
**À COMPANHIA CARIOCA DE PARCERIAS E INVESTIMENTOS – CCPAR E
À COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO –
CDURP**

Edital de Concorrência CO SMCG N° 01/2023

**ASSOCIAÇÃO DE MORADORES E DEFENSORES
DO JARDIM DE ALAH (“AMDJA”)**, entidade associativa sem fins lucrativos,
inscrita no CNPJ sob o n° 48.288.748/0001-68, sediada à Rua Paul Redfern, 56/501,
Ipanema, Rio de Janeiro/RJ, CEP 22.410-080, com endereço eletrônico
sosjardimdealah@gmail.com e telefone (21) 98796-8088, representada neste ato por
sua presidente e seus advogados, vem, tempestivamente, apresentar sua

IMPUGNAÇÃO

ao Edital de Concorrência CO SMCG N° 01/2023, publicado no Diário Oficial do
Município do Rio de Janeiro no dia 09 de março de 2023, referente à Concessão de
Uso e Gestão com Encargos de Revitalização, Operação e Manutenção da Área
Municipal conhecida como Jardim de Alah, conforme fatos e fundamentos a seguir
expostos.

1.

Da tempestividade

Conforme artigo 41, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação”. A data de cinco dias úteis também consta do capítulo 3.1 do Edital de Concorrência, publicado no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro de 09 de março de 2023.

Considerando que **a Sessão Pública de recebimento dos envelopes ocorrerá em 26 de abril de 2023**, conforme consta no capítulo 6.1 do Edital de Concorrência, e que haverá feriado nacional referente ao Dia de Tiradentes em 21 de abril de 2023, **o prazo para manifestação da parte interessada termina em 18 de abril de 2023**.

Diante disso, tendo ocorrido o protocolo presencial no dia 18 de abril de 2023, data de término do prazo, é tempestiva a manifestação.

2.

Da não observância do prazo legal de 45 dias para recebimento das propostas

O dia previamente estabelecido para o recebimento das propostas, previsto pelo Edital para ocorrer em 26 de abril de 2023, **não poderá permanecer como data limite para tanto**, haja vista a superveniência de errata ao edital de concorrência, publicada no Diário Oficial em 11/04/2023.

Como se sabe, a Lei nº 8.666/1993 estipula prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias entre a publicação e a data de recebimento das propostas, o que decorre do art. 21, § 2º, I, b:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço".

Ainda, o § 4º do artigo 21 dispõe sobre a necessidade de reabertura do prazo em caso de modificação do edital:

§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Dessa forma, considerando que as datas de 11/04/2023, da publicação, e de 26/04/2023, de recebimento das propostas, não observam o requisito temporal previsto na Lei de Licitações, bem como considerando que há vícios e nulidades no edital e seus anexos que importarão na sua modificação e na necessidade de nova publicação de errata, **é imperioso que haja sua suspensão**, a fim de que conste nova data para entrega das propostas, em cumprimento ao dispositivo legal.

.3.

**Da necessidade de recolhimento de IPTU pelo eventual concessionário –
dano ao erário decorrente da ausência de previsão no Edital**

Da leitura do Edital de Concorrência e seus anexos, não se localiza qualquer previsão referente à obrigação de pagamento de Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana – IPTU, a ser recolhido por eventual concessionário vencedor da licitação.

Contudo, a questão foi recentemente decidida pelo e. Supremo Tribunal Federal, que concluiu pela obrigatoriedade do pagamento pelo ente particular que exerça a posse sobre o bem público, em entendimento que também vem sendo estritamente replicado pelo e. Superior Tribunal de Justiça¹.

Em 2017, o STF julgou o **Recurso Extraordinário nº 601.720** sob o regime de **repercussão geral**, ocasião em que se firmou a **Tese nº 437**, que assim prescreve:

Tese nº 437:

"Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo".

(RE 601.720, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, DJe de 05/09/2017).

¹ STJ; AgRg-REsp 1.381.034; Segunda Turma; Rel. Min. Francisco Falcão; DJE 14/05/2019; STJ; REsp 1.089.827; Primeira Turma; Rel^a Min^a Regina Helena Costa; DJE 13/08/2018; e STJ; AgInt-AREsp 658.517; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 19/12/2019.

No voto do i. Min. Marco Aurélio, resta claro que **o fato gerador do IPTU não se restringe à propriedade do bem**, mas também decorre do exercício de seu domínio útil ou de sua posse:

“**A hipótese de incidência** do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU **não está limitada à propriedade do imóvel, incluindo o domínio útil e a posse do bem**. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, **alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título**”.

Nesse sentido, prossegue o eminente Ministro dispondo que **nem mesmo aos demais entes públicos se inexistência o pagamento do tributo**, sendo certo que são devidos por pessoas jurídicas de direito privado:

“Uma vez verificada atividade econômica, **nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público gozam da imunidade, o que dizer quanto às de direito privado**”.

Do contrário, isto é, na hipótese de ausência de cobrança do imposto, estar-se-ia, segundo o magistrado, perante situação de **vantagem indevida pelo particular**, que explora economicamente bem público, auferindo lucro e sem arcar com suas obrigações fiscais referentes ao imóvel:

“A situação apresentada mostra-se **mais grave**, uma vez haver **particular atuando livremente no desenvolvimento de atividade econômica e usufruindo de vantagem advinda da utilização de bem público**. (...)”

Mostra-se inequívoco ser o imóvel da União empregado, por particular, em atividade de fins exclusivamente privados e com intuito lucrativo. **Não há base a justificar o gozo de imunidade** nos termos assentados pelo Tribunal de origem. O ente público, ainda que não seja o responsável pela exploração direta da atividade econômica, ao ceder o imóvel ao particular, permite que o bem seja afetado a empreendimento privado”.

Ou seja, por força de acórdão do Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, com tese firmada de forma clara a partir de recente julgado, **é devido o pagamento de IPTU pelo ente particular vencedor da licitação de exploração do bem público.**

Ainda, a título de ilustração, cabe analisar que o Termo de Referência indica como “área bruta locável mínima do projeto” o espaço físico de **7.500 m²** (sete mil e quinhentos metros quadrados), ou seja, terreno de **dimensões gigantescas, na área mais nobre da cidade**, onde moradores e comerciantes nas adjacências pagam elevado montante por cada metro quadrado de que são proprietários.

Assim, é certo que a receita a ser auferida pelo Município a partir do IPTU da área não é quantia a ser negligenciada pela Administração Pública, a um pois o tributo é manifestamente legal, a dois porque o valor pago será economicamente significativo, e a três a fim de impedir o enriquecimento sem causa do eventual cessionário, com o conseqüente dano ao erário.

.4.

Da abrupta mudança quanto à outorga variável mensal – diminuição do valor e supressão da possibilidade de acréscimo

O capítulo 20.3.1 do Edital de Concorrência publicado em 09/03/2023 estipulou que: “O percentual de OUTORGA VARIÁVEL MENSAL a ser ofertado pelas LICITANTES deverá ser de **2,0% (dois por cento)** sobre a Receita Bruta”.

A indicação do valor de 2,0% gerou surpresa à AMDJA, e certamente aos licitantes e interessados, uma vez que apresenta **índice manifestamente inferior ao que previamente foi apontado por ocasião da Consulta Pública nº 02/2022.**

À época, o Edital disponibilizado indicou o índice de 3,0% (três por cento) sobre a receita bruta, o que por certo consiste em vultosa diferença em relação ao Edital de Concorrência publicado em 09/03/2023 e retificado em 11/04/2023.

Ainda, ao contrário do que previa o modelo de contrato disponibilizado à época da Consulta Pública, **a atual minuta não mais prevê a possibilidade de acréscimo do valor da outorga mensal variável em até 3% (três por cento),** que constava no item 20.2.4 e dispunha “**o percentual de outorga variável pode ser acrescido de até 3% (três por cento)**”.

Ou seja, previa-se a hipótese de **a outorga a ser paga à Administração Pública chegasse ao patamar de até 6% (seis por cento)** da receita bruta do concessionário, mas, inexplicavelmente, o item referente à possibilidade de acréscimo foi simplesmente suprimido quando da elaboração da minuta de contrato publicada no Diário Oficial.

A despeito da **alteração abrupta quanto ao valor**, também se faz surpreendente a ausência de qualquer fundamentação por parte do Município que pudesse ensejar as mudanças no Edital.

A situação se perfaz ainda mais temerosa considerando-se o **longo prazo de exploração** a ser conferido ao ente particular, de **trinta e cinco anos**, período em que o eventual concessionário arcará com outorga mínima mensal abaixo do que se esperava quando da apresentação da Consulta Pública.

Nesse sentido, assim como se viu na questão referente à obrigatoriedade de pagamento do IPTU, o presente Edital de Concorrência, caso mantido na forma atual, gerará cenário apto a providenciar o **enriquecimento ilícito do eventual concessionário**, ao passo que o Município será economicamente prejudicado, isto é, consumir-se-á verdadeiro **dano ao erário**.

Logo, haja vista a ausência de fundamentação pertinente e a grosseira mudança no valor mínimo previsto para a outorga mínima mensal, é certo que se está diante de patente nulidade no certame, que deverá ser sanada pelo Município a fim de que se prossiga com a licitação.

Diante disso, se requer a suspensão da licitação.

.5.

Vício material e modicidade no valor de outorga fixa

Pela leitura do Anexo III do Edital de Concorrência, que se refere ao Estudo Econômico de Referência, constante da errata publicada no Diário Oficial de 11/04/2023, se percebe **erro material grave**, que deve ser sanado previamente à realização da entrega das propostas.

Em suma, o capítulo 3 do Estudo Econômico de Referência indica como valor de outorga fixa o montante de **R\$ 2.053.614,30**, ao passo que, mais adiante no documento (capítulo 13), é apontado o montante de **R\$ 2.351.531,04**.

Diante disso, é certo que diferença de praticamente R\$ 300 mil é absolutamente relevante para o erário, de maneira que a inconsistência de valores existente no Estudo Econômico de Referência é vício capaz de não apenas **gerar alteração nos projetos econômicos a serem apresentados pelos licitantes**, mas causar **dano ao patrimônio público**.

Para além da injustificável inconsistência da quantia, também se depreende que, em se tratando de qualquer um dos dois valores, **se mostra irrisória a quantia que se pretende cobrar a título de outorga fixa**.

Da mesma maneira como se dá em relação à outorga variável mensal, a outorga fixa gera verdadeiro enriquecimento ilícito ao eventual concessionário vencedor, à medida em que causa dano ao erário, consubstanciando situação nefasta à Administração Pública.

Igualmente ao que se viu quanto à outorga variável, **o cenário de cobrança irrisória se potencializa pelo longo prazo de concessão**, de 35 anos (420 meses), como se pode concluir por rápida operação matemática de divisão do valor total pelo número de meses de duração da concessão:

$$\text{R\$ } 2.053.614,30 / 420 \text{ meses} = \text{R\$ } 4.889,55 \text{ mensais}$$

$$\text{R\$ } 2.351.531,04 / 420 \text{ meses} = \text{R\$ } 5.598,88 \text{ mensais}$$

Não deve restar dúvida que **o valor mensal de cerca de cinco mil reais para uma área mínima de 75 mil metros quadrados é absolutamente módico**.

Assim, é necessário que haja esclarecimento sobre a cobrança de montante tão diminuto, ao passo que, considerando que o saneamento do erro material poderá **gerar alteração nos projetos econômicos a serem apresentados pelos licitantes**, é indispensável que haja **nova publicação do edital** e seus anexos, sendo **novamente calculado prazo de pelo menos 45 dias para a data de recebimento das propostas, sob pena de nulidade**.

.6.

Inconsistência no cálculo do encargo de fiscalização

O capítulo 9.6 do Estudo Econômico de Referência, que diz respeito ao **Encargo de Fiscalização**, indica que o valor a ser cobrado do concessionário será **calculado na base de 2% sobre o valor da receita bruta auferida**.

Ocorre que, por óbvio, a receita bruta varia a cada mês, ao passo que **os valores a serem cobrados como taxa de fiscalização da Administração Pública não podem variar da mesma forma**, isto é, diminuindo em hipótese de redução da receita bruta do concessionário.

Em verdade, **havendo decrécimo da receita bruta, seria interessante que houvesse maior fiscalização pelo Poder Concedente**, haja vista que o risco de não haver integral cumprimento das obrigações do concessionário (devida manutenção do bem público, por exemplo) passa a aumentar.

Ou seja, **a situação ideal é justamente a oposta ao que aponta o Estudo Econômico de Referência**, uma vez que as grandezas referentes à receita bruta e a necessidade de fiscalização são **inversamente proporcionais**:

havendo maior receita, é menor o risco de ilegalidades e violações ao contrato administrativo, e, portanto, menor a necessidade de fiscalização, e vice-versa.

Dessa forma, cumpre ao Município adequar esse trecho do Estudo Econômico de Referência, adequando-se ao cenário real que se desenvolverá com eventual concessão.

.7.

Ausência de previsão sobre avaliações de desempenho

O Termo de Referência indica em seu item 6.1.7 que “o desempenho da CONCESSIONÁRIA será avaliado trimestralmente, e impactará em penalidade conforme metodologia acima”.

Nada obstante, para além dessa breve previsão no Termo, **não há qualquer indicação quanto aos procedimentos que serão adotados, estipulação de prazo à concessionária para adequação, possibilidade de apresentação de defesa, sanções cabíveis**, enfim, maiores esclarecimentos sobre as medidas de avaliação trimestral.

Assim, tais inconsistências devem igualmente ser sanadas, havendo nova publicação do edital de concorrência, haja vista que as alterações impactarão o projeto dos concessionários, sendo previsto novo prazo de 45 dias para o recebimento das propostas.

.8.

Condenação judicial do Município e Estado do Rio de Janeiro em se abster de promover qualquer alteração no Jardim de Alah até o deslinde da ação civil pública

Por força de acórdão de Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mantida por acórdão de Turma do Superior Tribunal de Justiça, se torna impossível a concessão do Jardim de Alah a qualquer ente particular antes do deslinde da Ação Civil Pública. Em verdade, restou vedada qualquer alteração no bem público, conforme histórico a seguir.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação Civil Pública (processo nº 0298264-41.2015.8.19.0001) contra o Município do Rio de Janeiro, o Estado do Rio de Janeiro, a Companhia RioTrilhos e a Concessionária Rio Barra, a fim de que os referidos réus se abstivessem de realizar demais intervenções no Jardim de Alah, bem como em outras praças públicas, além de repararem os danos decorrentes da deterioração desses espaços advindos a partir das obras de construção da Linha 4 do metrô da cidade.

Como pedido de tutela de urgência, julgado em sede de agravo de instrumento pela Terceira Câmara Cível Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (processo nº 0009635-73.2018.8.19.0000), **determinou-se aos réus a obrigação de fazer referente a:**

“POR TAIS FUNDAMENTOS, conheço e dou provimento ao recurso, para deferir o pedido de tutela de urgência, consistente na **imposição do dever solidário de não interromper/paralisar:** (i) o transplante de vegetação na aludida Praça, com os seus devidos cuidados; (ii) o **acautelamento/vigilância dos bens móveis e imóveis, notadamente os de valor histórico-cultural, que guarnecem a aludida Praça;** e (iii) a remoção dos entulhos e resíduos que possam inviabilizar as principais funções socioambientais (vg. fruição) da Praça em questão”.

O acórdão da 3ª Câmara Cível do TJRJ foi mantido por acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (agravo em recurso especial nº 1935930), de modo que **os efeitos da referida decisão persistem até os dias atuais**, ao passo que a ação civil pública se encontra em fase probatória, com a realização de perícia.

Considerando a condenação judicial, e haja vista a promoção de atos que visam à licitação do bem público, o **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** já apresentou **quatro promoções** nos autos da ação civil pública, em que informa ao Juízo sobre o “**IMINENTE ATENTADO AO BEM TOMBADO E LITIGIOSO**”.

Veja-se trecho das considerações do Ministério Público a respeito da concessão, retiradas *ipsis litteris* de sua manifestação naqueles autos, datada de **dezembro de 2022**:

“Como se observa das diretrizes acima, **o Município planeja MODIFICAR RADICALMENTE A CONFIGURAÇÃO DO BEM TOMBADO**, acrescentando diversos elementos construtivos à sua área que não integram, nem nunca integraram o bem tombado, como lojas, restaurantes, pavilhão para eventos e exposições, quiosques e estacionamentos.

Evidente que **tais modificações importam na realização de obras de enorme magnitude, DESCARACTERIZAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS ORIGINAIS DO BEM TOMBADO** e transferência da posse do bem para terceiros. Em outras palavras, **o Município segue agindo como se a presente ação civil pública e a decisão de antecipação de tutela mantida pelo STJ não existissem, pois nem se deu**

ao trabalho de comunicar a este juízo sobre as suas intenções e os atos que tem praticado para concretizá-las.

Mais do que isso. Como se sabe **QUALQUER ALTERAÇÃO OU DESCARACTERIZAÇÃO EM BENS TOMBADOS PRECISA SER SUBMETIDA PREVIAMENTE AOS ÓRGÃOS DE TUTELA** do patrimônio cultural e somente poderá ser aprovada caso não configure modificação ou perda do valor histórico cultural representado pelo bem tombado.

Aliás, **a violação anterior desta mesma norma, pelo mesmo réu, no mesmo bem tombado, constitui a causa de pedir da presente ação civil pública** e o fundamento fático para o acórdão que deferiu antecipação de tutela e instância superior, mantido pelo E. STJ em recente julgamento”.

Assim, a partir do que pretende o Município, estar-se-á diante de verdadeira **inovação ilegal no estado de fato de bem litigioso**, em **ofensa ao artigo 77, VI, do CPC**, como apontou o Parquet. Veja-se o teor do Código de Processo Civil acerca do dever das partes processuais:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, **são deveres das partes**, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...)

VI - **não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.**

Diante da possibilidade de descumprimento da decisão judicial em razão da realização do edital de licitação, o Juízo da ação civil pública já foi provocado pelo Ministério Público e pela própria AMDJA a se manifestar, tendo intimado as demais partes a apresentar suas considerações sobre o iminente atentado, em despacho proferido em 17/03/2023, que assim dispôs: “**se manifestem sobre o (des)cumprimento da tutela de urgência e consequente suspensão da licitação indicada**”.

Vale ressaltar que, em cumprimento ao referido despacho, a Prefeitura se manifestou de maneira meramente superficial, se limitando a apontar que a obrigação estaria cumprida.

No que diz respeito à sua resposta, o **Conselheiro Relator do processo do TCM** que analisa o edital de licitação entendeu que a explicação do Município se deu de **forma insuficiente** para elidir a dúvida quanto ao **impacto da decisão no projeto de concessão**, sendo necessária que haja **maior clareza sobre a inexistência de dano ao erário**, a fim de que forme convicção para seu julgamento. O despacho será devidamente analisado mais adiante nesta impugnação.

Logo, sendo certo que haverá nova decisão judicial a ser proferida na ACP, que disporá sobre a (in)existência de atentado ao bem litigioso, **é imperioso que, por cautela, o Município aguarde o provimento jurisdicional a respeito, devendo suspender o certame agendado para a data de 26/04/2023.**

Outrossim, até que se determine, em cognição exauriente por meio de sentença, o objeto da obrigação dos réus, aí incluso o Município –, **torna-se impossível a pretensa concessão, que envolve obras e alterações na característica e uso comum da praça**, sem que se saiba o que resultará das obrigações a serem determinadas pela referida demanda.

Tal cenário se mostraria como um desafio aos termos da decisão de tutela de urgência, bem como à ação civil pública como um todo.

Dessa forma, com a tutela judicial em questão **restou garantida pelo Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de se promover qualquer alteração no local até o deslinde da ação civil pública**. Tal situação poderia acarretar, ainda, **ato lesivo ao erário**, por induzir terceiros a investimento impossível, o que também serve de fundamento para o que ora se alega.

Não se pode permitir, portanto, que a proposta de concessão, que envolve um projeto de alteração de características, paisagismo, urbanismo, estacionamento, e que envolve construções e usos econômicos privados do praça Jardim de Alah, bem de uso comum do povo em apreço contrarie comando judicial, já ratificado por Corte Superior.

Deve, portanto, haver a **revogação** ou a **anulação** do procedimento licitatório, haja vista se tratar o presente de **vício insanável**.

.9.

Lei Orgânica do Município: vedação de concessão de parques e praças

Por serem considerados **patrimônio público inalienável**, parques, praças e áreas verdes **não podem ser submetidos ao regime de concessão**, tampouco a qualquer empreendimento público ou privado que altere suas características originais.

A **previsão expressa da vedação** se encontra no artigo 235, da **Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro**, que dispõe que:

Art. 235 - As áreas verdes, praças, parques, jardins e unidades de conservação são patrimônio público inalienável, **sendo proibida sua concessão ou cessão, bem como qualquer atividade ou empreendimento público ou privado que danifique ou altere suas características originais.**

Quanto à parte final do dispositivo, referente à condição de que a concessão “danifique ou altere suas características originais”, é certo que a modalidade de contrato administrativo em questão prevê em seu **Edital de Concorrência profundas alterações no parque**, conforme dispõe o capítulo sobre “Proposta Técnica”. Exemplo disso decorre da disposição acerca de:

19.3. A Proposta Técnica a ser apresentada por cada licitante para a **reconfiguração urbanística e revitalização** do Jardim de Alah no âmbito de sua

(iv) Plano de Negócios que apresente o **projeto de exploração comercial da concessão**, detalhando receitas, custos e despesas, tributos, investimentos e financiamentos, bem como projeção de resultados financeiros e indicadores de viabilidade do Projeto; e

Ainda na “Proposta Técnica”, prevê-se o cálculo de “Nota Técnica” para o cumprimento dos objetivos da concessão, a exemplo de:

E.3. Plano de Negócios que apresente o **projeto de exploração comercial da concessão**, detalhando receitas, custos e despesas, tributos, investimentos e financiamentos, nota máxima de XX (XXXXX) pontos;

A.11. Programas arquitetônicos que contemplem diferentes usos (**comércio ligado à natureza, esporte e lazer, serviços gastronômicos**, culturais e turísticos), nota máxima de XX (XXXXX) pontos.

Em suma, conforme consta expressamente escrito no Edital de Concorrência, **o projeto certamente dará causa a danos ou alteração às**

características originais do jardim histórico, se tratando de **violação flagrante** ao artigo 235, da Lei Orgânica do Município.

A prejudicialidade da ofensa à legislação se corrobora pelo **longuíssimo prazo** da pretensa concessão, – **35 anos iniciais** –, mais de uma geração, e quase 9 mandatos de governos futuros.

Dessa forma, é certo que subsiste **ilegalidade** que **inviabiliza o prosseguimento da proposta de concessão**, de modo que deve haver a **revogação** ou a **anulação** do procedimento licitatório, haja vista se tratar o presente de **vício insanável**.

.10.

Tombamento municipal do Jardim de Alah – Necessidade de aprovação das obras pelo Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro

Para além da violação expressa à Lei Orgânica do Município, vigora **há mais de vinte anos** o tombamento do parque histórico, por força do artigo 3º, do Decreto Municipal nº 20.300/2001, que dispôs que:

Art. 3º Ficam **tombados definitivamente**, nos termos do art. 4º da Lei nº 166, de 27 de maio de 1980, **os seguintes bens** localizados no bairro do Leblon - VI R.A.:

- Escadaria no final da Rua General Urquiza que dá acesso para a Rua Capitão César de Andrade;
- **Jardim de Alah**, inclusive as praças **Almirante Saldanha da Gama, Grécia e Poeta Gibrán**;
- Praça Atahualpa e as pontes sobre o canal da Avenida Visconde de Albuquerque.

Diante da leitura do art. 3º, fica evidente que se está diante de **tombamento definitivo**. Ainda, na forma do art. 5º do Decreto:

Art. 5 ° - Quaisquer obras ou intervenções a serem executadas nos referidos bens **devem ser previamente aprovadas** pelo Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro.

Ocorre que, até o momento, **não houve nenhuma diretriz apresentada pelo órgão municipal competente**, de maneira que fica igualmente prejudica a aprovação pela comissão de proposta que vise explorar economicamente o parque público.

A situação se vê ainda mais prejudicial uma vez que restam constatadas as previsões no Edital de Concorrência acerca das **alterações nas características originais do jardim histórico**, o que é igualmente vedado pelo Decreto, em seu artigo 7º:

Art. 7 ° - Os bens preservados não podem ser demolidos, **podendo sofrer pequenas intervenções** para adaptação ou reciclagem, **respeitando a volumetria básica, a linguagem estilística e os elementos construtivos originais**, sempre com orientação do órgão de tutela.

Ou seja, eventual aprovação de proposta far-se-ia outrossim em **violação à legislação**, neste caso ao Decreto Municipal nº 20.300/2001, eis que o Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro não deu parecer favorável ao projeto.

Em verdade, tampouco opinou contrariamente, uma vez que **sequer houve consulta ao órgão competente pela preservação do patrimônio**.

Assim, é possível (e, entende-se, provável) que a diretriz a ser dada pelo Conselho Municipal seja no sentido de que **nenhuma construção prevista no Edital é compatível com a manutenção das características originais do Jardim de Alah**.

Portanto, **previamente**, qualquer projeto urbanístico de conservação e recuperação do parque público deverá receber as diretrizes para o projeto de recuperação do Jardim.

Deve, portanto, haver a **revogação** ou a **anulação** do procedimento licitatório, haja vista se tratar o presente de **vício insanável**.

.11.

Tombamento da área do entorno do Jardim de Alah

Como se sabe, o Jardim de Alah se localiza às margens da Lagoa Rodrigo de Freitas, ao norte, e às praias de Ipanema e Leblon, ao sul.

No que diz respeito à Lagoa Rodrigo de Freitas, no **âmbito municipal**, por meio do **Instituto Rio Patrimônio da Humanidade – IRPH**, o Decreto Municipal nº 9.363/1990, complementado pelo Decreto Municipal nº 21.191/2002, definiu que “**fica tombado em caráter definitivo**, nos termos do artigo 1º da Lei nº 166, de 27 de maio de 1980, o espelho d’água da Lagoa Rodrigo de Freitas” (art. 1º), sendo “criada a área de proteção do entorno da Lagoa Rodrigo de Freitas” (art. 2º).

Ademais, ficou decretado pelo mesmo ato que “qualquer iniciativa que vise a alterar a estrutura viária na área de entorno da Lagoa Rodrigo de Freitas, deverá ser previamente aprovada pelo Conselho Municipal de Proteção do Patrimônio Cultural do Rio de Janeiro” (art. 7º).

Já no âmbito federal, o **Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan** decretou o tombamento do conjunto paisagístico da Lagoa Rodrigo de Freitas, por meio do processo 878-T-1973 e efetivamente

tombada em 2000, constando na Inscrição nº 121 do Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico da autarquia.

Já quanto às praias de Ipanema e do Leblon, na esfera estadual, por meio do **Instituto Estadual do Patrimônio Cultural – Inepac**, foi decretado em 1991 o tombamento do conjunto urbano-paisagístico nas praias do Leme, Copacabana, Ipanema e Leblon, o que se deu no bojo do processo administrativo nº E-18/000.030/91.

Assim, uma vez que o Jardim de Alah se encontra geograficamente adjacente à Lagoa Rodrigo de Freitas (cujo espelho d'água foi tombado no âmbito municipal e cujo conjunto paisagístico foi tombado pela autarquia federal competente), e às praias de Ipanema e do Leblon (cujo conjunto urbano-paisagístico foi tombado na esfera estadual,) **se faz indispensável que a licitação, ou melhor, o projeto urbanístico para que se faça uma licitação de uso da área seja precedida de diretrizes e pareceres do Instituto Rio Patrimônio da Humanidade – IRPH, do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan e do Instituto Estadual do Patrimônio Cultural – Inepac.**

Acrescente-se a isto, que a área do parque público do Jardim de Alah, pelo fato de estar entre os bens acima referido, encontra-se em área de amortecimento de proteção mundial, do título Rio Paisagem Cultural Mundial, o que impõe a oitiva prévia, e diretrizes do Conselho Gestor do Patrimônio Mundial/Iphan.

Contudo, a Prefeitura não promoveu consulta a nenhum desses dois órgãos, o que novamente se torna óbice ao devido prosseguimento do certame, o que deverá ser observado pelo Tribunal de Contas do Município.

Deve, portanto, haver a **revogação** ou a **anulação** do procedimento licitatório, haja vista se tratar o presente de **vício insanável**.

.12.

Do não cumprimento das diligências determinadas pelo TCM

Ainda, cabe destacar o não cumprimento de cinco das quatorze diligências determinadas no despacho monocrático proferido pelo Conselheiro Relator Nestor da Rocha nos autos do processo 040/100531/2023, cujo objeto consiste na análise do Edital de Concorrência em questão.

Em 10/03/2023, o Conselheiro Relator determinou a remessa dos autos em diligência para que a Secretaria Municipal de Coordenação Governamental (SCGM) atenda a todos os pontos relacionados na instrução da 7ª IGE e no parecer da douta Procuradoria Especial, uma vez que os elementos existentes são insuficientes para formação de convicção para julgamento. Foram elas quatorze diligências, sobre uma série de questões:

Diante disso, o Município apresentou documento em resposta às determinações do Conselheiro, nos quais busca esclarecer as diligências requeridas. Contudo, o Relator do processo em trâmite no Tribunal de Contas não entendeu que houve o devido cumprimento de cinco dessas diligências, tendo proferido novo despacho, nos seguintes termos:

DILIGÊNCIA 1 – Apresentar justificativas fundamentadas aptas a afastarem a incidência da norma inculpada no art. 21, § 4º, da Lei n.º 8.666/1993, ou, alternativamente, reabrir o prazo inicialmente concedido, nos termos do dispositivo legal citado;

DILIGÊNCIA 2 – Apresentar comprovação de que fez constar expressamente no edital de licitação os critérios de

atendimento ou desatendimento aos parâmetros dos quesitos a serem avaliados que possibilitem visualizar sua correspondência com cada nota a ser imputada à licitante, na forma como está prevista na planilha encaminhada intitulada “Jardim de Alah - Critérios de Avaliação”;

DILIGÊNCIA 3 – Apresentar comprovação de que realizou uniformização dos subitens 19.6, 19.7, 20.7 e 21.15 do Edital de Licitação, de modo que a nota técnica, após ser multiplicada por seu peso, seja limitada a 70% da nota final calculada no subitem 21.15;

DILIGÊNCIA 4 – Comprovar que alterou o tratamento referente à garantia de proposta para que ela seja exigida apenas na fase de habilitação, sugerindo, em acréscimo e a título de colaboração, que a Jurisdicionada tome como base, para o correto disciplinamento da garantia de proposta, os editais de concorrências CO SMTR N.º 01/2022 (concessão do sistema de bilhetagem digital) e concorrência CO SMTR N.º 01/2023 (concessão do sistema BRT);

DILIGÊNCIA 5 – Comprovar que corrigiu a menção equivocada à cláusula 13.5 na redação da cláusula 31.4 (ix) da minuta de contrato;

Para além disso, em atendimento à representação apresentada pela AMDJA, o Conselheiro Relator também determinou uma sexta diligência, referente ao **esclarecimento quanto à decisão liminar proferida nos autos da ação civil pública citada anteriormente, em que o Município figura como Réu.** Assim dispôs o despacho quanto a essa questão:

DILIGÊNCIA 6 – Esclarecer a Jurisdicionada se tem conhecimento da Ação Civil Pública nº 0298264-41.2015.8.19.0001. Tendo, ou não conhecimento, **esclarecer qual o impacto da liminar na Ação Civil Pública nº 0298264-41.2015.8.19.0001 diante do projeto apresentado no Edital?** Qual o percentual do projeto ficaria indisponível para o licitante utilizar, em razão da liminar? Qual o parecer da Procuradoria Geral do Município em relação a continuidade da

licitação, diante da comunicação de existência da liminar? Quais medidas estão sendo tomadas pela Procuradoria Geral do Município para garantir a disponibilidade do bem público, objeto da licitação? Quaisquer outros esclarecimentos que entender pertinentes, com objetivo de esclarecer o fato.

Ressalte-se as considerações apontadas, que concluem pela insuficiência da resposta municipal, sendo necessária resposta clara quanto ao impacto da decisão no projeto de concessão:

“No processo já consta resposta do Município para o despacho acima, sendo insuficiente para elidir dúvida que paira sobre o andamento do presente Edital. Necessitando, portanto, que a Jurisdicionada apresente de forma clara: o impacto da decisão judicial no projeto e a possível solução para o problema, buscando evitar prejuízo ao erário. Vale destacar, que a repercussão pode gerar prejuízos aos responsáveis pelo projeto. Sendo assim, uma vez que não existem elementos suficientes para formação de convicção para julgamento, torna-se necessário buscar informações da Jurisdicionada”.

Diante disso, a AMDJA ratifica todas as diligências propostas pelo ilustre Conselheiro, que se perfazem como absolutamente necessárias e tempestivas à observância da garantia da legalidade do certamente.

Ainda, tendo em vista que até a presente data não consta o cumprimento das diligências supramencionadas nos autos do processo e, no caso de não serem obedecidas até a data prevista para recebimento das propostas, 26/04/2023, é certo que o Edital não poderá ocorrer.

.13.

Conclusão

Em conclusão, considerando: (i) o impacto da decisão liminar transitada em julgado, proferida na ação civil pública nº 0298264-41.2015.8.19.0001, que condenou o Município a obrigações relativas ao jardim histórico, no projeto de concessão; (ii) a vedação da concessão de parques e praças à iniciativa privada pelo artigo 235 da Lei Orgânica do Município; (iii) o tombamento municipal definitivo do Jardim de Alah pelo Decreto Municipal nº 20.300/2001; (iv) o tombamento da área do entorno do Jardim de Alah; (v) a necessidade de cobrança de IPTU a ser pago pelo eventual concessionário; (vi) a alteração no valor da outorga mínima mensal sem fundamentação; (vii) o irrisório valor de outorga fixa, e o erro material quanto a seu montante; (viii) a inconsistência no cálculo do encargo de fiscalização; (ix) a ausência de previsão sobre avaliações de desempenho; e (x) o não cumprimento das diligências requeridas pelo Conselheiro Relator do processo do Tribunal de Contas do Município que analisa o edital; sem prejuízo de demais fatos supervenientes já apresentados pela AMDJA e por demais entes da sociedade civil; que materializam vícios, nulidades e ilegalidades, **devidamente comprovados nesta impugnação, e**

Considerando o que dispõem a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 14.133/2021, a respeito da necessidade de anulação e revogação de procedimentos licitatórios:

Lei nº 8.666/1993

“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

Art. 49. **A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado**, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros**, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

Lei nº 14.133/2021

“Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: (...)

II - **revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;**

III - **proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;** (...)

§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado”.

Entende-se pela necessidade de tomada das seguintes decisões pela autoridade competente:

a) Haja vista as diversas ilegalidades insanáveis, devidamente comprovadas pela AMDJA e por demais agentes da sociedade, **deverá a autoridade competente determinar a anulação do procedimento licitatório**, conforme expressamente previsto no art. 38, IX, e 49, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 71, II, da Lei nº 14.133/2021, o que **se requer**.

b) Ainda, **subsidiariamente**, por razões de interesse público decorrente de fatos supervenientes devidamente comprovados pela AMDJA e por demais agentes da sociedade, **deverá a autoridade competente determinar a revogação do procedimento licitatório**, conforme expressamente previsto no art.

38, IX, e 49, da Lei nº 8.666/1993, e no art. 71, II, e § 2º, da Lei nº 14.133/2021, o que **se requer**.

c) Sem qualquer prejuízo dos pedidos de anulação e revogação, considerando a publicação de errata do edital no dia 11/04/2023 e considerando a necessidade de alteração do projeto de concessão em razão dos vícios materiais, com a necessária nova publicação de outra errata, **se requer, subsidiariamente, a suspensão da data de 26/04/2023**, indicada como termo final para recebimento das propostas de licitação, que deverá ser postergada para data futura, a considerar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados a partir da errata do edital a ser publicada oportunamente, em versão que observe a legalidade e sane os diversos vícios existentes no processo licitatório, o que **se requer**.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 2023.

Karin Patricia Morton
Presidente da AMDJA

Leonardo Orsini de Castro Amarante
OAB/RJ nº 55.328

João Macedo Ferreira de Mello
OAB/RJ nº 239.863