

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10358
Ass: 
Mat. 263.161

se o artigo 375, do Regimento Interno desta Corte de Contas (Resolução TC nº. 261/2013):

Art. 375. A identificação da prescrição ainda na fase de instrução, quando inexistente as hipóteses de imputação de débito e a expedição de determinações ao gestor para o exato cumprimento da lei, **autoriza a extinção do processo, desde logo, por ausência de justa causa, mediante deliberação do colegiado.** [grifo nosso]

2.2 Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico [QA02]

O artigo 19, inciso XV, da Lei Estadual nº. 5.720/1998, facultaria à Administração, no caso de concessões precedidas de obra pública, exigir do licitante a apresentação do projeto básico na sua proposta de metodologia de execução. Todavia, no caso do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES não exigiu do licitante tal apresentação, de forma que deveria constar do Edital e seus anexos, os elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização de todas as obras.

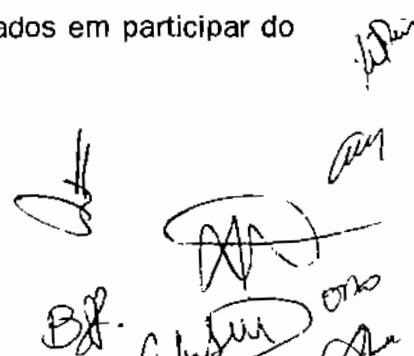
Portanto, **era obrigação da Administração atender o disposto no artigo 18, inciso XV, da Lei nº. 8.987/1995**, nos seguintes termos:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...]

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, **os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização**, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) [grifo nosso]

Logo, uma vez de posse de clara definição de quais são “os elementos do projeto básico” que permitem a plena caracterização das obras, bastará examinar os autos para verificar se existiam e estavam à disposição dos interessados em participar do certame.

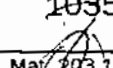


Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013

Fls. 10359

Ass: 

May 2013.161

Porém, como observa Leonardo Lobo Pires, “o conceito jurídico de elementos de projeto básico é um conceito jurídico indeterminado”⁴³. Assim, é indispensável preencher o conceito para responder a questão relevante, qual seja, nas palavras de Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira,

[...] quais são os tais “elementos de projeto básico” que serão adequados e bastantes para cumprir a função de definir os limites e estabelecer as condições de contratação sob parâmetros controláveis e que assegure ao Estado a realização do objeto na forma desejada, com tarifa módica e abrangência necessária, ao longo do tempo⁴⁴.

Para responder à questão, pode-se iniciar pelo próprio conceito de projeto básico, conforme exigido pela Lei nº. 8.666/1993, didaticamente apresentado pela Orientação Técnica IBR nº. 1/2006, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP, do seguinte modo:

Projeto Básico é o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma e demais elementos técnicos necessários e suficientes à precisa caracterização da obra a ser executada, atendendo às Normas Técnicas e à legislação vigente, elaborado com base em estudos anteriores que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento ambiental do empreendimento. Deve estabelecer com precisão, através de seus elementos constitutivos, todas as características, dimensões, especificações, e as quantidades de serviços e de materiais, custos e tempo necessários para execução da obra, de forma a evitar alterações e adequações durante a elaboração do projeto executivo e realização das obras⁴⁵.

Aliás, no caso de contratação ordinária de obras e serviços, a Lei nº. 8.666/1993, conforme artigo 7º, § 2º, exige que:

Art. 7º. [...]

§ 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

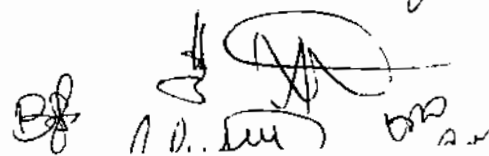
- I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

[...]

⁴³ PIRES, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia – Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 10.

⁴⁴ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 2-3.

⁴⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. **Orientação Técnica IBR nº. 001/2006**: Projeto Básico. 2006. Disponível em: <www.ibraop.org.br>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 2.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013

Fls. 10360

Ass: 

Mat. 203.161

Desse modo, o legislador, por meio do § 2º, transcrito, destaca que as obras e serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico e orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

Em se tratando, especificamente, de concessão de serviços públicos, há quem entenda que o legislador exige mais, como o promotor paulista Landolfo Andrade de Souza⁴⁶. Marçal Justen Filho⁴⁷, por seu turno, no caso de concessões de serviços públicos precedidas de obra pública, iguala as exigências às das contratações ordinárias, quando afirma que *"Aplicam-se, no que forem cabíveis, as regras da Lei 8.666 acerca do desenvolvimento da etapa interna da atividade licitatória. Deverão existir projeto básico, projeto executivo e orçamento detalhado. [...]"*⁴⁸.

Todavia, vale apresentar o artigo 124 da Lei nº. 8.666/1993, especialmente seu parágrafo único, assim redigido:

Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. (Redação dada pela Lei nº. 8.883, de 1994)

Parágrafo único. As exigências contidas nos incisos II a IV do § 2º do art. 7º serão dispensadas nas licitações para concessão de serviços com execução prévia de obras em que não foram previstos desembolso por parte da Administração Pública concedente. (Incluído pela Lei nº. 8.883, de 1994)

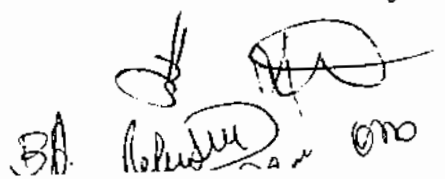
Observe que, antes mesmo da edição da Lei de Concessões, o legislador desonerou a Administração de algumas exigências, como explicam Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira⁴⁹.

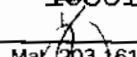
⁴⁶ SOUZA, Landolfo Andrade de. **Da obrigatoriedade do projeto básico nas concessões de serviços públicos**: interpretação do inciso XV, do artigo 18, da Lei 8.987/95, em conformidade com a Constituição Federal. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Licitacao/Doutrina_Licitacao/artigo%20-%20obrigatoriedade%20de%20projeto%20b%C3%A1sico_O.doc>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 9-11.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p. ISBN 85-7500-087-X. p. 206.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1147 p. ISBN 978-85-02-07616-7. p. 636.

⁴⁹ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do "projeto básico" na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 3.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle ExternoPROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10361
Ass: 
Maí 203.161

Por isso, quando aprovou a Lei nº. 8.987/1995, com opção pelo termo “elementos de projeto básico”, **o legislador quis exigir menos, em termos de projeto, do que exigiu para as contratações ordinárias** por meio da Lei nº. 8.666/1993. É, também, o entendimento de Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira, quando asseveram que “[...] este “elementos de projeto básico” resulta, em princípio, em uma flexibilização das exigências do disposto na Lei das Licitações”⁶⁰.

Deve-se destacar, contudo, que a exclusão da obrigação de elaborar orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos custos unitários das obras, não libera a Administração ante a obrigação de elaborar orçamentos, ele só não será obrigatoriamente tão detalhado. Bem assim, Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira entendem que

No entanto, será imprescindível que exista um orçamento, mesmo que sintético, que represente de forma mais confiável possível, a estimativa de custos resultante dos estudos realizados para fundamentar os parâmetros aceitáveis para se efetivar a contratação, através do comparativo com as propostas apresentadas na licitação⁶¹.

No mesmo sentido, Leonardo Lobo Pires, em monografia que debate especificamente o tema aqui discutido, explica:

[...] o objetivo do uso dos elementos de projeto básico em uma licitação de concessão. O objetivo é ser o instrumento de precificação do valor esperado dos investimentos a serem efetuados durante todo o período que vigorar o contrato. Esse valor é uma das variáveis utilizadas no uso do cálculo do preço-teto (tarifa máxima) a ser utilizadas no leilão [...] ⁶².

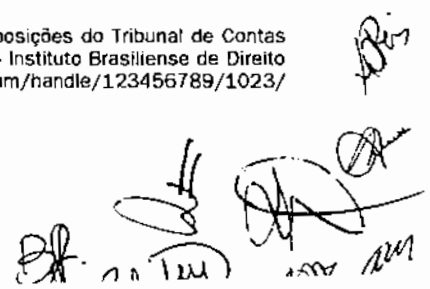
Debruçando-se sobre o conceito de “elementos de projeto básico”, o autor prossegue:

Assim, podemos começar a interpretação. Imediatamente delimita-se a zona de certeza negativa uma vez que não se trata de Projeto Básico, conforme

⁶⁰ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 5.

⁶¹ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 5.

⁶² PIRES, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia – Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 21.



tratado pelo art. 6º, IX da Lei 8.666/1993, **trata-se de algo mais simples e com objetivo bastante diverso**. O projeto básico tem por objetivo determinar o exato objeto do contrato. Não há necessidade, logicamente, de projeto básico em uma concessão uma vez que ele não vincula a concessionária a executar aquilo que está previsto no EVTE ao contrário do que acontece em uma obra pública onde a contratada deve entregar uma obra que definida no projeto básico. A utilização de projeto básico em concessão se apresentaria como exagero e feriria, por óbvio, os princípios da eficiência e da economicidade.

[...] **o detalhamento constante em um projeto básico é maior do que o requerido em uma concessão**, no entanto, se por algum motivo, observado no caso concreto, se desejar utilizar um detalhamento ainda maior, não há óbice.

No outro lado, a zona de certeza positiva também é delimitada, pois a norma trata da suficiência dos elementos do projeto básico quando assevera: elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização. [...] O significado é que **deverão ser utilizados elementos suficientes, e que sejam capazes de justificar, o investimento previsto no EVTE** [grifo nosso]⁵³.

No caso de concessões, o procedimento adequado, conforme Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira, é o seguinte:

[...] o Estado faz uma projeção dos cenários possíveis, em um sistema sob condições tecnologicamente e economicamente conhecidas, e sobre os quais define um "projeto básico" – aqui entendido como aquele grupo de conteúdos que o legislador definiu na Lei 8.987/05, como "*elementos que permitam a plena caracterização*" do objeto.

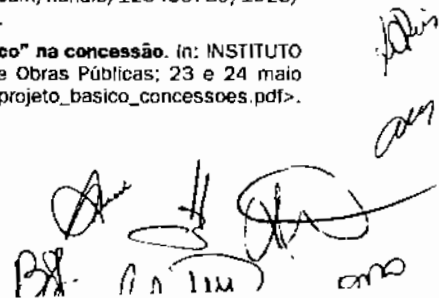
Sobre estes elementos, para fins de escolher a proposta mais vantajosa, estima custos, define estratégias e estabelece os resultados desejáveis dentro de um panorama de condições viáveis, ao longo do período do pacto, estabelecendo patamares de qualidade, modicidade de tarifas e desempenho técnico e de satisfação social.

Estes parâmetros servem para que o Poder Público afirme que, dentro do grau de conhecimento que tem sobre o tema, nas condições que exige que o prestador as realize, pelo valor que dimensionou, ele mesmo realizaria tais atividades, nas condições desejáveis. Sem isto, Concedente não tem como indicar que possui condições de conceber, projetar e, sobretudo, regular os serviços envolvidos, mas que apenas não os executará por que, ou tem dificuldades para alocar os recursos necessários nestes serviços, neste momento, ou que pretende utilizá-los em outras atividades em que seu uso será mais produtivo⁵⁴.

Quando a Administração se omite e não adota o procedimento apresentado, as consequências, segundo Marçal Justen Filho, são "*[...] dificuldades na elaboração das propostas e pode reduzir o universo dos licitantes. [...] a insegurança do*

⁵³ PIRES, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia – Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 22-23.

⁵⁴ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do "projeto básico" na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 7-8.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10363
Ass: 
Mat. 203.161

*particular se reflete na sua estimativa de preço. [...] A tarifa a ser cobrada dos usuários será elevada [...]*⁵⁵. No mesmo sentido, ensina Lucas Rocha Furtado⁵⁶.

Pelo exposto, conclui-se, com Leonardo Lobo Pires,

[...] os **elementos de projeto básico** são uma proposição dos investimentos a serem feitos pela concessionária de serviço público com fito de servir de **base para determinação do preço-teto da tarifa** de tal forma que podem ser **mais simples que um projeto básico, mas que deve ser capaz de mensurar o montante de recursos requeridos investimentos** [...] [grifo nosso]⁵⁷.

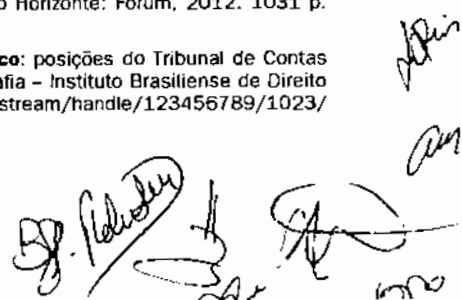
Com esse critério, pode-se afirmar que os elementos de projeto básico exigidos pela Lei nº. 8.987/1995, incluem:

- dimensionamento que contemple as demandas previstas para atendimento imediato e de médio prazo;
- a demonstração, em estudos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica do empreendimento;
- estudos que demonstrem que o empreendimento tem viabilidade socioeconômica, que o fluxo de caixa esteja baseado em despesas compatíveis com o porte dos investimentos ao longo da concessão e que as receitas são suficientes para recuperar os investimentos do particular, observada a modicidade da tarifa;
- compatibilidade na especificação dos materiais empregados, que possam garantir qualidade e durabilidade à obra, já que no futuro retornará à responsabilidade do poder público (com o eventual fim precoce do contrato ou ao final da concessão);
- previsão de adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, tanto a Administração quanto as proponentes deve investigar, previamente, sobre a viabilidade ambiental do empreendimento;
- desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer a visão global das obras e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- estabelecer o valor das obras, condizentes com os valores de mercado;
- os investimentos já efetuados devem ser conhecidos e demonstrados, visto o que diz o texto legal: "os estudos investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital" (art. 21), ou seja, tudo aquilo que foi investido pelo Poder Público e, ainda, não amortizado na tarifa, deverá ser ressarcido pelo futuro concessionário.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p. ISBN 85-7500-087-X. p. 214-215.

⁵⁶ FURTAO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1031 p. ISBN 978-85-7700-525-3. p. 484.

⁵⁷ PIRES, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia - Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 23.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013

Fls. 10364

Ass: 

Maç. 203.161

Isto deve ser especificado no edital e, seu impacto econômico-financeiro considerado na formação da tarifa⁵⁸.

Com interpretação semelhante, o Tribunal de Contas da União editou a Instrução Normativa nº. 46/2004, cujo artigo 3º, inciso I, foi assim redigido:

Art. 3º A fiscalização prévia e concomitante dos processos de outorga de concessão para exploração de rodovias federais será realizada em cinco estágios, mediante análise dos seguintes documentos:

I - primeiro estágio:

a) ato justificativo quanto à conveniência da outorga da concessão, em que esteja caracterizado o objeto, a área e o prazo, bem como informação quanto ao caráter de exclusividade da concessão, como estabelece o art. 5º c/c o art. 16 da Lei n.º 8.987, de 1995;

b) comprovante de que o objeto licitado foi incluído no plano de outorgas previsto no inciso III do art. 24 da Lei nº 10.233, de 2001;

c) estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, contendo, entre outras informações que o gestor do processo julgue necessárias, as seguintes:

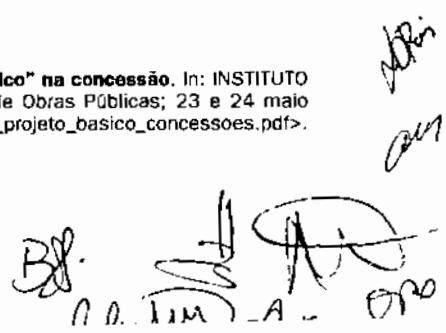
1. objeto, área e prazo da concessão;
2. quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas;
3. estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados;
4. estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação;
5. orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar;
6. custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais;
7. projeção das receitas operacionais da concessionária;
8. projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos;
9. eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados;
10. fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade;

d) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

e) Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborado pelo poder concedente ou por empresa contratada com essa finalidade, ou outro documento que se destine a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros;

f) relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, em que esteja indicada a existência de licenciamento ambiental para a execução das obras previstas, bem como a existência de passivo ambiental no trecho rodoviário a ser licitado e o agente responsável por sua recuperação;

⁵⁸ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. A dimensão do "projeto básico" na concessão. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: <http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf>. Acesso em: 17 set. 2013. p. 6.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10365
Ass: 
Mat. 203.161

g) exigências contratuais e legais impostas por organismos internacionais, quando participarem do financiamento do empreendimento;

Como dito anteriormente, definido o critério de comparação, resta examinar os autos para verificar se os elementos necessários existiam e estavam à disposição dos interessados em participar do certame.

Em exame dos autos, verifica-se que **não existem estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento que refitam as condições definidas pelo Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998**, do DER/ES. Existe apenas, conforme fls. 2229 a 2242 deste Processo TC 5591/2013, "Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060)", datado de março de 1997, com as condições que serviram de base para o lançamento do Edital de Concorrência SETR CN - 001/97.

Entre as significativas diferenças nas condições entre o referido estudo de viabilidade e o Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, além da própria desatualização decorrente do tempo, vale destacar as seguintes:

- i. Redução de 8% (*oito por cento*) para 3% (*três por cento*), sobre a receita tarifária, que deveriam ser pagos ao Estado a título de remuneração pelo direito de exploração do Sistema Rodovia do Sol, além da inclusão da carência de 5 (*cinco*) anos, antes inexistente;
- ii. Alteração do tratamento dado às receitas acessórias que passaram a reverter em favor do usuário, ao invés do pagamento de 15% (*quinze por cento*) ao Estado;
- iii. Acréscimo no valor da tarifa fixada para a praça de pedágio que seria instalada na Praia do Sol, de R\$ 2,50 (*dois reais e cinquenta centavos*) para R\$ 2,80 (*dois reais e oitenta centavos*);
- iv. Redução no valor da tarifa-teto para a praça de pedágio da Terceira Ponte de R\$ 1,00 (*um real*) [nos primeiros dezoito meses] e R\$ 1,10 (*um real e dez centavos*) [a partir do décimo oitavo mês] para R\$ 0,95 (*noventa e cinco centavos*);



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10366
Ass: 
Maç 203.161

- v. Redução no saldo da dívida com a Operação de Rodovias Ltda – ORL de R\$ 14.448.000,00 (*quatorze milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil reais*) para R\$ 11.500.000,00 (*onze milhões e quinhentos mil reais*);

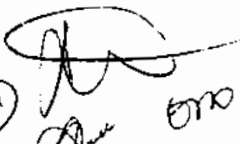
Com as alterações destacadas, entre tantas outras, era imperiosa a necessidade de atualização e adequação do referido estudo de viabilidade antes da publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998. Ainda assim, é útil prosseguir na análise do referido estudo e das informações que o embasam.

É necessária, como se vê no critério estabelecido acima, a quantificação e localização das praças de pedágio, com as devidas justificativas. Obviamente não é necessário justificar a escolha da praça de pedágio na Terceira Ponte, mas **a quantidade de praças e a escolha da localização da praça de pedágio na Praia do Sol deveriam ter sido justificadas, mas tais justificativas não foram encontradas.**

Também são exigidos, conforme critério adotado, estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para os trechos em licitação e estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados. No estudo de viabilidade de março de 1997, fls. 2235 do Processo TC 5591/2013, **foram adotadas taxas de crescimento anual de tráfego, efeito qualidade após a conclusão de obras importantes, bem como taxas de fuga. Porém, não foram encontradas justificativas embasando tais opções.**

É exigido, conforme debatido anteriormente, orçamento, com data de referência, das obras previstas a serem realizadas no decorrer da concessão. As obras de ampliação e recuperação, conforme Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, são as seguintes:

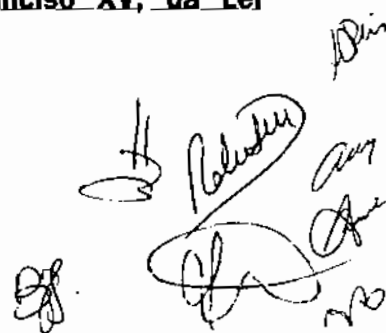
- i. Duplicação da ES-060 – Trecho Rodovia Darly Santos – Setiba:
- a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 869 a 879 do Processo TC 3224/1997, data-base Julho/1996;

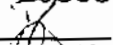
Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10367
Ass: 
Mar. 203.161

- ii. Duplicação da ES-060 - Trecho Graçaí - Meaípe:
 - a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 869 a 879 do Processo TC 3224/1997, data-base Julho/1996;
- iii. Duplicação da Ponte sobre o Rio Jucu:
 - a. Não foi apresentado orçamento e aquilo que pretendia ser uma planilha de quantidades, conforme fls. 188 do Anexo III, Volume II, Tomo I, do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, traz apenas a informação da extensão da ponte, sem nenhuma indicação quanto à quantidade e preço de materiais e serviços que seriam úteis na elaboração de seu orçamento; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;**
- iv. Implantação do Complexo da Praça de Pedágio na Rodovia do Sol:
 - a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
 - b. Não foram apresentados orçamento ou planilha de quantidades com indicação de materiais e serviços que seriam úteis na elaboração de seu orçamento; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;**
- v. Contorno de Guarapari - Trecho Setiba - Praia de Graçaí (1ª e 2ª etapas):
 - a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 863 a 868 do Processo TC 3224/1997;
- vi. Interligação da Avenida Carlos Lindenberg com a Terceira Ponte:
 - a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
 - b. Não foi apresentado orçamento, apenas planilha de quantidades, fls. 2486 a 2487 do Processo TC 5591/2013, sem indicação de preços; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;**



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10368
Ass: 
Mat. 203.161

vii. Recuperação e Modernização da Terceira Ponte:

- a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
- b. Não foi apresentado orçamento, apenas planilha de quantidades, na publicação de errata do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 39 do Anexo III, Volume III, sem indicação de preços; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;**

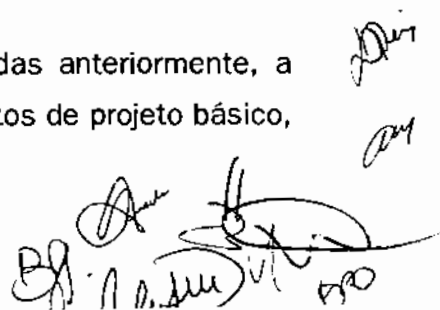
viii. Conservação Especial:

- a. Não foram apresentados orçamento ou planilha de quantidades com indicação de materiais e serviços que seriam úteis na elaboração de seu orçamento; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.**

Para atender ao disposto no artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995, era imperiosa a apresentação do custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais. No Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060), datado de março de 1997, às fls. 2232 e 2233 do Processo TC 5591/2013, são apresentadas estimativas de despesas operacionais, de administração e de conservação na Rodovia do Sol e na Terceira Ponte por grupo de despesa, para os 25 anos, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas. Logo, **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.**

Havia necessidade, ainda, conforme critério legal, de apresentar projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos. Todavia tal projeção não foi apresentada e não há indícios de que tais ganhos tenham sido considerados no estudo de viabilidade citado, de modo que **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.**

Deve-se destacar que, para chegar às conclusões apresentadas anteriormente, a Equipe de Auditoria averiguou somente a existência dos elementos de projeto básico,



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle ExternoPROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10369
Ass: 
Mec. 203.161

sem adentrar na análise da consistência e qualidade dos elementos encontrados. Tal abordagem mostrou-se suficiente para concluir que o procedimento licitatório da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, cujo edital de convocação foi emitido em 4 de setembro de 1998 pelo engenheiro Jorge Helio Leal, à época Diretor-Geral do DER/ES, **não atendeu o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995**, pois não foram apresentados os elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas.

Observe que a Análise Técnica do Edital de Concorrência SETR CN-001/97, reproduzida no voto do Excelentíssimo Conselheiro Relator Mário Alves Moreira, fls. 1000 e 1001 do Processo TC 3224/1997, cuja proposta foi acatada pelo Plenário desta Corte de Contas e acompanhou a citação do Diretor-Geral do DER/ES, à época, engenheiro Jorge Hélio Leal, além de motivar, com várias outras irregularidades, a sustação do Edital de Concorrência SETR CN-001/97, decidida pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, por unanimidade, na Sessão Ordinária realizada no dia 5 de agosto de 1997, apontou o seguinte:

2.7) Da Inexistência de Projeto Básico

[...]

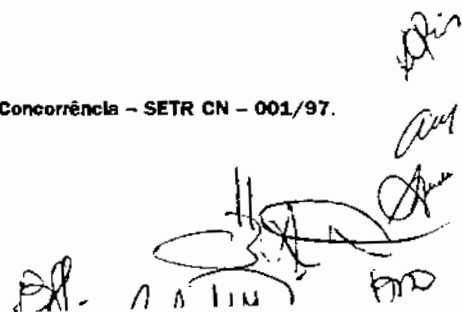
Na análise de todo o edital de licitação, inclusive de seus anexos e especialmente do Anexo XIII – Projetos Básicos e Especificações Técnicas, constatou-se a inexistência de qualquer documentação que pudesse ser caracterizada como o projeto básico relativo às seguintes obras:

- Praça de Pedágio da Praia do Sol;
- Contorno de Guarapari;
- Interligação Terceira Ponte – Av. Carlos Lindenberg; e
- Recuperação e Modernização da Terceira Ponte⁵⁹.

Desse modo, **a principal causa da abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico foi a omissão do engenheiro Jorge Hélio Leal**, à época, Diretor-Geral do DER/ES, que cientificado pelo TCEES, por meio de citação, da insuficiência dos elementos até aquele momento existentes no processo licitatório, publicou o Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, em setembro de 1998, sem sanar a irregularidade apontada.

Como apregoa a Súmula 177 do Tribunal de Contas da União,

⁵⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Análise Técnica do Edital de Concorrência – SETR CN – 001/97. Processo TC 3224/1997. fls. 983.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10370
Ass: 
Mat. 203.161

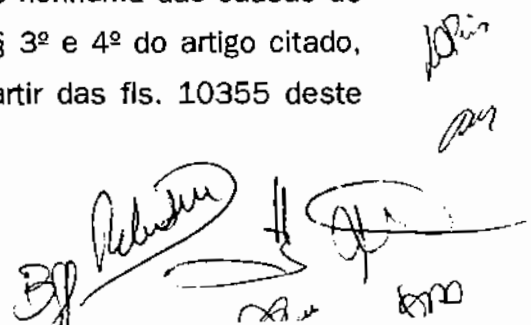
“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação [...]”.

Portanto, verifica-se que a insuficiência dos elementos de projeto básico que permitam a plena caracterização das obras envolvidas prejudica a própria competição do certame, potencialmente impedindo à Administração obter, como resultado da licitação, a escolha da proposta mais vantajosa, eivando o procedimento de **nullidade absoluta**.

Foi o que ocorreu no caso concreto, no qual apesar do alto interesse na execução do objeto, demonstrado no comparecimento de 18 (*dezoito*) empresas à visita técnica coletiva, conforme Ata acostada às fls. 1015 e 1016 deste Processo TC 5591/2013, apenas duas empresas teriam apresentado propostas, conforme Ata da sessão pública de recebimento dos envelopes, fls. 1035 e 1036. Como resultado, o desconto obtido no valor da tarifa básica de pedágio, em relação à tarifa teto, foi de apenas R\$ 0,01 (*um centavo de real*), equivalente a 1,05% (*um por cento e cinco centésimos por cento*).

Como se viu, o engenheiro Jorge Hélio Leal é o responsável direto pelo achado apontado, pois, como Diretor-Geral do DER/ES, publicou o Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998 sem o apoio dos elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas. Sua culpabilidade resta demonstrada pela omissão, como autoridade máxima do órgão envolvido, em tomar as medidas necessárias a completar os requisitos exigidos no artigo 18, inciso XV, da Lei nº. 8.987/1995, após ter sido cientificado pelo TCEES, por meio de citação, da insuficiência dos elementos até aquele momento existentes no processo licitatório.

Todavia, observe que o ato reprovável foi praticado em setembro de 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste



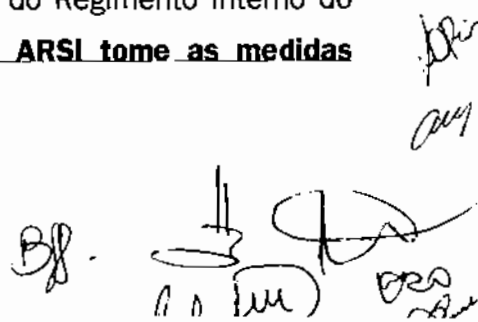
Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10371
Ass: 
Mat. 203.161

Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

Pelo exposto, com relação ao achado aqui relatado, a Equipe de Auditoria propõe ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES os seguintes encaminhamentos:

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro JORGE HÉLIO LEAL, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto ao ato de abertura de procedimento licitatório sem o apoio dos elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas;**
2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA – ARSI e da empresa CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, que abriu procedimento licitatório sem o apoio dos elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)**, uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;
3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.2, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a ARSI tome as medidas**



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10372
Ass: 
Mat. 203.161

necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998
(Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

4. Caso a ARSI não atenda à determinação deste Tribunal no prazo assinado, com fundamento no artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 208, § 2º c/c § 1º, inciso III, c/c o artigo 389, inciso IV, ambos de seu Regimento Interno, **aplicar ao responsável pela ARSI multa no valor compreendido entre R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e, concomitantemente,** tendo em vista o disposto no § 1º do artigo 71, da Constituição Estadual, e no artigo 1º, inciso XVIII, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 2º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 2º, do Regimento Interno do TCEES, **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

5. Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do Regimento Interno do TCEES, **decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol). Assim decidindo, com fundamento no § 4º, e seus incisos I e II, do artigo 208, de seu Regimento Interno: **i) determine ao responsável pela ARSI que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e**
II) comunique o decidido à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo.

2.3 Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado [QA03]

De início, convém reprimir o item 232 do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, integrante do Capítulo IX (Da celebração do contrato de concessão), Seção II (Das exigências para a celebração do contrato de concessão):

