

ARTESP PUBLICA EDITAL DE LICITAÇÃO PARA CONCESSÃO DO TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS

Daniel Siqueira Borda

*Especialista em Processo Civil e em Direito Tributário
Mestrando em Direito do Estado pela USP
Advogado de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*

Em 13.01.2018, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP) publicou o Edital da Licitação Internacional 002/2016 que tem por objeto conceder a prestação dos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros. A concessão abrange os serviços regulares de transportes disciplinados pelo regulamento aprovado pelo Decreto Estadual nº 61.635/2015.

A seleção das Concessionárias se dará por licitação na modalidade de concorrência. Sairá vencedor o licitante que ofertar o maior valor pela outorga de um dos lotes previstos no Edital.

O objeto da licitação foi dividido em 5 lotes. Cada lote compreende uma área de operação na qual o serviço será prestado em regime de exclusividade: “Jundiaí e Campinas”, “Piracicaba”, “São José do Rio Preto e Ribeirão Preto”, “Bauru e Sorocaba” e “Baixada Santista e Vale do Paraíba”. O contrato terá duração de 15 anos, com possibilidade de prorrogação de seu prazo como medida para garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

O licitante vencedor também ficará obrigado a pagar outorga variável, cuja alíquota será de 1% para a área de Piracicaba; e de 2% nos lotes que compreendem a área de operação de Jundiaí e Campinas e da Baixada Santista e Vale do Paraíba. A alíquota será aplicada sobre a receita. Além disso, o Edital prevê o recolhimento mensal do chamado “ônus de fiscalização” de 2% sobre a receita tarifária básica.

Os licitantes poderão ser empresas nacionais e estrangeiras, podendo participar isoladamente ou em consórcio da concorrência. O consórcio poderá ser composto por instituições financeiras, fundos de investimentos e por entidades de previdência complementar. Não há obrigatoriedade de que o licitante vencedor constitua uma sociedade de propósito específico.

A sessão pública para abertura do certame e apresentação dos envelopes contendo a proposta comercial, garantia (Bid Bond), metodologia da

execução e descrição da fase de transição e documentação de habilitação ocorrerá no dia 15.03.2018. Conforme o item 6.1.1 do Edital, a Comissão Especial de Licitação receberá os pedidos de esclarecimentos sobre o Edital até 15 (quinze) dias antes da entrega das propostas.

Já a impugnação do Edital e seus anexos poderá ser apresentada até 5 (cinco) dias antes da data marcada para abertura dos envelopes, devendo ser julgada e respondida em até 3 (três) dias úteis. Embora o Edital não indique, a contagem do prazo para impugnação deve se dar em dias úteis, conforme estabelece o art. 41, §1º, da Lei 8.666/1993.

Esclarece-se que o Edital pode ser objeto de impugnação por qualquer cidadão, não havendo necessidade de que o impugnante participe da licitação. **Trata-se de momento crucial para que os cidadãos e as empresas interessadas no setor participem e controlem a licitação.**

Para além dos aspectos inerentes à seleção das Concessionárias e à garantia da ampla concorrência e lisura da licitação, os esclarecimentos e as impugnações poderão abranger temas diretamente relacionados à viabilidade da execução do contrato, evitando-se que as propostas apresentadas não possam ser cumpridas.

Nesse ponto, é preciso que se leve em consideração que o contrato divulgado pela ARTESP pressupõe um modelo que combina (i) o pagamento pela Concessionária de outorgas (fixas e variáveis) e ônus de fiscalização em valores elevados, (ii) necessidade de realização de investimentos; e (iii) por outro lado, um sistema rígido de manutenção da modicidade tarifária definido unilateralmente pelos critérios e valores selecionados pela própria ARTESP. Só por esse viés, a formulação de proposta viável já se revela uma tarefa desafiadora, eis que sobrar pouco espaço para as Concessionárias trabalharem com a tarifa e as receitas acessórias para recuperarem seus investimentos.

A isso, soma-se a atribuição integral à Concessionária de todos os riscos pela variação da demanda. O contrato permite a interpretação (que não é a mais adequada) de que, mesmo que a demanda seja afetada por outros modais implementados/autorizados pelo Estado ou pela falta de fiscalização do transporte clandestino, a Concessionária deverá arcar com os efeitos negativos decorrentes destes fatos¹.

¹ Eis os termos genéricos da cláusula 22.1, item I, da minuta do contrato: “Variações de receita decorrentes de alterações da demanda de passageiros em relação ao previsto pela CONCESSIONÁRIA”. Destaque-se também a cláusula 22.1, item XXXIII,

Verifica-se um certo afastamento da minuta do contrato em relação à realidade. É fato que os índices de passageiros de ônibus vêm diminuindo também em razão da oferta de novos modais concorrentes (direta ou indiretamente) ou da ausência de fiscalização efetiva da oferta de transporte, por vezes até por meio de aplicativos, feita por empresas que não possuem título habilitante para prestar o serviço público de transporte intermunicipal de passageiros².

Trata-se de riscos que não podem ser contingenciados pelas Concessionárias, mas que lhes serão integralmente imputados. Rigorosamente, não se mostra factível precificar os efeitos e prejuízos que, ao longo de 15 (quinze) anos, novos modais implementados pelo Estado ou serviços ofertados de modo clandestino e (ou) informal poderão eventualmente acarretar ao serviço licitado.

O tema foi suscitado nos questionamentos formulados por ocasião de consulta pública realizada pela ARTESP. No entanto, ao que se extrai da resposta³ da ARTESP e da minuta do contrato, a agência não deu tratamento específico a esse fator, o que poderá se tornar evento complicador para execução do contrato. Nessa hipótese, o Judiciário terá de intervir a fim de reequilibrar o contrato – o que gera efeitos colaterais perversos para todos aqueles ligados ao contrato (Poder Concedente, Agência Reguladora, Usuário e Concessionária).

A intervenção do Judiciário poderá ocorrer para que se declarem nulas as cláusulas que atribuam genericamente à Concessionária riscos impossíveis de serem minimamente controlados ou precificados por ela. Há fundamento para tanto no art. 37, XXI da CF e art. 65, II, “d” da Lei de 8.666/1993.

que atribui à Concessionária o risco pela: “Concorrência predatória por parte das linhas interestaduais com seções intermunicipais, meios clandestinos de transporte, transporte gratuito fornecido por municípios e particulares, bem como concorrência entre sistemas suburbanos e municipais, independente da fiscalização a ser exercida pela ARTESP”.

² Em recente artigo, MARÇAL JUSTEN FILHO defende: “Se a inovação invasora for configurada como uma atuação empresarial privada conflitante com o serviço público, configurar-se-ia uma ilicitude. Afinal, o particular apenas pode desenvolver a atividade de serviço público mediante um ato formal de delegação do ente estatal dele titular” (Serviços de interesse econômico geral no Brasil: os invasores. (In) O direito administrativo na atualidade, Malheiros, 2017, p. 800).

³ Eis um exemplo de resposta fornecida pela ARTESP: “Os dados e premissas constantes no Anexo X - Relatório Econômico-Financeiro são meramente referenciais. A licitante deve realizar suas próprias estimativas. O risco de demanda é exclusivo da Concessionária”.

Há outros aspectos do Edital e seus documentos que também podem ser discutidos e devem ser objeto de detido exame pelas licitantes e demais interessados no setor, a fim de evitar que alguém possa assumir, por 15 (quinze) anos, a execução de um negócio que se revele inviável. O procedimento licitatório iniciado pela ARTESP constituirá uma das principais oportunidades para que se evite que a longa concessão dos serviços regulares de transporte no Estado de São Paulo já nasça com os mesmos problemas verificados em diversas concessões pelo Brasil.

Informação bibliográfica do texto:

BORDA, Daniel Siqueira. ARTESP publica edital de licitação para concessão do transporte intermunicipal de passageiros. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 132, fevereiro de 2018, disponível em www.justen.com.br/informativo, acesso em [data].