo a sentença título executivo vinculante entre as partes.

Por consequência, não resta dúvidas que as diretrizes estabelecidas na norma federal, no que couber, são aplicadas também no âmbito do processo arbitral goiano.

Amparado no quadro normativo acima exposto, percebe-se que a cláusula compromissória (item 22 do Edital) não vai em sentido contrário a legislação federal, especialmente em relação ao art. 22-A, que viabiliza acionar o Poder Judiciário para concessão de medida cautelar ou de urgência.

Isso porque, o que resta previsto na dita cláusula é que **após** a instauração da câmara arbitral, renuncia-se expressamente à jurisdição e tutela do Poder Judiciário para julgamento dos conflitos que não podem ser resolvidos de forma amigável. **Ou seja, antes de instituída a arbitragem não há vedação a empresa que submeta seu pleito cautelar ou de urgência ao judiciário, em consonância com o previsto na legislação federal.**

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado que a instauração da arbitragem goza de força vinculante e de caráter obrigatório:

Superior Tribunal de Justiça – Jurisprudência em teses (Edição nº 122¹⁰)

DA ARBITRAGEM

1) A convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral quanto na modalidade de cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, **goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal.** (grifos não originais)

Em vista do exposto, o item 22.1 do Edital está em devida concordância com o modelo apresentado pela Procuradoria-Geral do Estado (art. 27 da Lei Complementar Estadual nº 144/2018) e com a legislação estadual e federal.

III.5 - DA INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE PRAZOS MÁXIMOS DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO

Defende a Impugnante que a Minuta do Contrato contida no Edital do Pregão Eletrônico nº 045/2022 não indica os prazos máximos de prorrogação contratual, seja nas prorrogações contratuais ou nas prorrogações emergenciais.

Pondera que “o art. 160 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Metrobus prevê expressamente que os prazos de duração dos contratos, o que inclui as prorrogações, devem ser expressos pelo instrumento convocatório”, visto



que a Constituição Federal e especialmente a Lei Federal nº 8.666/93 “*entendem que à “Administração Pública é vedada a celebração de contrato por prazo indeterminado”*”.

Também nesse ponto não há qualquer sustentação jurídica para o inconformismo da Impugnante.

De partida, faz-se necessário esclarecer que o art. 160 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Metrobus está localizado no tópico sobre a duração dos contratos, ao passo que a prorrogação dos prazos contratuais possui amparo nos arts. 162 a 164 do Regulamento.

Ultrapassada essa primeira anotação, de fato é sabido que os contratos administrativos deverão ser celebrados com prazo de vigência fixado no instrumento convocatório, vedando-se, por essa razão, contrato por prazo indeterminado. A mesma disposição está presente no art. 71, parágrafo único, da Lei Federal nº 13.303/2016¹¹.

Logo, em total cumprimento aos dispositivos legais, o Edital e Minuta do Contrato estipulam no item 1.4¹² e na Cláusula 6, item 6.2¹³, respectivamente, o prazo determinado de 16 (dezesesseis) anos para a pretensa contratação.

Por outro lado, no que tange à prorrogação contratual cabe frisar que o edital estabeleceu no item 10.4, alínea “f” que o prazo de vigência de 16 (dezesesseis) anos **poderá ser prorrogado caso haja interesse das partes na forma estabelecida em Lei e no RILC-METROBUS**.

No mesmo sentido, o item 6.5. da Cláusula 6 da Minuta do Contrato (Anexo XI do Edital) determina que “os atos administrativos pertinentes à prorrogação deste CONTRATO” **deverão ser adequadamente motivados, inclusive quanto ao prazo, observada a legislação aplicável**”.

¹¹ Lei nº 13.303/2016 - Art. 71, Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

¹² **Edital** - 1.4. O VALOR UNITÁRIO MENSAL estimado a ser considerado para a elaboração da PROPOSTA é R\$ 74.820,59 (setenta e quatro mil, oitocentos e vinte reais e cinquenta e nove centavos), correspondente à prestação do serviço ao longo do prazo de vigência contratual de 192 (cento e noventa e dois) meses equivalentes a **16 (dezesesseis) anos**, ao valor global de R\$ 1.542.576.052,16 (um bilhão, quinhentos e quarenta e dois milhões, quinhentos e setenta e seis mil, cinquenta e dois reais e dezesseis centavos), de acordo com o cronograma de entrega previsto no Termo de Referência

¹³ **Edital - Anexo XI - Minuta do Contrato** - 6.2 O prazo de vigência do presente CONTRATO é de **16 (dezesesseis) anos**, contados a partir da DATA DE EFICÁCIA.



Percebe-se, sob a lógica jurídica, que a ausência de indicação *ex ante* de um prazo máximo no instrumento convocatório não induz, necessariamente, à conclusão de que se está diante de um contrato por prazo indeterminado.

Isso porque, com amparo no RILC-METROBUS, para que seja possível a prorrogação contratual devem ser preenchido diversos requisitos, sendo alguns deles: demonstração a vantajosidade na manutenção do ajuste, exista recurso orçamentário para atender a prorrogação e a contratada manifeste expressamente a sua anuência na prorrogação (art. 162).

De mais a mais, sublinha-se que nos contratos e projetos de longa duração, como o presente, para as partes é impossível estabelecer, *ex ante*, todas as obrigações que serão necessárias e adequada prestação dos serviços públicos durante a vigência contratual.

Nessa lógica, fica mais evidente, na medida em que se configuram como ajuste de longo prazo, sujeitos aos mais diversos tipos de riscos e incertezas em decorrência das próprias mudanças de fato que só o tempo revela.

No mais, há **evidente carga de discricionariedade** da Administração Pública na decisão de **prorrogar (ou não) o contrato, por quanto tempo prorrogá-lo** e, ainda, **sob que circunstâncias e condições**, dependendo em todo caso de anuência do contratado, já que a prorrogação do prazo é uma alteração contratual bilateral.

Em consonância com essa ordem de ideias, colhe-se, *mutatis mutandis*, do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5.991, que efetuou o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade da Lei Federal n.º 13.448/17:

11. No inc. I do parágrafo único do art. 175 da Constituição da República, prevê-se que a lei disporá sobre as condições para a prorrogação dos contratos de concessão. **No inc. XII do art. 23 da Lei n. 8.987/1995, dispõe-se que as condições para a prorrogação devem ser disciplinadas no contrato de concessão, configurando-se cláusula essencial, marcada pela discricionariedade da Administração Pública e na supremacia do interesse público.**

[...]

12. Este Supremo Tribunal reconhece inserir-se a prorrogação do prazo contratual no espaço de discricionariedade da Administração Pública. A ela cabe analisar e concluir sobre a oportunidade e a conveniência da prorrogação, observados os limites legais e sempre em consonância com os princípios e normas constitucionais: “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, QUE DETERMINOU A NÃO PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. VIOLAÇÃO

DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO CONFIGURADA. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da Administração Pública. 2. Sendo a relação jurídica travada entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública, não há que se falar em desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Segurança denegada” (MS n. 26.250, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 11.3.2010).

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DE RENOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. Ato do Tribunal de Contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação. Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação. A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração. Segurança denegada” (MS n. 24.785, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 3.2.2006).

Reconhecido é que prorrogação indefinida do contrato é burla às determinações legais e constitucionais quanto à licitação obrigatória para adoção do regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos.

13. Na Lei n. 13.448/2017 são estabelecidas diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria qualificados no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, nos termos da Lei n. 13.303/2016 para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal.

Isso posto, não persiste a alegação de que as disposições do instrumento convocatório e contratual ensejam ofensa ao princípio da segurança jurídica.

IV - DA DECISÃO

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, na condição de pregoeiro (item 4.2. e 4.5 do Edital), manifesto pelo conhecimento da impugnação, tendo em vista a sua tempestividade, para no mérito, **julga-las improcedentes.**

Assim, restam inalteradas as cláusulas do instrumento convocatório, mantendo-se também a data e horário da sessão pública inicialmente divulgados.

Goiânia, 24 de março de 2023

João Borges

Queiroz Júnior

JOÃO BORGES QUEIROZ JÚNIOR

Pregoeiro

Assinado de forma digital por

João Borges Queiroz Júnior

Dados: 2023.03.24 17:47:04

-03'00'