



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pelo Procurador infra assinado, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 127 da Constituição da República c/c art. 99, § 1º, inciso VI, da Lei Complementar n. 621/12, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de **FÁBIO NEY DAMASCENO**, Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP e **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPINDULA**, Presidente da CPL/OBRAS, em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento de licitação na modalidade Concorrência Pública n. 009/20014, conduzido pela Secretaria Estadual de Transporte e Obras Públicas, ***“objetivando concessão do serviço público de transporte hidroviário metropolitano de passageiros, englobando em seu escopo todas as viagens hidroviárias de interesse metropolitano com origem e destino na Região da Grande Vitória, tendo como delimitador o estuário da Baía da Grande Vitória, em consonância com a expectativa de atender a demanda pela implantação de um sistema multimodal integrado de transporte, nos termos previstos no Anexo XX – Minuta do Contrato”***, a ser julgada pelo critério de menor valor da contraprestação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

pecuniária a ser paga pela Administração Pública, o qual se desenvolverá em 3 (três) fases progressivas, envolvendo as seguintes etapas:

(i) Fase I, com a execução da infraestrutura e operação dos serviços públicos de transporte hidroviário de passageiros, compreendendo os serviços de projeção, construção, operação, gestão, conservação e manutenção da infraestrutura a ser desenvolvida na Região Metropolitana da Grande Vitória, englobando a eventual necessidade de expansão da referida infraestrutura, incluindo a construção do conjunto de **Estações, Plataformas Flutuantes, Centro de Controle Operacional** e o **Estaleiro para Reparo e Manutenção** das embarcações, necessário ao desenvolvimento da Operação Comercial da **Linha Marlim Azul**, que atenderá aos trechos **(a)** Prainha – Praça do Papa – Centro de Vitória e **(b)** Argolas – Centro de Vitória – Porto Santana;

(ii) Fase II, a qual compreende a ampliação dos trechos atendidos pelo serviço de transporte concedido, condicionada à superveniente emissão de nova **Ordem de Serviço** pelo **Poder Concedente**, da **Linha Badejo**, que atenderá ao trecho Centro - Argolas - Rodoviária - Porto Santana - Santo Antônio, contemplando, ainda, serviços de projeção, construção, operação, gestão, conservação, manutenção e eventual expansão da infraestrutura a ser desenvolvida para atender o novo trecho ampliado, incluindo a construção do conjunto de **Estações, Plataformas Flutuantes**, e aquisição de embarcações adicionais, necessários à **Operação Comercial** e gestão da **Linha Badejo**;

(iii) Fase III, a qual compreende a ampliação dos trechos atendidos pelo serviço de transporte concedido, condicionada à superveniente emissão de nova **Ordem de Serviço** pelo **Poder Concedente**, da **Linha Peroá**, que atenderá ao trecho Prainha – Praça do Papa – Glória – Dom Bosco – Centro, contemplando, ainda, serviços de projeção, construção, operação, gestão, conservação, manutenção e eventual expansão da infraestrutura a ser desenvolvida para atender o novo trecho ampliado, incluindo a construção do conjunto de **Estações, Plataformas Flutuantes**, e aquisição de embarcações adicionais, metropolitanos necessários à **Operação Comercial** e gestão da **Linha Peroá**.



1 – DOS FATOS

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou a Concorrência Pública n.º 009/2014 – Concessão Administrativa para a Prestação dos Serviços de Transporte Hidroviário de Passageiros na Região Metropolitana da Grande Vitória, cuja cópia segue anexa a esta representação.

O **certame terá como data de abertura o dia 03/11/2014, às 14:00hrs,** regido pela Lei n. 8.666/1993, pela Lei n. 11.079/2004, bem como pelas demais normas pertinentes e condições estabelecidas no Edital.

Vale enfatizar que consta na **PARTE III – DO OBJETO** do instrumento editalício, itens 2 e 3 o que se segue:

2. Valor Estimado do Contrato de Concessão

2.1. O Valor Estimado do Contrato de Concessão pelo prazo de 20 (vinte) anos é de **R\$ 1.409.965.397,70 (um bilhão, quatrocentos e nove milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, trezentos e noventa e sete reais e setenta centavos)**, correspondente ao somatório dos valores nominais do Aporte e da projeção da **Contraprestação Pecuniária**.

3. Prazo da Concessão

3.1. O prazo de vigência da **Concessão é de 20 (vinte) anos**, nos termos do **Anexo XX – Minuta do Contrato**, contado a partir da data de assinatura do **Contrato**.

Em uma análise perfunctória do edital, verifica-se que o citado procedimento encontra-se eivado de ilegalidade, por ofensa à Lei 8.666/93, à Lei 11.079/04, bem como às mais variadas normas de licitação, em especial, àquelas que resguardam a lisura do certame, do qual poderá resultar contratação onerosa à administração, conforme demonstrado nos tópicos seguintes.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

2 – DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADES

Relativo ao mérito, há pontos do edital que merecem ser modificados e falhas que necessitam ser supridas.

2.1 – EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE PERMITEM IDENTIFICAR OS INTERESSADOS EM PARTICIPAR DO CERTAME

Verifica-se no procedimento licitatório a existência de cláusulas extremamente nocivas ao interesse público, visto que permite se conhecer de antemão as empresas que efetivamente participarão do certame, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para prévia combinação dos preços; senão vejamos o que consta no item 1 – PREÂMBULO, do referido instrumento convocatório:

Os documentos contendo as **Garantias de Proposta**, os **Documentos de Habilitação** e as **Propostas Econômicas** serão recebidos até o dia 31 de outubro de 2014, às 18hs, conforme o horário oficial de Brasília/DF, na sede da **SETOP**.

A abertura das propostas será realizada em **Sessão Pública** a ser conduzida pela **Comissão Especial de Licitação – CEL**, a iniciar-se às 10h00min do dia 03 de novembro de 2014, na sede da SETOP.

Mais adiante, o item **PARTE II – DEFINIÇÕES**, subitem (xv), *verbis*:

(xv) Data para Recebimento dos Envelopes: período compreendido entre as 09h00min e 18h00min do dia 31 de outubro de 2014, no qual deverão ser entregues, pelas **Proponentes**, todos os documentos necessários à sua participação na **Licitação**.

Para escancarar, o item **PARTE V – REGULAMENTAÇÃO DA LICITAÇÃO**, subitem 9:

9. Forma de Apresentação da Documentação e Entrega dos Documentos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

9.1. A Garantia da Proposta, os Documentos de Habilitação e a Proposta Econômica deverão ser entregues na **Data para Recebimento dos Envelopes**, na sede da **SETOP**, pelos representantes credenciados das **Proponentes** (devidamente munidos de documento que comprove seus poderes de representação), bem como apresentados em 03 (três) envelopes lacrados, distintos e identificados em sua capa da seguinte forma:

(i) ENVELOPE 01 – Garantia da Proposta

EDITAL DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA N° 09/2014

[RAZÃO SOCIAL DA CONCORRENTE OU DENOMINAÇÃO DO CONSÓRCIO]

[INDICAÇÃO DOS INTEGRANTES E LÍDER DO CONSÓRCIO]

[NOME, TELEFONE E ENDEREÇO ELETRÔNICO (E-MAIL) DO RESPONSÁVEL PELA LICITAÇÃO]

(ii) ENVELOPE 02 – Documentos de Habilitação

EDITAL DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA N° 09 / 2014

[RAZÃO SOCIAL DA CONCORRENTE OU DENOMINAÇÃO DO CONSÓRCIO]

[INDICAÇÃO DOS INTEGRANTES E LÍDER DO CONSÓRCIO]

[NOME, TELEFONE E ENDEREÇO ELETRÔNICO (E-MAIL) DO RESPONSÁVEL PELA LICITAÇÃO]

(iii) ENVELOPE 03 – Proposta Econômica

EDITAL DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA N° 09 / 2014

[RAZÃO SOCIAL DA CONCORRENTE OU DENOMINAÇÃO DO CONSÓRCIO]

[INDICAÇÃO DOS INTEGRANTES E LÍDER DO CONSÓRCIO]

[NOME, TELEFONE E ENDEREÇO ELETRÔNICO (E-MAIL) DO RESPONSÁVEL PELA LICITAÇÃO]

9.2. Somente serão aceitos envelopes entregues direta e pessoalmente, não sendo admitidos documentos remetidos pelo correio ou por qualquer outra forma de entrega.

Oportuno registrar que até mesmo para obtenção do edital através do site da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas é necessário o cadastramento



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

prévio do interessado, momento no qual deverá ser informado a empresa requerente, Nome, Telefone e E-mail.

Ora, as transcrições acima exigem a **identificação do licitante antes da abertura do certame**, sendo infringido o sigilo da licitação. **Assim, o risco de fraude à licitação é elevado, visto que havendo identificação dos licitantes antes da fase de apresentação das propostas, os mesmos poderão se comunicar e “acertar” o preço, estabelecendo quem será o vencedor.**

Tem-se que o sigilo das propostas é princípio fundamental da licitação e corolário dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Sobre o princípio da impessoalidade já tratou a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha¹:

De um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado.

Assim, as cláusulas aqui tratadas permitem o conhecimento antecipado dos licitantes, com violação à impessoalidade do processo, o que torna nulo todo o procedimento, em virtude da existência de vício insanável. A igualdade, por sua vez, é rompida, quando um licitante obtém uma informação sobre os demais licitantes que irão participar, ajustando entre eles o conteúdo das propostas.

Destarte, é evidente que a maior prejudicada pela conduta desleal e desonesta de conchavo entre os participantes é a própria Administração, que irá contratar a altos custos, havendo violação aos princípios da competitividade e moralidade, lesando o interesse público.

A exigência prévia de seu recolhimento à data marcada para o recebimento remanescente da documentação relativa a essa fase ofende o art. 37, XXI da Constituição Federal, bem como os arts. 3º, § 1º, inciso I e 43, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93, e aos

¹ In O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 85, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 69.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

princípios da legalidade e da competitividade, uma vez que permite à Administração Pública conhecer antecipadamente as empresas interessadas em participar da licitação, comprometendo, assim, insofismavelmente, a lisura do certame.

Assim vem se manifestando o egrégio TCU sobre o tema:

Abstenha-se de exigir a apresentação de garantia de proposta em data anterior a fixada como limite para a entrega da documentação de habilitação econômico-financeira, sob pena de infringência ao disposto nos arts. 4o, 21, § 2o; 31, inciso III; 40, inciso VI, e 43, inciso I, todos da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2993/2009 Plenário

Por fim, relativamente a exigência de as licitantes apresentarem a comprovação de garantia antes da sessão de recebimento e abertura dos envelopes, não encontra amparo legal e configura ofensa ao princípio da moralidade, por possibilitar o conhecimento prévio dos participantes do certame.

Acórdão 2864/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Também foi identificado no edital da licitação em comento outra irregularidade, a saber: exigência da apresentação da garantia de que trata o art. 31 da Lei nº 8.666/93 até o 3º dia útil anterior à data prevista de entrega dos documentos de habilitação e proposta de preços (subitem 1.3.1 do Anexo I do edital). Essa garantia financeira para a execução da obra é um dos requisitos de habilitação do certame e é parte integrante da documentação relativa à qualificação econômico-financeira das licitantes enumerada no citado artigo da Lei nº 8.666/93. Portanto, deve acompanhar o restante da documentação relativa à fase de habilitação. Exigi-la previamente à data marcada para o recebimento restante da documentação relativa a essa fase contraria o art. 43, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, e permitiria à Prefeitura de Embu das Artes conhecer de antemão as empresas interessadas na licitação, o que poderia, em certas circunstâncias, comprometer a lisura do certame, consoante apontou a unidade técnica.

Acórdão 2074/2012 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Abstenha-se de exigir a entrega da garantia de participação, de que trata o art. 31, inciso III, da Lei no 8.666/1993, antes da abertura dos envelopes de documentação, e não fixe condições de participação em certames licitatórios não previstas na Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2095/2005 Plenário



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Há, portanto, **ofensa à regra do sigilo das propostas**, de acordo com o art. 3º, § 3º, da Lei n. 8.666/93 e **aos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência**, conforme arts. 5º, inciso I, e 37, “caput”, da Constituição Federal, uma vez que as cláusulas que permitem o conhecimento prematuro dos possíveis participantes do procedimento licitatório são ilegais e maculam de nulidade toda a contratação.

2.2. DAS DEMAIS IRREGULARIDADES

Por outro lado, encaminhado o procedimento licitatório para análise jurídica efetuada pela Procuradoria Geral do Estado, esta verificou um cipoal de irregularidades que permeiam o certame.

Mais não fosse, causa espanto que o parecer elaborado pela Procuradoria foi de **“análise jurídica emergencial”**. Ora, é teratológico que um edital que ultrapassa a casa dos bilhões de reais venha a ser analisado por meio de análise jurídica emergencial. O projeto com tal envergadura e disparate financeiro deve ser levado com toda cautela e prudência, no ritmo que uma licitação tão complexa, como representa, exige que **o Estado entre com uma média de 40 (quarenta) milhões de reais anuais, sendo que os gestores futuros ficarão adstritos ao que prescreve o contrato a ser assinado.**

Neste contexto, com as *vênias* de estilo, analisando os documentos que compõem esta representação, em especial o edital de concorrência pública e o Parecer da PGE-ES, várias foram as irregularidades encontradas pelo órgão jurídico estadual que não foram modificadas, suprimidas ou acrescentadas, convergindo em máculas que impedem o desenvolvimento do certame, senão vejamos:

2.2- Do Projeto Básico - o Termo de Referência.

A Lei Geral de Licitações, em seu art. 7º, prevê que as licitações de obra e serviços sejam sempre precedidas de projeto básico e projeto executivo. Insta lembrar que a necessidade de se elaborar um projeto básico



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

para a realização dos serviços da Administração Pública é aspecto específico de um contexto muito maior, ou seja, a indispensabilidade do prudente, eficiente e razoável planejamento das atividades administrativas estatais. O art. 7º, §2º da Lei nº 8.666/93, estabelece que:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 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; (grifo nosso)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; (grifo nosso)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

Entretanto, o art. 124 da Lei Geral de Licitações estabelece que:

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) (grifo nosso)

Uma leitura superficial do parágrafo único do art. 124 pode levar à falsa conclusão de que as licitações para concessões de serviços públicos,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

diferentemente da regra geral, não precisam de prévio planejamento e detalhamento. Ao contrário do que pode parecer, o planejamento que antecede ao certame da concessão de serviço público, mesmo que não importe em dispêndio direto de recursos públicos - o que não é o caso dos autos -, é de suma importância para sua realização e posterior contratação.

Sobre o tema, o ilustre doutrinador Antônio Carlos Cintra do Amaral esclarece que:

A interpretação literal desse parágrafo conduziria à conclusão de que no caso de licitação para concessão de serviço público bastaria à Administração elaborar, previamente à abertura da licitação, um projeto básico, que é o regulado pela Lei 8.666/93 em seu art. 6º, IX. Isso, mesmo quando se tratasse de licitação para a concessão precedida de execução de obra pública, já que o projeto básico refere-se à obra. A letra da lei é, porém, apenas um ponto de partida para sua interpretação. **A Administração deve, na etapa de planejamento da contratação, adotar alguns procedimentos prévios à licitação, indispensáveis à abertura desta.** Um desses procedimentos é a elaboração de um estudo de viabilidade econômico-financeira da concessão, quer esta seja ou não precedida de execução de obra pública. O eventual interessado na concessão precisa de elementos que lhe permitam avaliar a viabilidade do empreendimento. Não basta à Administração abrir a licitação. É indispensável atrair a iniciativa privada para o esquema de parceria. Para isso é necessário fornecer parâmetros confiáveis, que permitam ao interessado emitir um juízo empresarial quanto à viabilidade da concessão ao longo do prazo - necessariamente longo - a ser fixado no edital para a prestação do serviço. Em reforço à necessidade de estudos preliminares que assegurem a confiabilidade do empreendimento, baseada sobre tudo no domínio, pela Administração, do esquema proposto à parceria, cabe citar, ainda o art. 21 da Lei 8.987/1995: "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,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

especificados no edital". (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviço Público. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.p.49).

Assim, sendo a licitação para concessão de serviço público um procedimento formal e, estando a sua dinâmica procedimental detalhadamente fixada na Lei de Concessões de Serviço Público e na Lei de Licitações, não pode a autoridade administrativa, por ocasião da elaboração do edital, deixar de observar ou se afastar das prescrições legais mencionadas, principalmente pelo caráter predominantemente de ordem pública de tais normas, sob pena de nulidade do processo licitatório.

A Administração Pública deve demonstrar que empregou todo o esforço possível para planejar o certame da concessão de serviço público, uma vez que a relação jurídica daí decorrente tem longa duração, motivo pelo qual erros iniciais na persecução do interesse público podem, no decorrer da execução do contrato, resultar em grandes prejuízos. Desta forma, recomenda-se que o órgão consulente disponibilize aos interessados todo o tipo de estudos, análises e investigações que possam repercutir na concessão, fornecendo-os de forma transparente.

O termo "projeto básico" tem sido vinculado a licitações que envolvam a realização de obras de engenharia. Contudo, mesmo que não tenha que se elaborar um projeto básico de engenharia propriamente dito - **o que não é o caso dos autos, dado que envolvem serviços de construção do conjunto de Estações, Plataformas Flutuantes, Centro de Controle Operacional e o Estaleiro para Reparo e Manutenção de embarcações, antes do efetivo exercício do serviço de transporte** -, a existência de documento que faça as suas vezes é primordial para o sucesso da concessão de serviço público em questão, e **devem ser demonstrados e anexados aos autos, eis que não identifiquei, em primeira análise, a presença do projeto executivo das citadas obras preliminares, embora constantes especificações quanto às mesmas no Anexo I do Edital.**

De fato, todas as ponderações acima asseveradas pelo probo Procurador não foram observados pelos responsáveis.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

A priori, este Procurador, por diversas vezes, tentou acessar o sítio da SETOP-ES, no ícone licitações, com vistas a analisar o projeto básico, edital e seus anexos. O edital é acessível, mas o restante não. Em contato com a SETOP, esta alegou que regularizaria o acesso, o que até o momento não ocorreu.

Desse modo, em princípio há inequívoca violação à transparência e acessibilidade ao procedimento licitatório na sua integralidade.

A par disso, determinei à assessoria de gabinete que se dirigisse à SETOP, por intermédio de mídia CD/DVD, para que gravasse todo o procedimento licitatório. Gravou-se, contudo, sem o aludido projeto básico. Ora, como um pretenso licitante conseguirá fazer sua proposta sem um projeto básico?

Pois bem.

À revelia do projeto básico, **o projeto executivo existente tão só de implantação do sistema da licitação de R\$ 1.409.965.397,70 (um bilhão, quatrocentos e nove milhões, novecentos e sessenta e cinco mil, trezentos e noventa e sete reais e setenta centavos) peca por falta de riqueza de detalhes.**

Além disso, o deficiente projeto executivo da indigitada concorrência apresenta omissão em itens que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal n. 8.666/93, em seu art. 40, § 2º, I e II e a Lei 11.079/04 reputaram como obrigatórios.

Destarte, não se pode dar continuidade ao procedimento licitatório com a ausência de requisitos essenciais à composição do preço e à dimensão do empreendimento a ser executado, pois são meios de se garantir, por parte da Administração Pública Estadual, a contratação mais vantajosa e de zelar pela aplicação regular dos recursos públicos.

2.3 - Do Estudo de Viabilidade Econômica e o Orçamento Detalhado.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Em meio ao contexto de planejamento antes mencionado, a figura do estudo de viabilidade econômica ganha relevância, uma vez que a expectativa de ganhos financeiros é mola propulsora dos interessados na concessão de serviços públicos. Não se deve ter receio em reconhecer que as sociedades empresárias apenas terão interesse no serviço que se pretende conceder quando puderem vislumbrar a possibilidade de lucro, bem como segurança na sua obtenção.

Assim, nesta esteira, o *"...estudo de viabilidade econômica é fundamental não apenas para justificar a concessão, como determina o art. 5º da Lei 8.987/ 1995, mas também para demonstrar ao eventual parceiro do Poder Público que este, ao abrir a licitação, está alicerçado no domínio técnico e econômico financeiro do esquema da concessão"*³. Em outras palavras, o *"... conhecimento adequado e profundo da situação pela Administração é condição necessária para despertar a confiança dos interessados em participar da licitação"*⁴.

Observe-se, ainda, que o referido estudo de viabilidade econômico-financeira servirá de baliza para a administração avaliar a exequibilidade de cada proposta. Em outras palavras, dentre os elementos que compõe os estudos e investigações que devem anteceder ao certame licitatório, o estudo de viabilidade econômico-financeira é condição essencial.

Salienta ressaltar que o conhecimento sobre o delineamento econômico-financeiro da concessão apenas por alguns interessados, em detrimento dos demais, prejudica a ampla competitividade, razão pela qual a melhor proteção a tal princípio é garantir a publicidade e transparência dos dados referentes ao estudo de viabilidade econômica, garantindo-se que estejam disponibilizados de forma compreensível e acessível aos interessados.

Sobre o Estudo de Viabilidade, em especial no que tange à previsão de investimento inicial, o TCU estabeleceu que:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

[Pedido de Reexame. Agências Reguladoras. Estudos de viabilidade técnica e econômica para o processo de outorga de concessão. Base para a definição da tarifa máxima de pedágio a ser exigida no certame licitatório. Negado provimento.] [ACÓRDÃO]

ACÓRDÃO os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:9.1. com fundamento no art. 48, da Lei 8.443/1992, conhecer o presente Pedido de Reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento;

[VOTO] Insurge-se a recorrente contra o Acórdão 683/2010-Plenário, adotado por este Tribunal ao apreciar o 1º estágio do procedimento licitatório para a outorga da concessão do trecho de 936,80 km da BR-040, compreendido entre Brasília e Juiz de Fora/MG. [...] julgo oportuno comentar algumas questões debatidas nos autos. [...] **Quanto às determinações contidas no item 9.1 do Acórdão 683/2010-Plenário, deve ser sublinhada a importância dos estudos de viabilidade técnica e econômica para o processo de outorga de concessão, uma vez que seus elementos servirão de base, entre outros, para a definição da tarifa máxima de pedágio a ser exigida no certame licitatório.** Nesse sentido, as determinações expedidas por este Tribunal visam a possibilitar a estimativa consistente dos investimentos que deverão ser realizados na rodovia, necessária à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas pelos licitantes, conforme previsto nos incisos IV e XV do art. 18 da Lei 8.987/95. É oportuno transcrever a respeito da matéria excerto do voto condutor da deliberação recorrida: "A correta determinação dos investimentos é essencial para a realização da outorga da concessão por diversos motivos. O montante de investimentos (2,77 bilhões de reais na BR-040) é dado essencial para a precificação da tarifa-teto de leilão. Erro nessa estimativa poderá provocar o estabelecimento de preço-teto excessivamente elevado, não protegendo a modicidade tarifária, ou excessivamente baixo, tornando o empreendimento inviável e gerando procedimento licitatório vazio. Além disso, os estudos que caracterizam o estado atual da rodovia e que fundamentam os investimentos são



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

essenciais para que os licitantes possam realizar seus cálculos e precificar o quanto estão dispostos a receber pelo pedágio. A ausência ou insuficiência desses estudos aumenta o risco para esses interessados. Quanto maior o risco, maior o retorno necessário e, conseqüentemente, o valor exigido pelo pedágio. Em um caso extremo de erros grosseiros na estimativa de investimentos e no PER, poderia ocorrer até a impossibilidade da continuidade da concessão após algum tempo, sendo necessária a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com conseqüências negativas para o usuário e para o concessionário. Por essas razões, não há possibilidade de realizar procedimento licitatório sem que a estimativa de investimento esteja adequadamente justificada em estudos que evidenciem o estado da rodovia, os melhoramentos necessários e a correta estimativa dos quantitativos e preços dos investimentos, tudo devidamente fundamentado. Esses valores devem ser auditáveis e replicáveis de forma que se possa comprovar a correção da estimativa, o que não se observa no presente caso.

Sobre essa questão, a Lei de Concessões (art. 18, incisos IV e XV, da Lei 8.987/1995) é explícita em exigir que o edital de licitações deva conter, especialmente, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e das propostas, além dos dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização." (Acórdão 1126/2011 - Plenário, Dou 11/05/2011, Min. rel. RAIMUNDO CARREIRO)

Assim, na esteira desse raciocínio, Marçal Justen Filho deixa claro que o cumprimento da previsão do art.7º, §2º, inc. II, da Lei nº 8.666/93 é igualmente necessário nas licitações de concessão de serviço público. Um orçamento detalhado permite que a Administração identifique e rejeite propostas excessivas ou inexequíveis. Será um orçamento preciso e detalhado que permitirá que o Poder Concedente proteja os usuários do serviço de estimativas errôneas da inflação, ou de disfarçadas ampliações dos lucros.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

No presente caso, conforme citado no relatório inicial, consta Estudo de Viabilidade Financeira. Tal documento, supõe-se, se presta a demonstrar a viabilidade financeira, análise esta que refoge a competência deste parecerista.

Assim, é importante que seja dada ampla informação aos interessados acerca da viabilidade econômico-financeira da concessão patrocinada, da forma mais detalhada e precisa possível.

Apesar de constar tal estudo, como asseverado pelo parecerista, não se encontra nos autos, sequer, qualquer manifestação da Secretaria de Controle e Transparência – SECONT, acerca da equação econômica-financeira do procedimento e contrato. E o pior, a abertura do certame se dará dia 03.11.2014. Ora, como os responsáveis podem deflagrar a fase externa do edital sem ao menos ouvir os auditores do estado sobre o tema.

A falibilidade do ponto nos leva ao processo da RODOSOL, que se encontra sob auditoria nessa Corte de Contas e com decisões judiciais no TJES justamente por se investigar, também, a viabilidade financeira do contrato em favor ou desfavor da concessionária e do Estado.

É o ponto de maior envergadura de todo o procedimento, não podendo ser tratado como um apêndice.

2.4 - Da previsão Orçamentária e Previsão Plurianual.

Como regra, a concessão de serviços públicos não envolve o desembolso pelo Estado, motivo pelo qual não se exige, com o mesmo rigor, a previsão de recursos orçamentários.

Entretanto, o caso em análise, envolve o repasse de recursos públicos, visto tratar-se de concessão patrocinada, motivo pelo qual se **recomenda ao consulente que comprove a previsão orçamentária, bem como que demonstre a inclusão no Plano Plurianual, conforme estabelecido pelo art. 7º, §2º, inc. IV da Lei nº 8.666/93 c/c art. 17 da Lei 8.987/95.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Assim, como dito acima, neste ponto específico, chamo a atenção para a necessidade de se proceder a adequada reserva orçamentária, visto que ainda pendente nos autos. Como há a **assunção de despesas para exercício financeiro futuro**, ante a vigência do contrato, **alertamos para a necessidade de observância o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal**, tendo em vista a sua importância no trato das questões financeiras decorrentes do fim do mandato dos Chefes de Poder.

Importa citar o entendimento firmado no âmbito desta PGE acerca do dispositivo em referência (art. 42 da LRF), pelo que me reporto ao proferido pelo Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa, Procurador RODRIGO FRANCISCO DE PAULA, e pelo Subprocurador Geral para Assuntos Administrativos, Procurador LUIZ HENRIQUE MIGUEL PAVAN, nos autos nº 64657353:

*"É imprescindível que seja providenciada a **reserva orçamentária** e a autoridade competente **preste a declaração** de que a criação da despesa tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual, além de compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, como exige, expressamente, o art. 16, inc. H, da Lei de Responsabilidade Fiscal.*

*Aliás, convém ressaltar que o prazo de duração do contrato extrapola a vigência dos créditos orçamentários, tal como previsto na minuta do contrato, **o que somente se admite**, na forma do art. 57, inc. I, da Lei Federal n.º 8.666/93, **se a despesa estiver incluída no plano plurianual**, o que deve ser certificado nos autos.*

Nesse mesmo passo, pelo que se infere da instrução processual, o cronograma de desembolso ultrapassará o exercício financeiro de 2014, na medida em que prevê o pagamento de 05 (cinco) parcelas, sendo a última quando da entrega e aprovação final da política local de saneamento básico e do plano municipal e regional de saneamento básico e do plano anual de gestão integrada de resíduos sólidos (cf. item 6.1 da Cláusula Sexta).

Como há a assunção de despesas para exercício financeiro futuro, alertamos para a necessidade de observância o art. 42 da Lei de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Responsabilidade Fiscal, tendo em vista a sua importância no trato das questões financeiras decorrentes do fim do mandato dos Chefes de Poder.

Vejamos sua redação:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Com efeito, não se pode olvidar que os responsáveis pelas respectivas pastas não podem assumir dispêndios financeiros nos oito meses que antecedem o fim do seu mandato sem a prévia disponibilidade de recursos em caixa. Essa regra é vital para preservar as finanças públicas dos próximos administradores, pois, caso contrário, as sucessões dos Agentes Políticos estariam vinculadas sempre às obrigações dantes firmadas.

Sobre o tema, exponho o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo no ano de 2005 no Parecer TC 003/2005:

(...) a vedação do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal deve ser considerada em termos amplos, ficando o ordenador de despesas, nos oito meses que antecedem o término do mandato, impedido de contrair obrigações de despesas não devidamente respaldadas por reservas financeiras pertencentes ao próprio exercício, tudo a fim de se garantir a saúde das finanças públicas que serão geridas pelo próximo gestor ocupante do cargo. E no caso específico das despesas que ultrapassem um exercício financeiro, não deve ser tomada como referência a eventual possibilidade de apenas se empenhar dentro do exercício as despesas referentes às etapas a serem cumpridas dentro dele (subdivisão dos empenhos entre os vários exercícios em que será cumprida a obrigação). Em face da terminologia empregada - contrair obrigação de despesa' - deve ser considerado o montante total a ser despendido com a obra ou serviço



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

durante os vários exercícios, independentemente do eventual parcelamento dos empenhos.

Com base no entendimento exarado no bojo da aludida manifestação, deveria o órgão público ter a disponibilidade de caixa suficiente para fazer frente a todas as despesas efetuadas no âmbito no contrato com recursos do orçamento do exercício financeiro em que foi firmado.

Em momento posterior (ano de 2007), o TCEES prolatou nova decisão (parecer/consulta TC-012/2007) sobre a contratação de obras nos quatro últimos meses que antecedem o fim do mandato do gestor e reconheceu a inexistência de restrições de contratação com base no art. 42 da LRF para despesas não liquidadas, ou seja, para obrigações a serem cumpridas em exercícios posteriores, desde que sejam amparadas no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, além do disposto nos arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Observemos a ementa do julgado:

OBRAS DE ENGENHARIA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO GESTOR – PREVISÃO NO PPA E NA LOA – INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES DE CONTRATAÇÃO, COM BASE NO ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, PARA DESPESAS NÃO LIQUIDADAS (OBRIGAÇÕES A SEREM VERIFICADAS E EXIGÍVEIS EM EXERCÍCIOS FINANCEIROS POSTERIORES AMPARADAS NO PPA, LDO E LOA) – OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 15, 16 E 17 DA LC 101/2000 – ADMINISTRADOR EM FINAL DE GESTÃO OBRIGA-SE AO PAGAMENTO DAS PARCELAS LIQUIDADAS ATÉ O TÉRMINO DO EXERCÍCIO. (TCEES, TC 6259/2007, Parecer/Consulta TC-012/2007, J. 29.09.2007)

Como se percebe, a Corte de Contas analisou uma consulta referente a contratação de obras, e não de serviços. Destarte, pela aplicação da ratio decidendi da manifestação da Corte de Contas, suas conclusões poderiam incidir para outras contratações efetuadas pela Administração Pública, de maneira que o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal não incidiria para



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

despesas não liquidadas referentes a outros exercícios desde que “amparados em projeto integrado de planejamento orçamentário” (PPA, LDO e LOA) e observado o disposto nos arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Diante da divergência quanto ao tema, existindo entendimentos quanto a interpretação ampliativa e restritiva do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, e em virtude da última manifestação do TCEES envolver consulta atinentes a obra, é recomendável que a autoridade competente leve em consideração as possíveis consequências de não providenciar a disponibilidade financeira das despesas a serem realizadas nos anos de 2014 e 2015, diante da possibilidade de tal conduta vir a ser enquadrada na vedação do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se trata, portanto, de uma vedação à contratação com a disponibilidade orçamentária apenas para fazer frente as despesas referentes ao ano de 2014, mas, diante dessa insegurança sobre o posicionamento do TCEES quanto ao tema, incumbirá à autoridade competente assumir as responsabilidades decorrentes de sua decisão.”

Como se verifica, tal entendimento é ainda preponderante, pelo que recomendo sua observância, nos termos da citação *supra* elencada.

3.3 - Constituição de SEP

O item 8, "ii", aponta a necessidade de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico - SPE, subscrito pelos Consorciados. Esta exigência importa na fixação de um capital mínimo de constituição, que deverá estar integralmente subscrito pelo concorrente vencedor. Não se trata de um requisito de habilitação econômico-financeira das licitantes, contudo, as concorrentes, de modo prévio, devem ter em mente que, caso adjudicatárias, **será exigido o correspondente montante como capital mínimo**, de forma que é esse um dado objetivo e discricionário da Administração, **que deverá fixá-lo**.

Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída Sociedade de Propósito Específico (SPE), incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. Esta pode assumir forma de capital aberto, adotar padrões de governança



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

corporativa e demonstrações financeiras padronizadas. Entretanto, é proibido à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante, exceto se por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

A transferência do controle da SPE dependerá de autorização expressa da Administração Pública, nos termos dispostos abaixo, em ponto específico quanto a transferência, neste parecer, quando da análise da minuta do contrato.

A concessionária deverá indicar em seu estatuto (da SEP), com finalidade exclusiva, a exploração do objeto da concessão administrativa e a forma de integralização do capital social, cujo valor mínimo constitui dado fixado pela Administração Pública.

O ponto merece uma análise mais específica. Explica-se:

O contrato gira em torno de 1 (um) bilhão e 400 (quatrocentos) milhões de reais. Contudo, o item 17.1, iii do edital prescreve que o capital mínimo da SPE será de R\$ 1.000.000,00 (um milhão) de reais.

A par da discricionariedade de estipulação, é inegável que o valor prescrito é irrisório, desarrazoado e desproporcional se comparado ao valor da concessão.

Ao constituir o capital mínimo, deve a Administração justificar tal ponto sob o risco de sofrer dano patrimonial e o valor em tela, como já dito, se mostra irrisório. De fato, o ponto deve ser analisado por essa Corte de Contas para melhor transparência, no sentido de auxiliar os responsáveis a subsidiar um patamar mínimo condizente em contraposição ao valor do edital.

Ainda quanto ao montante do capital social subscrito, em se tratando de sociedade de propósito específico, poderia exigir cláusula de responsabilidade solidária das sócias, por eventuais insuficiências no capital social da sociedade de propósito específico. O próprio contrato poderia ser celebrado mediante a interveniência expressa das sócias, que assumiriam diversas responsabilidades



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

subsidiariamente à contratada. Poder-se-ia, inclusive, exigir das sócias a subscrição de um contrato de fiança, acessório ao contrato principal, no valor do capital social desejável. Ou, alternativamente, poder-se-ia exigir caução fidejussória das sócias, no contrato, na forma prescrita pelos arts. 826 a 828 do CPC. Estas são, apenas, possibilidades (TCU – Processo 010.508/2008-5).

3.4 - Da Necessidade robustecer a Escolha do Critério "Menor valor da contraprestação"

A contratação, por óbvio, será precedida de licitação na modalidade concorrência (art. 10 da Lei 11.079/2004), a qual será julgada pelo critério do *menor valor da contraprestação* a ser paga pela Administração Pública (art. 12, II, "a" da Lei 11.079/2004).

A escolha do critério de julgamento nas licitações de concessão não pode ser lastreada tão unicamente na conveniência administrativa, tendo em vista a relevância do tema, que se compara em importância à própria decisão de outorgar o serviço.

Desta maneira, tal escolha deve estar fundamentada nas conclusões obtidas a partir da realização da audiência pública, e sua motivação deve estar expressamente delineada no ato de justificativa. Assim, pelos argumentos aqui expostos, **recomenda-se que o consulente que venha a robustecer a escolha do critério adotado.**

Não se logrou êxito em demonstrar a escolha do critério adotado por parte dos responsáveis.

3.5 - Do Objeto da Concorrência.

A delimitação do objeto da concorrência deve ocorrer de forma clara e precisa, de modo que os concorrentes possam ter clara noção do que se pretende contratar, em outras palavras, como se dará as obras que se pretende implementar e como ocorrerá a prestação de serviço público de transporte de passageiros.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Verifica-se, ainda, que o edital em seu item 1.1.2 faz menção a obrigatoriedade da participação da Concessionária na operação e manutenção dos Serviços da Fase II e da Fase III. Cada fase, diga-se, trata-se de uma determinada linha de transporte.

Não há, pelo edital, a previsão de novas linhas. Tal circunstância traz à baila importante discussão sobre a mutação dos contratos de concessão.

A Carta Magna estabeleceu um sistema jurídico de regras e princípios direcionados à adequada prestação do serviço de transporte, em especial, no que se refere aos seus aspectos estruturantes e fundamentais, reunidos em um contrato considerado especial pela própria Constituição Federal (CR/88, art. 175, p. único, inc. I).

Essa contratação administrativa especial, contudo, tem como pressuposto lógico e fundamental a realização de procedimento licitatório. Com efeito, a Ordem Constitucional de 1988, previu, inequívoca e expressamente, o instituto da licitação, como princípio constitucional setorial da Administração Pública brasileira.

É adequado que o órgão consulente, assim, acoste ao edital e ao contrato cláusula de demonstre a impossibilidade de criação de novas linhas, a partir do contrato a ser assinado, para que não resulte em violação ao dever de licitar, ao passo que regulamenta a distribuição de novas linhas/trechos referentes ao serviço de transporte público de passageiros.

Isto porque, não se pode conceber, como regra geral, em vista da Ordem Constitucional, que se possa delegar, discricionariamente, a determinado particular, mediante concessão patrocinada, a prestação do serviço público de transporte hidroviário de passageiros sem licitação, mesmo que ele já seja concessionário de outros serviços (trechos/linhas).

Admitir tal possibilidade consistiria em inaceitável quebra do sistema constitucional regente das contratações administrativas do Estado, o que não se pode conceber, sendo o que se extrai, em especial, da interpretação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

sistemática dos arts. 1º, *caput*, 37, *caput*, inciso XXI e 175, *caput*, todos da CR/88.

A doutrina clássica e contemporânea não discrepa a respeito do tema. Como pode-se observar, o magistério de CELSO RIBEIRO BASTOS e MARÇAL JUSTEN FILHO, respectivamente declara que:

[...]

Após o advento da Constituição da República de 1988 e antes mesmo da vigência da Lei geral nacional de concessões e permissões de serviços públicos, o E. STF já havia assentado o entendimento aqui exposto, consoante se infere do trecho do seguinte acórdão:

"Exploração de transporte urbano, por meio de linha de ônibus. Necessidade de prévia licitação para autorizá-la, quer sob a forma de permissão quer sob a de concessão. Recurso extraordinário provido por contrariedade do art. 175 da Constituição Federal." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal . RE 140.989, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 16-3-93, DJ de 27-8-93)

Com efeito, observa-se a tendência da jurisprudência do E. STF e no sentido de que qualquer mutação no contrato de concessão do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, que importe em vantagem violadora dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (CR/88, art. 37, *caput*), atribuindo-se benefício irrazoável e desproporcional ao concessionário, deve ser precedida do prévio procedimento licitatório. Confira-se:

EMENTA: SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. AÇÃO DECLARATORIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. (...) Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 264.621-1 CEARA, SEGUNDA TURMA, RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA, RECORRENTE(S): UNIÃO, RECORRIDO (A/S): EXPRESSO GUANABARA S/A, votação unânime, DJ de 01.02.2005. MANDADO DE SEGURANÇA. **LINHAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS**. DECRETO PRESIDENCIAL DE 16 DE JULHO DE 2008. PRIVATIZAÇÃO. DESESTATIZAÇÃO. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, ALÍNEA B, DA LEI 9.491/97. TRANSFERÊNCIA PARA A INICATIVA PRIVADA DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO. ART. 21, INCISO XII, ALÍNEA E, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE DESESTATIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO JÁ EXPLORADOS POR PARTICULARES. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição Federal, é da União. 2. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, b, parte final, da Lei 9.491/97. **3. Inexistência de concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas.** 4. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação. 5. Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/97. 6. **Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência).** 7. Ordem denegada. (MS 27516 / DF - DISTRITO FEDERAL, rel. Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 22/10/2008).

No mesmo sentido, o C. STJ têm se manifestado:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. EXPLORAÇÃO DE NOVAS SEÇÕES EM LINHA RODOVIÁRIA. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 5. O

transporte coletivo de passageiros nas rodovias federais é um serviço público, competindo à União explorá-lo diretamente ou outorgar sua execução, mediante autorização, concessão ou permissão, a teor do que dispõe o art. 21, XII, "e", e art. 175 da Constituição Federal, conforme conveniência e necessidade. **A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de Ônibus deverá sempre ser precedida de licitação.** (Precedente: RESP n.º 617.147/PR, deste relator, DJ de 25.04.2005) 6. A demora na apreciação do pedido de autorização para exploração de seções em linhas de transporte coletivo interestadual de passageiros não pode superar a obrigatoriedade da licitação, máxime porque, *in casu*, há ação civil pública impondo essa obrigação que efetivamente não é discricionária como pressupõe o aresto recorrido. 7. A conclusão do acórdão permite a "compensação de antijuridicidade", por isso que à ineficiência do Estado, premia-se o particular com a imoralidade consistente na alteração da prestação do serviço de transporte, sem licitação. (Precedente do STF: RE 214.382-CE, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 19.11.99).. RECURSO ESPECIAL N° 529.102 - PR (2003/0072517-7), 1ª TURMA, RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX, RECORRENTE: PLUMA CONFORTO E TURISMO S/A E OUTRO, RECORRENTE: UNIÃO, RECORRIDO : EXPRESSO PRINCESA DOS CAMPOS S/A, votação unânime, DJ de 10.04.2006.

EMENTA: ADMINISTRATIVO - **ATO ADMINISTRATIVO - REDUÇÃO DE ITINERÁRIO DE LINHA DE ÔNIBUS - "VIAGENS PARCIAIS" OU "REFORÇO DE HORÁRIO" - CRIAÇÃO DE NOVA LINHA (AUSTIN - MERCADO SÃO SEBASTIÃO - RJ) - NECESSIDADE DE LICITAÇÃO**
1. A alteração contratual ou dispensa de licitação deve observar duas regras principais: indispensabilidade do tratamento igualitário a todos que estejam na mesma situação e manutenção do interesse público.
2. Inaplicabilidade do art. 58, I da Lei 8.666/93 porque a exceção



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

aberta à recorrente que, ao permitir criação de linha de ônibus como variante da linha principal, a colocou em situação de vantagem em relação As demais que, igualmente, mantinham linhas regulares passando pelo Mercado São Sebastião. 3. O art. 65, II, "b", da Lei 8.666/93, a par de ter atendido ao interesse público, e o art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95, que possibilita a alteração contratual com acréscimos de até 25%, não têm o condão de fazer desaparecer o tratamento privilegiado, em detrimento de outras empresas concessionárias de linhas regulares.. RECURSO ESPECIAL Nº 488.648 – RJ (2002/0167020-6), RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON, RECORRENTE TRANSPORTADORA TINGUÁ LTDA, RECORRIDO: TRANSPORTES MASTER LTDA, RECORRIDO: DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - DETRO/RJ, votação unânime, DJ de 11.10.2004.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tratou por firmar entendimento na mesma esteira, conforme se pode observar:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO MEL - MANDADO DE SEGURANÇA - **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO - LICITAÇÃO - OBRIGATORIEDADE.**

1. Os princípios constitucionais relativos à administração pública exigem que a concessão de serviços seja precedida de licitação pública.

2. A implantação de nova linha de transporte, bem como qualquer alteração referente à linha ou à prestação do serviço por empresa de ônibus deverá sempre ser precedida de licitação. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

3. Não fora violado pelo ato impugnado o princípio da continuidade, vez que a determinação de retirada dos coletivos limitou-se aos que não possuem concessão, decreto ou autorização emitida pelo Apelado, mantendo-se os demais.

ACORDA a Colenda 1ª. Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, à unanimidade, conhecer e negar provimento ao



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

recurso, nos termos do voto da eminente Relatora. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 021.050.022.546, Relator Substituto: JANETE VARGAS SIMOES, PRIMEIRA CAMARA CIVEL, Data do Julgamento: 09/06/2009).

Desta maneira, a criação, prolongamento e fusão de linhas objetos da presente concessão patrocinada devem sempre ser precedidas de licitação. **Excepcionalmente, poderá o Poder Concedente proceder à alteração contratual, nos casos previstos em lei, mediante robusta justificativa e atendendo o limite imposto pelo art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93.**

Ainda, é de se destacar que a previsão contida no item 1.1.1.1 já remonta a um eventual vício de projeto básico, ao prever a "*execução da infraestrutura e operação dos serviços públicos de transporte hidroviário de passageiros, compreendendo os serviços de projeção, construção, operação, gestão, conservação e manutenção da infraestrutura a ser desenvolvida na Região Metropolitana da Grande Vitória, **englobando a eventual necessidade de expansão da referida infraestrutura, incluindo (...).***" (destaquei)

Ora, o projeto e, por consequência, o edital devem prever com exatidão as obrigações do contratado, não se admitindo previsões incertas e não mensuradas, pelo que **recomenda-se ao consulente a exclusão da expressão em destaque.**

Por fim, no que se refere ao objeto, é de se destacar, ainda, que da análise dos autos resta verificada a pretensão de instituição de tarifas integradas, de forma a beneficiar o usuário que dependerá do uso de mais de um meio de transporte coletivo para se locomover. Essa perspectiva importa em necessária celebração de instrumentos (contrato de programa, convênio, etc) com os municípios envolvidos para fins de se impedir, quando da efetivação do serviço, a frustração do projeto entabulado.

Em que pese o serviço ser de transporte intermunicipal, que remonta a uma competência estadual, a previsão de tarifas integradas ao usuário, em que parte dessa locomoção será prestada pelos municípios, necessária será a celebração, com estes, do instrumento legal que venha a viabilizar o projeto,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

para que reste possível e viável a pretensão. Cumpre ressaltar que não se trata de transferência de competência, visto que o serviço municipal de transporte continuaria a ser prestado pelos municípios envolvidos, pelo que dispensada a aprovação legislativa municipal, sob este aspecto. Contudo, no que se refere ao transporte hidroviário de passageiros, como há linhas e fazem o percurso nos limites dos próprios Municípios (Vitória, por exemplo), **necessária será a autorização legislativa municipal, admitindo a delegação, ao Estado, desses serviços. Legislação esta que deve instruir o presente feito, o que se recomenda.**

Recomenda-se, também, previamente a deflagração do procedimento licitatório sob análise, nos termos dele constantes, após firmados os necessários instrumentos com os municípios envolvidos no edital - ou, se já realizados, tal como discriminado na Lei Complementar Estadual nº 780 de 19/05/2014 - que sejam anexados aos autos -, sem os quais deverá se proceder a adequação no Edital e seus anexos, bem como realizado novo Estudo Econômico para o procedimento em referência.

O tema, apesar de exaustivamente apontado na jurisprudência, não foi tratado pelos responsáveis, vez que as irregularidades ainda permanecem no edital, na fase I. Ora, é burla ao procedimento licitatório, revestindo-se como cláusula oculta no sentido de que o vencedor do certame poderá ter seu contrato ampliado sem submissão ao regular procedimento licitatório.

A expressão deve ser extirpada do texto editalício, sob pena de, nos exatos termos da análise da PGE-ES, macular o procedimento licitatório, pois haverá expansão do objeto sem licitação, afetando, sobremaneira, o equilíbrio econômico e, por sua vez, tarifário aos usuários

3.6 - Da Remuneração da Concessão.

3.6. a) - *Considerações Iniciais.*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

A remuneração da concessão em análise se dará através do pagamento de tarifa, pelos usuários do serviço, e de contraprestação pecuniária, paga pelo Estado Contratante.

Nesta esteira, verifica-se que o edital estabelece critérios para a remuneração da concessionária. Segundo tal critério, o montante total recebido à título de "Tarifa", será revertido a concessionárias, cumprindo ao Estado fazer aporte para fins de complementação.

Ressalta-se, ainda, que a Lei nº 12.587/2012, que as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, estabelece parâmetros legais para a remuneração em questão, que devem ser observados, pelo que cito seu conteúdo:

Art. go O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.

§ 1º A tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo deverá ser constituída pelo preço público cobrado do usuário pelos serviços somado à receita oriunda de outras fontes de custeio, de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado ao usuário por operador público ou privado, além da remuneração do prestador.

§ 2º preço público cobrado do usuário pelo uso do transporte público coletivo denomina-se tarifa pública, sendo instituída por ato específico do poder público outorgante.

§ 3º A existência de diferença a menor entre o valor monetário da tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público de passageiros e a tarifa pública cobrada do usuário denomina-se **deficit** ou subsídio tarifário.

§ 4º A existência de diferença a maior entre o valor monetário da tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

passageiros e a tarifa pública cobrada do usuário denomina-se **superavit** tarifário.

§ 5º Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, **deficit** originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes alternativas, como, por exemplo, contratos de publicidade.

Sobre o tema, o Nobre Procurador Marcos Juruena Villela Souto, ensina que:

Ora, ao prever a receita alternativa como forma de remuneração do particular, abriu-se a oportunidade do Poder Público, ao conceder determinado serviço público, e uma vez registrado o procedimento no edital de licitação, complementar ou subsidiar a tarifa por outro meio de remuneração em favor do concessionário. [...] Além das subvenções, preços públicos, concessões de uso de bens públicos e obras públicas paralelas, cabe citar, como exemplos de fontes complementares ou alternativas, os serviços acessórios, como postos de gasolina, restaurantes e painéis publicitários em estradas (Direito Administrativo das Concessões. 5.ed. Lumes Juris: 2004, p. 33)

Desta maneira, **sugere-se ao consulente que verifique com pormenores e se projete, dentro do possível, em complemento as já previstas, remunerações alternativas na balança do equilíbrio contratual da presente concessão.**

3.7 - Da Gratuidade e Benefícios Tarifários

As gratuidades e os benefícios tarifários irão compor o equilíbrio econômico da concessão na condição de SUBSÍDIO. Tais benefícios, que na verdade representam verdadeiro financiamento público do transporte de passageiros em razão de interesse público maior, precisam estar previamente delimitados no edital, de modo que cada licitante tenha a dimensão precisa de quantos são, e em que proporção influenciam no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Desta forma, **adequada a delimitação do ente consulente da previsão do impacto de mencionadas isenções no estudo financeiro**, pelo que **recomenda-se que o consulente elabore em anexo, ou inclua no próprio edital quais as gratuidades e benefícios financeiros existentes no Estado do Espírito Santo e na União.**

3.8 - Do Prazo da Concessão.

O tema que trata do prazo da concessão receberá maiores considerações quando da análise da minuta do contrato.

3.9 - Da Participação na Licitação.

3.9. a) *Do item 8*

O item 8 traz importante regramento sobre os requisitos de participação do referido certame, fazendo previsão, inclusive, para a participação de consórcios.

No que se refere a essa previsão expressa em que se admite a participação de empresas associadas em forma de consórcio necessário se tecer algumas considerações.

Reconhecidamente, se, por um lado, a formação de consórcio de empresas pode ampliar a competitividade, de outro, igualmente, pode ter o efeito exatamente contrário, implicando, ao menos em tese, prejuízo para a Administração Pública.

Por certo não se pode afastar o entendimento de que a união de empresas em consórcio, muitas vezes, pode implicar vantagens para os concorrentes como para a administração. Isso porque com a viabilidade de formação de consórcios os concorrentes unem-se, somando qualidades técnicas e econômicas que, sozinhos, não teriam condições de ostentar, impedindo-os de participar do certame.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Logo, por intermédio da formação do consórcio as empresas ganham força e conseguem atender aos termos editalícios, ampliando o leque de participantes elegíveis para o certame, e, portanto, (ao menos em tese) a competitividade.

Ocorre que, como dito, nem sempre a participação de empresas reunidas em consórcio trará benefícios para a administração pública, pois muitas vezes o objeto licitado possui peculiaridades que limitam o número de empresas aptas a participar do certame. É o caso, por exemplo, de obras de grande complexidade técnica, nas quais poucas empresas demonstram ter experiência anterior que seja compatível com o seu vulto e dimensão.

Nessas situações, a reunião de empresas em consórcio restringiria a competitividade, pois empresas que seriam competidoras entre si poderiam participar da licitação de forma consorciada, diminuindo o número de empresas elegíveis ao certame.

Há de se concluir, portanto, que a permissão, ou não, de participação de empresas reunidas em consórcio deve ser considerada como um ato sujeito à discricionariedade da administração pública, a quem competirá decidir sobre o tema motivadamente e em vista da preservação da maior competitividade possível.

Feitas essas considerações, evidencia-se que a melhor conduta a ser adotada pelo gestor público, é a de avaliar as condições objetivas dos serviços a serem prestados, os requisitos técnicos e econômicos envolvidos e, bem sopesados, optar por permitir, ou não, a participação de empresas reunidas em consórcio.

Essa análise, presumimos tenha sido feita pelo ente consultante, que acabou por admitir a participação em consórcio. **Assim, recomendamos que justifique tecnicamente a sua escolha no presente processo administrativo que instaura o procedimento licitatório (ressalte-se que referida justificativa deve estar presente quando da admissão ou não admissão do consórcio), dada a especialidade do serviço a ser empreendido.** Citamos, na oportunidade, entendimento perpetrado pelo Colendo TCU:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

À vista do disposto no art. 32 da Lei nº 8.666/ 93, o Tribunal, acompanhado pela doutrina, entende que **a decisão sobre a viabilidade de participação de consórcios em certames licitatórios insere-se na esfera do poder discricionário do gestor**. Em diversas oportunidades, esta Corte considerou legal a disposição editalícia que impedia a participação de consórcios em licitação, como nos Acórdãos do Plenário n.ºs e 312/2003 e 1.454/2003. Já em outras ocasiões, tal proibição foi considerada restritiva da competitividade, mencionando-se, a exemplo, a Decisão nº 82/2001-Plenário e o Acórdão n.º 310/ 2004 Plenário. O motivo dessa aparente discrepância de entendimentos assenta-se no fato de que o juízo acerca da possibilidade de tal proibição restringir a competitividade depende de cada situação específica. Há casos, como assinalado por Marçal Justen Filho na obra citada no item 23 acima, em que a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa'. Outros há em que 'as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas' fazem com que a associação amplie a competitividade do certame.'

Mensurar em que medida a vedação a consórcios pode restringir a competitividade de um certame nem sempre é possível, tendo em vista a diversidade de objetos. Ao prolar o Acórdão n.º 224/2006 - Plenário, esta Corte acolheu posição defendida pela unidade técnica, considerando que urna redução acentuada entre o número de potenciais licitantes que retiraram o edital e o número de propostas apresentadas era indicador de restrição à competitividade do certame. (TCU- Acórdão 0481/2004 - Plenário - Relator: Augusto Sherman Cavalcanti)

3.9.b) Da Visita Técnica.

Não identifiquei, em primeira análise, cláusula do edital que trata da visita técnica, de modo a impor aos participantes a obrigatoriedade da sua realização ou declaração de conhecimento dos locais da prestação de serviços. O tema em questão já vem recebendo tratamento pacífico no âmbito da PGE, conforme entendimento do TCU.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Pode-se questionar a utilidade da visita técnica, se não imposta de forma obrigatória, mas é indiscutível que os órgãos de controle, em especial, o Tribunal de Contas da União, inclinam-se por considerar ***ilícita a exigência de visita técnica obrigatória***, admitindo-a facultativamente, com a possibilidade de ser suprida a sua falta por **declaração de conhecimento das condições do local das obras ou serviços**, senão vejamos:

*17. Também considero que pode restringir a competitividade do certame a exigência de visita técnica ao local das obras, **sem que haja a possibilidade de que os licitantes interessados declarem conhecer as condições locais** para execução do objeto. A imprescindibilidade da visita não pode ser presumida e deve ser comprovada em cada caso concreto (TCU, Acórdão 2760/2012 - Plenário, Rel. Min. ANA ARRAES).*

Desta forma, **recomendo a previsão específica acerca da visita técnica, recomendando que a mesma se dê de forma facultativa, sendo que, em verificando a administração que a mesma deve ser obrigatória, deverá justificar, de forma robusta, as razões da visita obrigatória, e não facultativa.**

3.10 - Da Habilitação Jurídica.

No que tange à habilitação jurídica, **sugere-se ao consulente proceda a inclusão, no Anexo VII do Edital**, de subitem constante de minutas padrões (similares ao tema) da PGE, quanto a exigência para empresas estrangeiras, nos seguintes termos: *"d) Decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente."*

Ainda, em vista da referência contida no item 11.1 ao Anexo VII, III.1, tabela VI, nº1, chama-se atenção para o fato de que exigir Certidão negativa de falência, Concordata e Recuperações Judiciais e Extrajudiciais expedidas pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

O referido tema foi objeto de intenso debate no curso do processo de padronização de minutas, em razão de recente modificação de



posicionamento no âmbito do E. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Para melhor compreensão do tema, mostra-se necessário transcrever a conclusão do Parecer PGE/NCA nº 98/2013, Processo nº 61236594:

7.4 - DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

I.1

e) Certidão Negativa de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, observada a data de validade definida no instrumento.

I.1

e.2) Caso a licitante se encontre em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, deverão ser cumpridos, por meio da documentação apropriada constante no Envelope de Habilitação, os seguintes requisitos, cumulativamente:

I) cumprimento de todos os demais requisitos de habilitação constantes neste Edital;

II) sentença homologatória do plano de recuperação judicial;

Recomenda-se, ainda, que a fiscalização do contrato atue com redobrada cautela, a fim de contornar os riscos aos quais esse entendimento está expondo os contratos da administração estadual, verificando constantemente a qualidade da obra, a regularidade fiscal e econômico-financeira da Contratada em recuperação judicial.

Por sua vez, foi inserida a obrigação da Contratada de comunicar imediatamente, à administração Contratante, qualquer alteração de sua condição no processo de Recuperação judicial ou extrajudicial (Item 11.34 da Minuta do Termo de Contrato - Anexo VIII).

Assim, em suma, optou-se por elaborar minuta padronizada onde se permite, de maneira condicionada, que interessados em recuperação judicial participem do certame, tendo em vista determinação expressa do TCE/ES ao DER/ES.

Desta forma, recomenda-se que o consulente adeque o dispositivo em referência para condicionar a participação de empresas em recuperação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

judicial, ou justifique as razões que impossibilitam tal previsão. Mantendo o dispositivo, frente a eventuais justificativas, deverá adequar o item "1" da Tabela VI do Anexo VII, eis que prevê o enunciado acima descrito.

Recomenda-se, ainda, a inclusão de restrição de empresas que:

– estejam cumprindo a penalidade prevista no artigo 87, inciso III da Lei Federal nº. 8.666/93 imposta por órgão ou entidade que integre a Administração Pública do Estado do Espírito Santo;

– estejam cumprindo a pena prevista no artigo 87, inciso IV da Lei Federal nº. 8.666/93, imposta por órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera da Federação;

3.11 - Da Qualificação Técnica

Não há, no Anexo VII, item IV do Edital, vedação de soma dos atestados de capacidade técnica das empresas que participem em consórcio, contudo, não resta explicitada essa possibilidade, o que recomenda-se, para fins de se evitar questionamentos futuros quanto ao tema.

Isso porquanto o art. 33, III, da Lei 8.666/ 1993 não deixa margem de discricionariedade a esse propósito:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

217 - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Cabe, no ponto, mais uma vez transcrever a explicação dos cultos autores:

"Na qualificação técnica os atestados individuais assumem valor absoluto: a qualificação do consórcio advirá da soma simples dos atestados de cada um dos consorciados (independentemente da sua cota de participação). O que deve ser compreendido de forma ponderada, nos exatos limites da razão de ser da exigência (e da autorização ao somatório). Não se pode imaginar que a soma de muitos atestados de pequenas obras resulta na capacidade técnico-operacional equivalente à capacidade de execução de uma obra grandiosa. A soma de muitas piscinas jamais resultaria numa hidrelétrica". (Ob. cit., p. 269)

O que se quer salientar é que a soma de atestados para se atingir o quantitativo das obras ou serviços exigidos como experiência anterior deve estar espesso. Isto porque não se pode admitir sejam as empresas formadoras do consórcio impedidas de cada uma comprovar isoladamente um dos pontos de qualificação técnica (um dos serviços ou uma das obras), pois isso contrariaria o espírito da formação de consórcio.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça considerou válida a orientação externada por comissão de licitação, que ante a inexistência de previsão específica na Lei 8.666/1993 e no Edital quanto à forma de utilização de atestados relativos a obras desenvolvidas em consórcios anteriores, deliberou no sentido de que:

"a) os atestados relativos a obras desenvolvidas em consórcio serão considerados em sua totalidade para cada uma das empresas consorciadas, independentemente do percentual de sua participação no consórcio; b) no caso de atestados decorrentes de obras executadas em consórcios, em que há discriminação expressa de responsabilidade pela execução de partes distintas da obra, pelas empresas consorciadas, considerar-se-á o percentual de responsabilidade de cada empresa no consórcio". (STJ, MS 13.005/DF, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2007, DJe 17/11/2008).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Isto posto, **recomenda-se a previsão expressa acerca da possibilidade do somatório dos atestados quanto às empresas consorciadas, e a avaliação de sua admissão quanto as demais, considerando, para tanto, a complexidade das obras prestadas, bem como a natureza dos serviços a serem prestados.** Considerando ainda, a opção do órgão consulente - baseado em razões de ordem técnica que refogem a competência deste parecerista em proceder a um procedimento licitatório único, incluindo, em paralelo, obras e serviços (não há, diga-se, individualização em lotes).

Ainda quanto a demonstração da capacidade técnica, é de se destacar que os atestados devem ater-se às parcelas de maior relevância e valor significativo, como pretendido pelo art. 30, par. 2º da Lei nº 8666/93, o que, presume-se (e assim dá a entender as alíneas "a" a "d" da Tabela VI do Anexo VII), foi atendido pelo ente consulente.

Ainda, é necessário esclarecer que os quantitativos mínimos estabelecidos para fins de comprovação da capacidade técnico-operacional devem ser proporcionais à magnitude e complexidade do objeto especificado, observando-se, em regra, o **limite máximo de 50% do quantitativo previsto para a licitação, conforme entendimento do TCU, pelo que necessária a verificação da adequabilidade do disposto na alínea "a" da Tabela VI do Anexo VII do Edital.**

3.12 - Da Proposta Financeira

A proposta financeira representa uma dos elementos mais importantes do certame, uma vez que servirá de baliza para o licitante vencedor e para o Poder Concedente. Desta forma, tendo em vista os argumentos trazidos no tópico que trata da adequabilidade da presença de estudo de viabilidade econômico-financeira - constante dos autos -, mostra-se necessário que a proposta se dê com todas as informações necessárias e suficientes a comprovar sua exequibilidade.

3.13 - Dos Recursos Administrativos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Quanto à sistemática recursal a ser adotada pelo presente procedimento licitatório, e posteriormente, quando da contratação, recomenda-se a adoção integral do texto constante das minutas padronizadas desta PGE (constantes das minutas de Concorrência), inclusive para fins de prever que "(...) *será submetido à análise da Procuradoria Geral do Estado, após (...)*".

4. Das Recomendações Quanto ao Contrato

4.1. MODELO DE GOVERNANÇA

Recomenda-se a criação de um documento que entabule um modelo de governança. Este é um documento de extrema importância para o sucesso na implementação de uma PPP, pois esta modalidade de parceria demanda uma governança estruturada, com entidades independentes para a fiscalização e auditoria do contrato. Tal medida dá maior garantia de execução dos interesses do Estado e, ainda, maior transparência à população.

Tal documento se presta a estabelecer um modelo de governança para o período de concessão, incluindo o período de obras, de forma que restem assegurados que os esforços empreendidos pelas diversas entidades envolvidas no projeto gerem o retorno esperado, seja financeiro, político ou social.

O mecanismo mais adequado de governança que deve restar previsto no contrato é a instituição de Comitês de Governança, a ser constituído por diversos envolvidos no objeto da concessão (Poder Concedente, Concessionária, Representantes dos Municípios envolvidos, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Tribunal de Contas do Estado, Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos - SEAMA, Procuradoria Geral do Estado do ES, CETURB-GV, verificador independente, e outros atores que poderão ser incluídos).

Outros comitês que se façam necessários poderão ser criados no prazo de vigência da concessão. Mas, desde já, é recomendável a criação de dois comitês, um primeiro, com os envolvidos no parágrafo anterior, com atribuições de apoiar o Poder Concedente com informações técnicas que possam contribuir para solução de eventuais conflitos gerados na execução do contrato, discutir impactos ambientais da execução contratual e das obras



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

envolvidas, discutir fatores de garantia da saúde pública e segurança dos usuários, acompanhando relatório elaborado pela Concessionária.

Um outro, por sua vez, composto pelo pessoal técnico do Poder Concedente, que poderá se valer também de um terceiro contratado para tal fim, ou, tal como já incluído no contrato, a CETURB-GV, para fins de exercer a gestão do contrato, a fiscalização da operação dos serviços objeto da concessão, a mensuração de performance e o consequente impacto na remuneração da Concessionária, dentre outras atribuições.

Desta feita, se presta o modelo de governança a possibilitar tanto a solução de eventuais conflitos pautados no interesse público, como a participação de entidades e órgãos cujos interesses na gestão dos serviços objeto da concessão sejam relevantes, exigindo da Concessionária atenção as sugestões feitas, dado que estas terão por meta a maior eficiência na gestão e, por consequência, melhores resultados tanto para as partes quanto para os usuários dos serviços.

4.2 - Das Definições

Nada há que se opor aos conceitos apresentados no capítulo que trata das definições.

4.3 - Do Prazo da Concessão e sua Prorrogação.

A cláusula 3 traz o prazo da concessão, que será de 20 (vinte) anos, que *"...poderão ser prorrogado, a exclusivo critério da SETOP, por até 5 (cinco) anos."*

É sabido que o prazo da concessão não pode ser livremente escolhido, devendo ser estabelecido com base em profundo estudo de viabilidade de econômico-financeira da concessão, uma vez que *"...deve ser estabelecido em função da equação econômica do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimentos, menos receitas alternativas e acessórias"* (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviço Público. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.p.86).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Por sua vez, o prazo da concessão não pode ser prorrogado arbitrariamente, se justificando apenas em situações excepcionais, uma vez que pode vir a frustrar a possibilidade de que outros particulares disputem o referido contrato, impedindo a contratação de concessão mais vantajosa para o Estado. A Lei 11.079/04 fixou um prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos, já incluído nesse período eventual prazo de prorrogação, pelo que o prazo fixado, em princípio, se mostra regular, visto que no subitem 3.2.2 acabou por prever adequação dos valores estimados.

4.4 — Da Transferência da Concessão.

O contrato em análise, que trata da concessão de serviço público de transporte de passageiros, em sua Cláusula 27, prevê as hipóteses em que será possível a "Transferência do Controle da Concessionária" à terceiros estranhos a relação de concessão inicial, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 8.987/95, e artigo 5º da Lei Federal nº 11.079/2004, vejamos:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 12 Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 22 Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 32 Na hipótese prevista no § 22 deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 12, inciso I deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

§ 42 A assunção do controle autorizada na forma do § 22 deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente. (Incluído pela Lei n° 11.196, de 2005)

Art.5Q As cláusulas dos contratos de parceria público privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

(•)

§ 22 Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

Mencionado (pelo art. 5° da Lei 11.079/04) inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei n° 8.987/95 foi revogado pela Lei 11.196/06, contudo, condiz com o disposto no inciso I do seu §1°.

Apesar da possibilidade da referida transferência estar condicionada à expressa anuência do Poder Concedente, é de se verificar, tal como posto na cláusula 27 mostra-se inconstitucional, motivo pelo qual deve ser procedida sua adequação.

O Procurador do Estado Dr. Horácio Augusto Mendes de Sousa se manifestou sobre o tema, na condição de Representante (suplente) da Procuradoria Geral do Estado junto ao Conselho de Transportes Intermunicipais - CTI/ES, nos seguintes processos: PROCESSO n° 39157024 - 14 de Julho de 2008; PROCESSO n° 36398730 - 19 de Fevereiro de 2008; PROCESSO n.° 36398730 - 20 de Agosto de 2007, pelo que reproduzo alguns pontos:

2.2 - Da regulamentação Federal e Estadual

O ponto em questão recebe tratamento no âmbito da legislação federal através do art. 26 e 27 da Lei 8.987/1995, que estabeleceu o seguinte:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 12. A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2P O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1-Q Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

§ 2P Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

§ 32 Na hipótese prevista no § 22 deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 12, inciso I deste artigo.

§ 42 A assunção do controle autorizada na forma do § 22 deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.

Repetindo integralmente a previsão federal, a lei estadual no 5.720/1998 proporcionou tratamento idêntico aos seus artigos 26 e 27, conforme pode-se observar:

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º A subconcessionária se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcessão dentro dos limites de subconcessão.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. Para fins de obtenção da anuência de que trata este artigo o pretendente deverá:

I - Atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço;

II - Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Verifica-se, ainda, no âmbito estadual, que a transferência recebeu tratamento do Decreto Estadual nº 3.288-N/ 92, que estabeleceu o seguinte:

Art. 20 - A modalidade de delegação pode ser transferida, à vista de requerimento conjunto, do concessionário e do transportador interessado, após expressa anuência do DER-ES.

Parágrafo Único - Antes da anuência pelo DER-ES, de que trata este artigo, será estabelecida a mesma regra prevista nos §§ 1º e 2º do art. 9º.

Art. 21 - A transferência só pode ser deferida a transportador registrado junto ao concedente e que satisfizer os requisitos de capacidade técnico-operacional, o disposto no parágrafo único do artigo anterior, e outros fixados no Edital de Licitação.

Assim, tendo em vista os dispositivos referidos, pode-se entender, equivocadamente, pela possibilidade da transferência da concessão de serviço de transporte intermunicipal de passageiros pretendida pelo requerente. Contudo, conforme será mostrado a seguir, outra solução é imposta pela matriz constitucional do ordenamento pátrio, conforme já mencionado pela respeitável manifestação de fls. 136/ 146.

2.3 - Da Impossibilidade de alterações subjetivas (transferência) dos contratos de concessão



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

A Constituição da República de 1988 legitima e reconhece a importância da prestação dos serviços públicos de transporte enquanto atividade material positiva assegurada pelo Estado em prol dos cidadãos, de maneira adequada (CR/88, art. 175), sendo certo que a sua essencialidade é pronunciada expressamente pela CR/88, no que tange ao transporte municipal (CR/88, art. 30, V).

A Carta Magna estabeleceu um sistema jurídico de regras e princípios direcionados à adequada prestação do serviço de transporte, em especial, no que se refere aos seus aspectos estruturantes e fundamentais, reunidos em um contrato considerado especial pela própria Constituição Federal (CR/88, art. 175, p. único, inc. I).

Essa contratação administrativa especial, aludida pela Constituição da República, contudo, tem como pressuposto lógico e fundamental a realização de procedimento licitatório. Com efeito, a Ordem Constitucional de 1988, previu, inequívoca e expressamente, o instituto da licitação, como princípio constitucional setorial da Administração Pública brasileira.

Assim, a CR/88 ressaltou, em seu art. 175, *caput*, como regra geral para as delegações de serviços públicos, seja pela via da concessão, seja por meio de permissão, a necessidade de prévia realização de licitação, de modo a selecionar, por critérios objetivos e impessoais, fundados nos princípios da eficiência e da economicidade, o melhor prestador privado de serviços públicos. Isto porque, não se pode conceber, como regra geral, em vista da Ordem Constitucional, que se possa delegar, discricionariamente, a determinado particular, mediante concessão ou permissão, a prestação do serviço público de transporte rodoviário de passageiros sem licitação.

Admitir tal possibilidade consistiria em inaceitável quebra do sistema constitucional regente das contratações administrativas do Estado, o que não se pode conceber, sendo o que se extrai, em especial, da interpretação sistemática dos arts. 1º, *caput*, 37, *caput*, inciso XXI e 175, *caput*, todos da CR/88.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

A doutrina clássica e contemporânea não discrepa a respeito do tema. Como pode-se observar, o magistério de CELSO RIBEIRO BASTOS e MARÇAL JUSTEN FILHO, respectivamente declara que:

*(...) A nossa Constituição anterior já tinha norma voltada à disciplina parcial do serviço público. O presente artigo, contudo, não é uma mera reprodução sua. Há diversos pontos de inovação que merecerão agora a nossa atenção. Cite-se, em primeiro lugar, a maior abrangência da atual norma que inclui também a permissão dentro de sua disciplina. Se, portanto, desde a Constituição de 1934 já se cuidava das concessões de serviço público, esta preocupação do constituinte se estende agora também à modalidade da permissão, sujeita, desde já, à necessidade de licitação. **Não importa, pois, se de concessão ou permissão de trate, porque em ambas as hipóteses de transferência do serviço público há de obedecer-se à lei regulamentadora prevista na Constituição, assim como há de anteceder-se este ato translativo de licitação (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 07, p. 130.)***

10 - Afiguram-se manifestamente ilegais os termos de permissão que foram firmados entre a municipalidade e as empresas apeladas sem licitação, ainda que com base em uma lei municipal, cuja inconstitucionalidade também é manifesta.

11 - A declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal, no caso, dispensa a observância do procedimento do art. 480 do Código de Processo Civil, na medida em que a questão relativa à necessidade de prévia licitação é pacífica perante o Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou em Plenário acerca da matéria - atraindo o disposto no parágrafo único do art. 481 do mesmo diploma.

12 - Declarados nulos os termos de permissão firmados com base no inconstitucional art. 39 da lei municipal nº 5.432/2001, que dispensou o procedimento licitatório, resguardando, no particular, o prazo ajustado



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

no termo de ajustamento de conduta (de, no máximo, 300 dias), já firmado entre a municipalidade e o Parquet Estadual, a contar da publicação do acórdão deste julgamento, para que seja regularizada toda a situação do transporte público municipal.

(REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL N° 024050023712, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNO, Data do Julgamento: 18/ 12/2012)

Logo, à luz da Ordem Constitucional atual, da posição da doutrina especializada, e da jurisprudência do E. STF e do C. STJ, não se apresenta possível a delegação do serviço público de transporte de passageiros sem a observância do devido processo legal licitatório (arts. 1º, caput, 37, caput, inciso XXI e 175, caput, todos da CR/88).

[...]

Ressalta-se, ainda, a existência de Ação Popular na 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, tombada sobre o nº 024.03.015738-2, tratando dos contratos, concessões e permissões de serviço público de transporte de passageiros na Região da Grande Vitória, em face da CETURB, que corrobora tal conclusão.

Assim, tendo em vista a clara inconstitucionalidade da previsão de transferência da concessão para terceiros, **recomenda-se ao consulente que proceda a adequação da referida cláusula do contrato, de forma a liminar essa transferência aos "financiadores", tal como previsto no subitem 27.2, dado que em conformidade com inciso I do art. 5º da Lei 11.079/04.**

4.5 - Das Alterações Contratuais e Recomposição do Reequilíbrio Econômico Financeiro

Recomenda-se a adoção das disposições constantes das minutas padrões da PGE (utilizadas para Licitações na modalidade Concorrência Pública), inclusive prevendo o seguinte dispositivo: *"A revisão será formalizada por meio de Termo Aditivo, precedida de análise da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE)."*

4.6 - Das Penalidades e Recursos.

Ministério Público de Contas

Rua José Alexandre Buaiz, 157 – Enseada do Suá - Vitória/ES
CEP 29.050-913 Fone: (27) 3334-7600



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Quanto a este aspecto, recomendo a previsão contratual que possibilite que o Poder Concedente, ante a hipótese de não se conseguir esgotar todas as hipóteses ensejadoras de aplicação de penalidade, aplique multa em valor máximo fixado, no caso de verificação de cometimento de infração não tipificada expressamente no contrato, sem prejuízo de indenização devida por eventuais perdas e danos.

4.7 - Da sustentabilidade

Ainda no que tange ao objeto licitatório, recomenda-se que os bens e serviços necessários à execução do contrato firmado com o Estado atendam aos requisitos de sustentabilidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no âmbito deste Estado, às prescrições constantes do Decreto nº 2830-R/2011.

4.8 - Reversão de Bens

Ante a possibilidade de prorrogação do contrato, é de se prever eventual indenização dos bens adquiridos nos últimos anos da concessão e ainda não amortizados pela Concessionária, desde que adquiridos mediante prévia autorização do Poder Concedente e desde que imprescindíveis à continuidade e atualidade da prestação dos serviços. Alternativamente à indenização, poderá o Poder Concedente, nesse caso, admitir a transferência de bens que tenham sido dados em garantia de seu próprio financiamento, sob-rogando-se nas parcelas financiadas vincendas.

4.9 - Indicadores de desempenho

O Anexo 7 do Contrato aponta e descreve os indicadores de desempenho. Em primeira vista, estes estão discriminados de forma pormenorizada, pelo que exigem do Estado uma constante e eficiente fiscalização. Esta fiscalização da execução da concessão administrativa, no modelo de PPP como o que se implementa, é de extrema importância. O gestor público responsável pela fiscalização deverá utilizar-se de todos os meios necessários para proceder a adequada verificação do cumprimento, além de possibilitar a adequada



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

remuneração frente aos critérios eventualmente fixados (como aqueles que incentivam a preservação ambiental).

No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada - No caso, a CETURB-GV -, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Chamo a atenção, aqui, para as disposições do artigo 3º da Lei Complementar Estadual N°492/2004, para que se observe o atendimento das diretrizes ali elencadas. Destaco, por relevante - especialmente quando se trata de serviço de transporte hidroviário -, a necessária vinculação aos planos de desenvolvimento ambiental do Estado, **pelo que adequada, como critério de mensuração do desempenho descrito no parágrafo anterior, o incentivo à preservação ambiental.**

4. Da Necessária Remessa para a SECONT.

Reputa-se necessária a oitiva da douta Secretaria de Controle e Transparência - SECONT, para se manifestar, sob o ponto de vista da economicidade, a respeito dos procedimentos adotados nos presentes autos, notadamente a regularidade econômico-financeira e orçamentária, em especial, no que tange à previsão remuneratória e ao sistema de reajuste tarifário, previsto no presente edital e contrato.

Tal diligência, ademais, se fundamenta na inteligência do art. 74 da CR/88 c/c arts. 2º, 3º e 4º, todos da LC n° 295/2004 c/c arts. 2º, 3º e 4º, todos da LC n° 478/2009.

Assim, **recomenda-se que os presentes autos sejam encaminhados à SECONT para a análise técnico-econômica** da minuta de edital e contrato da presente concessão de serviço público de transporte de passageiros.



III. Conclusão

Neste contexto, em razão da **análise emergencial** solicitada pelo ente consulente, cabe à entidade consulente, por meio da sua respectiva autoridade ordenadora de despesas, empreender a verificação da juridicidade - legalidade e legitimidade -- de todos os atos administrativos praticados no certame licitatório, consoante já entendeu o C. TCU. Vale conferir:

"[...] É de responsabilidade da autoridade ordenadora da despesa em um processo licitatório checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica Mediante representação, o Tribunal apurou irregularidades em licitações realizadas pelo Município de Montanhas, no Rio Grande do Norte. Na espécie, foram levados à efeito 3 convites, de números 15, 16 e 17, realizados em 2004, com valor aproximado de R\$ 100.000,00 cada.

Para os 3 certames, realizados na mesma data, foram convidadas as mesmas 3 empresas, sendo que cada uma foi declarada vencedora de um convite, denotando ajuste prévio entre as empresas e a municipalidade, no sentido de que todas fossem beneficiadas com as obras a serem contratadas. Ouvida em audiência, a Prefeita do Município ao tempo dos fatos avocou o princípio da confiança para tentar se eximir de responsabilização perante o Tribunal. Para ela, a irregularidade deveria ser imputada aos membros da comissão de licitação, posto que, como Prefeita, não participara da condução do certame, tendo depositado confiança de que o processo seria conduzido adequadamente pelos integrantes daquele órgão colegiado, com o que não concordou a unidade técnica, segundo a qual, *"a alegação de que o princípio da confiança abrigaria a defendeste é imprópria"*, pois *"imputam-se como irregularidades à responsável atos de sua própria autoria, no caso, a homologação dos convites nas. 15, 16 e 17/2004"*. No voto, o relator destacou que *"se a responsável decidiu confiar em outras pessoas, in casu, nos integrantes da Comissão de Licitação, o fez por sua própria conta e risco"*. Dai que, *"na qualidade de ordenadora de despesa, era sua responsabilidade checar se todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames"*. Em consequência, o relator votou pela aplicação de multa à ex-Prefeita e aos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

demais responsáveis pela irregularidade, o que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão nº 1618/2011 Plenário, TC-032.590/2010-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.06.2011.** Noticiado no *Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 67*, julho de 2011."

Ante as considerações elencadas, **atendidas previamente todas as recomendações constantes do presente pronunciamento jurídico** (em especial aquelas em destaque), não há óbices jurídicos ao prosseguimento do presente processo licitatório.

É o Parecer que submeto à Vossa apreciação.

Vitória, 24 de setembro de 2014.

ELIÉZER LINS SANT'ANNA

Procurador do Estado

Procurador Assessor do Gabinete — PGE/ES

2.2.1 - DO NÃO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À SECONT

Por conseguinte, determinei que a assessoria de gabinete deste Procurador entrasse em contato com a Secretaria de Controle e Transparência do Estado do Espírito Santo – SECONT - para que encaminhasse o parecer daquela secretaria e, por surpresa, **não existe parecer analisando a situação econômico-financeira** do contrato. Aliás, o procedimento (Processo SEP 66726808) ainda encontra-se na SECONT, como observa-se da consulta realizada ao Sistema Eletrônico de Protocolo do Poder Executivo Estadual

Ora nobre julgador, estamos diante de edital que ultrapassa um bilhão e quatrocentos milhões de reais. Como que se deflagra um procedimento dessa magnitude sem estudos aprofundados com vistas a evitar máculas, ilegalidades e, bem como, danos ao erário que podem vir a ocorrer?



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

É um procedimento complexo, que deve ser rico em detalhes, principalmente sob o aspecto econômico-financeiro, que visa justamente evitar a testilha que ocorre com outro contrato de concessão - RODOSOL.

Existem omissões, cláusulas levantadas no Parecer da PGE-ES que não foram modificadas, alteradas ou suprimidas e nem tampouco manifestação dos responsáveis acerca dos levantados. Na verdade, era impossível que a SETOP realizasse todas as alterações determinadas pela PGE-ES. Afinal, o parecer da Douta Procuradoria foi emitido em 25 de setembro de 2014 e o aviso de licitação publicado no Diário Oficial de 29 de setembro de 2014. Ora, é incabível que **EM APENAS 2 (DOIS) DIAS, REPITA-SE EM APENAS 2(DOIS) DIAS**, fossem realizadas todas as modificações determinadas, incluindo a passagem do procedimento pela SEFAZ, pela SECONT, dentro outros.

Outrossim, consoante o estabelecido no artigo 10 da Lei 11.079/2004, as concessões nos moldes aqui analisados dependem de autorização legislativa específica. Assim, considerando que o contrato em análise envolve diversos municípios e o Estado do Espírito Santo, mister se faz que todos esses entes políticos possuam autorização legislativa para consecução dos objetivos a serem alcançados pelo certame, exigência que desconhecemos ter sido atendida.

É inegável que o procedimento licitatório *sub examine* é de elevada complexidade, deixando entremostar vicissitudes que ensejam, futuramente, diversos questionamentos judiciais.

O elevado valor do contrato de concessão que se perpetuará por 20 (vinte) anos a ser suportado pelos mais diversos gestores é outro ponto que deve ser analisado com a mais específica cautela, devendo ser elaborado estudo técnico sobre os subsídios suportados bem como as tarifas pagas pelos usuários.

Cumprido enfatizar, ainda, a ausente análise por parte da SECONT, a respeito do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, causando



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

espécie, ainda, a abertura do edital ser dia 03.11.2014 sendo que esta Secretária nem se pronunciou nos autos.

3 - DA MEDIDA CAUTELAR

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou procedimento de licitação para Concorrência Pública n. 009/2014; contudo, conforme fora exhaustivamente demonstrado ao longo da presente representação, as irregularidades constatadas pelo Ministério Público de Contas e do Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, cujas máculas não foram elididas, repercutindo de forma direta nos critérios estabelecidos pela Administração para a seleção das empresas e consórcios aptos a apresentarem propostas em etapas futuras, restringem a competição e cerceiam a participação de possíveis empresas idôneas à execução do contrato, em plena afronta à ampla competitividade na licitação.

O procedimento licitatório, na forma como se encontra, revela-se totalmente contrário a legislação e à jurisprudência, restringindo à participação de interessados aptos e idôneos à execução do objeto contratual e indica, inclusive, possível direcionamento do certame a determinadas empresas, encontrando-se plenamente comprovado o fundado receio de dano ao erário, razão pela qual é inexorável a expedição de provimento liminar cautelar, *inaudita altera parte*, para que seja susgado o prosseguimento do certame até decisão final de mérito por essa egrégia Corte de Contas, conforme prevê o art. 124, Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

Restou demonstrado nesta representação que o procedimento de Concorrência Pública n. 009/2014 está maculado de diversos vícios graves, que frustram o caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação onerosa para a Administração Pública, sobretudo ante o enorme impacto econômico-financeiro que repercutirá por demasiado tempo, sem uma efetiva análise econômico financeira do contrato, que poderá amarrar futuros gestores além de possíveis guerras judiciais.

Assim, a ilegalidade evidente do edital indica a robustez dos indícios de violação da Lei Federal de Licitações e dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

igualdade e eficiência, assim como o da economicidade, capazes de comprometer a lisura do procedimento **(relevância do fundamento da demanda – “*fumens boni juris*”)**.

Por outro lado, a fim de possibilitar a correção do procedimento licitatório e, assim, evitar a exclusão de potenciais interessados e a possível escolha de proposta menos vantajosa para a Administração, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, é de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente **(justificado receio de ineficácia do provimento final – “*periculum in mora*”)**.

Dessa forma, considerando a plausibilidade das alegações, denotada pela existência da fumaça do bom direito invocado em face da ausência de elementos obrigatórios no edital de licitação, nos termos do art. 40, § 2º, I e II, da Lei n. 8.666/93 e da Lei 11.079/04, deficiente projeto executivo entre outros acima destacados e, considerando ainda o *periculum in mora*, porquanto o recebimento das propostas ocorrerá no dia 03/11/2014, a suspensão da Concorrência Pública n.º 009/2014, na fase em que se encontra, é de vital importância até que sejam elididos os vícios, republicando o edital ou mesmo sucedendo sua anulação.

4 – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

4.1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI da LC n. 621/2012 c/c artigos 181 e 182, inciso IV da Resolução TC 261/13;

4.2 – LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV e XVII, 108 e 125, incisos II e III, da LC n. 621/12, a concessão de medida cautelar *inaudita altera parte*, determinando que ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas que **promova a imediata SUSPENSÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 009/2014**, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologá-la até decisão final de mérito;

4.3 – a notificação dos representados para apresentar justificativas nos termos dos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

arts. 109 e 125, § 4º, da LC nº. 621/12;

4.4 – a par das irregularidades constantes nos autos, pugna, ainda, seja o procedimento licitatório, dada a sua inegável complexidade, examinado de forma integral pelo corpo de auditores dessa Corte de Contas, nas suas respectivas áreas de trabalho, tais como engenharia, economia, financeira e contábil; e,

4.5 – NO MÉRITO, seja provida a presente representação para que seja reconhecida a ilegalidade do certame, ante a inobservância de formalidades legais, bem assim das cláusulas do edital de concorrência ora objurgadas, **determinando-se**, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVI, da Lei Complementar nº. 621/12, ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas que adote as medidas necessárias ao saneamento do procedimento licitatório e à correção do edital ou, caso já tenha ocorrido o certame, à sua total anulação, bem como de todos os atos dele decorrentes.

Vitória, 21 de outubro de 2014.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas