EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-RELATOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Referente ao Processo: **TC – 10212/2014**
Interessado: **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**
Jurisdicionado: **SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS-SETOP**
Assunto: **REPRESENTAÇÃO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI, da Lei Complementar nº. 621/12, apresentar

ADITAMENTO

à representação ofertada, nos autos do processo epigrafado, requerendo a apuração de irregularidades ocorridas no Edital de Concorrência Pública n. 009/2014, promovido pela **SECRETARIA DE ESTADO DOS TRANSPORTES E OBRAS PÚBLICAS-SETOP**, cujo objeto é **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**.

Foram indicados como responsáveis:

FÁBIO NEY DAMASCENO – Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP;

JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPINDULA – Presidente da CPL/OBRAS.

Não obstante, após análise acurada das ilegalidades alegadas na representação que maculam o procedimento de contratação objurgado, restou observado nos instrumentos técnicos constantes dos autos outras irregularidades, as quais passamos a expor:

I - DO NÃO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À SECONT

Dada a ausência do Parecer da SECONT, conforme demonstrado pela douta PGE-ES, nos autos do procedimento, 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 acerca da situação econômico-financeira** do contrato. Aliás, o procedimento (Processo SEP 66726808) ainda encontra-se na SECONT, como se observa da resposta do e-mail encaminhado àquela Secretaria e respondido pela mesma:

RES: Parecer no Processo SEP nº 66726808 - Transporte Hidroviário

Valber Pinheiro Padilha <valber.padilha@secont.es.gov.br>

Enviada em: qua 29/10/2014 16:15
Para: Viviane Almeida Gouveia
Cc: secretario-secont

Sra. Viviane,

O Processo 66726808 relativo à concessão de transporte hidroviário de passageiros foi protocolado nesta SECONT na data de 13 de outubro de 2014 e está sob análise da Coordenação de Contratos.
Até a presente data não foi expedida a manifestação do setor.

Atenciosamente,

Valber P Padilha
Coordenador de Auditoria de Obras Públicas
Auditor do Estado
Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT
(27) 3636-0731 - www.secont.es.gov.br
GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

De: Viviane Almeida Gouveia [mailto:viviane.gouveia@mpc.es.gov.br]
Enviada em: quarta-feira, 29 de outubro de 2014 15:29
Para: Valber Pinheiro Padilha
Assunto: Parecer no Processo SEP nº 66726808 - Transporte Hidroviário

Sr. Valber Pinheiro Padilha - Subsecretário de Estado de Controle (SECONT),

Boa tarde!

De ordem do Exmo. Sr. Procurador Geral do Ministério Público de Contas, Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, solicito que nos seja informado se já foi expedida a manifestação dessa Secretaria no processo SEP nº 66726808, que trata da Concorrência Pública n. 009/20014, conduzida pela Secretaria Estadual de Transporte e Obras Públicas, objetivando a concessão do serviço público de **transporte hidroviário** metropolitano de passageiros.

Ora nobre julgador, estamos diante de edital que ultrapassa um bilhão e quatrocentos milhões de reais. Como 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?

É um procedimento complexo, que deve ser rico em detalhes, principalmente sob o aspecto econômico-financeiro.

Existem omissões, de certo, cláusulas levantadas no Parecer da PGE-ES que não foram modificadas, alteradas ou suprimidas e nem tampouco manifestação dos responsáveis acerca dos levantes. Na verdade, era impossível que a SETOP realizasse todas as alterações determinadas pela no parecer da 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 entremostrar vicissitudes que ensejam, futuramente, diversos questionamentos judiciais.

O elevado valor do contrato de concessão que se perpetuará por 20 (vinte) anos, com possível prorrogação, 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.

Cumpre enfatizar, ainda, a ausente análise por parte da SECONT, a respeito do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, causando espécie, ainda, a abertura do edital ser dia 27.11.2014 sendo que esta Secretária nem se pronunciou nos autos, ou seja, o processo não se encontra madura para prosseguimento.

II – IRREGULARIDADES CONSTATADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS QUE SÃO OBJETO DE ADITAMENTO À REPRESENTAÇÃO

Conforme bem demonstrado, a par dos vícios mencionados na representação, cujos pontos nenhum foi objeto de exame pelo Conselheiro que indeferiu a liminar, há inequívoco desperdício de dinheiro público, com a execução de obra que posteriormente terá que ser suspensa e, por consequência, o estado deverá pagar o valor já executado por obra que possui a mais vasta irregularidade.

Reza o consagrado aforismo que ***"o edital é a lei"***. Essa máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o certame ligam-se e devem obediência ao edital (que não só é o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o regerão).

Esse princípio nada mais é que faceta dos princípios da **legalidade** e **moralidade,** mas que merece tratamento próprio em razão de sua importância. Com efeito,

o edital é ato normativo editado pela administração pública para disciplinar o processamento da concorrência pública. Sendo ato normativo editado no exercício de competência legalmente atribuída, o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca, Administração e pretensos licitantes, que dele não podem se afastar.

Sob este prisma, acrescente-se que a concessão da medida cautelar não significa ingerência indevida da Corte de Contas sobre o Poder Executivo, na medida em que a discricionariedade administrativa é relativa e encontra limites, principalmente quando se comprova com clareza ofensa a lei vigente pelo Estado, consoante se dessume da representação proposta, podendo, haver, nesta hipótese, decisão impondo o cumprimento da Lei de Licitações e correlatas.

INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES CONSTATADOS NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 09/2014

II.1 – CONCESSÃO ADMINISTRATIVA X CONCESSÃO PATROCINADA

O edital em testilha aponta que o certame será de concessão administrativa, contudo, a própria PGE-ES trata em seu parecer como Concessão Patrocinada.

A Patrocinada é uma concessão de serviço público subordinada a princípio pelas regras da Lei Federal n.° 8.987/95, onde o poder que concede o encargo responde parcialmente pela remuneração, que essa é o objeto de garantia ao concessionário por parte do poder público.

Este ato de transmitir o serviço público é delegar a um particular e este terá de desempenhar os serviços perante a comunidade. Procederá de acordo com as regras já estabelecidas para a concessão comum. No tocante a estas regras, suas diversas modalidades podem ser objeto da concessão patrocinada.

No tocante à remuneração, o Poder Concedente se responsabiliza por parte da remuneração que é devida ao concessionário. Esta é a distinção mais visível entre a concessão comum e a concessão patrocinada. Assim, essa remuneração por parte do particular é feita através da cobrança de tarifa aos usuários e a receita de projetos acessórios (se tiver). Adiciona-se a isto o recebimento de recursos dos cofres públicos pelo poder concedente.

Assim se manifesta a doutrina:

> "Quando se afirma que a concessão de serviços públicos implica a prestação de serviços por conta e risco do particular, quer-se dizer que não há total eliminação do risco empresarial. Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas a seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração derivada da execução da prestação dele exigida" (JUSTEN FILHO, 2004. p. 554).

Por sua vez, a concessão administrativa é um contrato administrativo em que um particular assume deveres complexos, que por sua vez estão diretamente relacionados à prestação de serviços direta ou indiretamente para a Administração Pública. Dentro desse complexo de deveres, envolve prestações de fazer e também de dar. Deste modo, esta é uma característica que contrasta a concessão administrativa dos contratos de prestação de serviços.

Assim, *prima facie,* estamos diante de uma concessão patrocinada.

II.2 – FASE I, COM A EXECUÇÃO DA INFRAESTRUTURA E OPERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE HIDROVIÁRIO DE PASSAGEIRO

De acordo com o ponto acima questionado, este *"compreende 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;"

A primeira pergunta que vem à mente é: **Qual o prazo de implantação dos serviços? Não existe resposta tanto no edital quanto no contrato.**

Ora, qualquer serviço a ser prestado deve ter ao menos um prazo mínimo e máximo para sua conclusão, de modo que o fiscal do contrato avalie as medições e efetue os pagamentos bem como aplique as sanções cabíveis em virtude de mora. A delimitação do tempo para execução do serviço se mostra imprescindível na aferição dos requisitos para que se possa autorizar uma prorrogação.

Desse modo, verifica-se indício de irregularidade no que tange a ausência de prazo para implantação da Fase I.

II.3 - ITEM 1.1.2.1. A EXECUÇÃO DA FASE II E DA FASE III SERÁ OBJETO DE TERMO ADITIVO AO CONTRATO, DEVENDO SUA REMUNERAÇÃO SER MENSURADA PELA UTILIZAÇÃO DO MÉTODO DO FLUXO DE CAIXA MARGINAL; E,

ITEM 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

Da leitura do item 1.1.2.1, do edital, conclui-se que o contrato somente contemplará a primeira fase, sendo as demais objeto de termo aditivo. Por sua vez, o item 2.1, onde prescreve o valor estimado do contrato de concessão no importe de **R$ 1.409.965.397,70**, sobrevindo as seguintes dúvidas:

1 – Este valor corresponde à fase 1 ?

2 – Este valor engloba todas as fases?

Evidencia-se que os itens citados não se harmonizam, não se encontram coerentes, valendo enfatizar a observância dos limites para fins de aditamento que estão estabelecidos na Lei Federal n. 8.666/93.

Desse modo, há latente dúvida no tocante ao valor estimado do contrato, não se conseguindo chegar ao denominador no sentido de ser o valor total ou só de 1 (uma) fase, ou se os aditivos estão contemplados neste valor? Impossível chegar a qualquer conclusão, causando sérias dúvidas no que concerne à aplicação dos recursos públicos.

Ademais, em cálculo aritmético dos valores expostos no edital, põe-se em dúvida sobre a possibilidade de elaboração de termo aditivo, consoante a tabela abaixo:

Valor do contrato	R$ 1.409.965.397,70		% em relação ao contrato	% em relação à soma
Valor do aporte (máximo)	R$ 156.798.000,00	R$ 156.798.000,00	11,12%	16,70%
Valor contraprestação (ano)	R$ 39.104.000,00	R$ 782.080.000,00 (valor total em 20 anos)	55,47%	83,30%
Soma (valor do aporte + valor contraprestação)		R$ 938.878.000,00	66,59%	100,00%
Valor outras fases (Termo Aditivo)		R$ 471.087.397,70	33,41% (Supera 25% do valor contratual)	

II.4 – ITEM 10.7. DEVOLUÇÃO DA GARANTIA DA PROPOSTA APÓS ASSINATURA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Prescreve o item que a *"Garantia da Proposta será devolvida a todas as Proponentes após a assinatura do Contrato de Concessão".*

Ora, quando da devolução, cabe correção quando for em dinheiro? A administração terá algum custo adicional por isso? Terá que tirar recursos dos cofres públicos caso haja correção em dinheiro?

O questionamento é pertinente uma vez que o valor é substancial, sendo que o item é omisso quanto a tal ponderação.

II.5 – ITEM 12.2.1

> **12.2.1.** Na formulação de sua **Proposta Econômica**, a **Proponente** deverá considerar: **(i)** A inclusão de todos os custos operacionais das atividades desenvolvidas em todas as Fases da Concessão e dos tributos eventualmente devidos, observando-se o disposto no **Anexo XVIII – Diretrizes do Plano de Negócios**, bem como todas as obrigações constantes no **Edital e Contrato.**

O item refere-se a todas as fases, contudo, como se observa do item 1.1.2.1, o contrato refere-se tão só à primeira fase, pois as outras duas fases serão realizadas por meio de termo aditivo.

Assim, os itens possuem antinomia em suas essências, apresentando conflito no tocante aos custos das atividades desenvolvidas, incidindo, assim, em veementes indícios de recursos adicionais indevidos por parte do Poder Concedente.

Cumpre ressaltar, ainda, que não se sabendo se o valor abrange todas as fases ou somente a fase 1, impossível mensurar, sob esta ótica, os custos que figuraram tanto em um quanto nas outras.

> **12.2.1. Na formulação de sua Proposta Econômica, a Proponente deverá considerar:**

(v) O limite máximo de R$ 39.104.000,00 (trinta e nove milhões, cento e quatro mil reais) de valor Contraprestação Pública que a Concessionária espera receber anualmente, durante a execução da Fase I da Concessão

12.3. A Proposta Econômica deverá ser incondicional, irretratável e irrevogável.

12.4. Somente será considerada Proposta Econômica que abranja a totalidade do objeto da Concessão.

Dos itens supra, sobreleva ressaltar que, novamente, a proposta econômica deve abranger a totalidade do objeto, contudo, é incongruente, vez que teremos o contrato no que pertine tão só a fase 1. As outras fases serão realizadas por meio de aditivo, sendo, assim, questionável a possibilidade da Proposta Econômica abranger a totalidade do objeto.

II.6 – ITEM 14.13

14.13. Será classificada em primeiro lugar a Proponente habilitada que apresentar o menor valor total de Contraprestação Pecuniária para todas as Fases do Objeto da Licitação, e assim por diante, em ordem decrescente de pontuação.

Se tão só a fase 1 será objeto de contrato sendo as outras fases objeto de termo aditivo – salientando que os termos aditivos possuem algumas restrições pontuais ao ser realizado –, como será apresentado o menor valor para todas as fases? Ou melhor:

Qual o valor de cada fase?

O edital é tão teratológico que ele fala, em um momento, que o valor refere-se a uma fase, noutro momento, a todas as fases e, mais ainda, não prescreve quanto será o valor em cada fase, para mensurar preços.

II.7 - CLÁUSULA RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO. OFENSA AOS ARTS. 3º E 30, INCISO II, DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93 E AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETITIVIDADE.

Assim prescreve o item **IV,** subitem **IV.1:**

IV - Qualificação Técnica da Proponente

IV.1. Os documentos a seguir listados devem ser apresentados pela **Proponente** individual ou pelo **Consórcio**:

Tabela VI/A - Documentos relativos à qualificação técnica	
Nº	**Documento**
2	Comprovação técnico-operacional:
	a) Comprovação de experiência em serviços de transporte público coletivo de passageiros, diretamente ou por meio de empresa integrante do seu grupo controlador, atuando seguintes seguimentos: **a.1) transporte público de passageiros operando linhas que realizem no mínimo 5 (cinco) embarques diários;** **a.2) transporte público de passageiros operando embarcações com capacidade de, no mínimo, 200 (duzentos) passageiros diários;**

Em leitura da Lei Federal n.º 8.666/93 e à luz da Constituição Federal, dessume-se que as exigências de qualificação técnica constantes nos itens a.1 e a.2 devem constituir uma garantia mínima de que a empresa contratada comprove, previamente, capacidade para assumir e cumprir as obrigações descritas em edital de licitação.

Essas exigências devem ser razoáveis e proporcionais com o objeto pretendido, sob pena de restrição indevida à competição do certame, o que não é o caso dos autos.

A qualificação técnica deve nortear em um mínimo para a prestação do serviço e não como o quantitativo certo ou superior. Deve-se primar pelas características técnicas condizentes com o objeto a ser prestado. A título ilustrativo, acaso seja o transporte de 200 (duzentos) passageiros diários, uma empresa que opera com 150 (cento e cinquenta) passageiros não pode participar.

A licitação deve primar pela transparência, lisura e buscar, sempre, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, e não com itens numéricos desvestidos de motivação idônea.

Desse modo, sobressai-se que a qualificação constante nos itens da tabela acima, da maneira como fora redigida, dá maior importância à quantidade do que às suas características técnicas, que seriam os reais indicadores da complexidade de execução dos serviços.

É uníssona e torrencial a jurisprudência do egrégio TCU sobre o tema:

> Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: **não estabeleça, em relação a fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço**, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; (...) **Acórdão 1284/2003 Plenário** (grifo nosso)

> "Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas de obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei no 8.666/1993, e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal". **Acórdão 170/2007 Plenário**

> "Abstenha-se de incluir, nos editais de seus processos licitatórios, critério de habilitação que possa elidir o principio da igualdade entre os licitantes, exigindo, especificamente no caso de qualificação técnica, a comprovação de atividade compatível em quantidade com a realidade do objeto da licitação, em atenção aos arts. 3º, § 1º, inciso I, 30, inciso II, e 44, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade". **Acórdão 265/2010 Plenário**

> "Exigir-se comprovação da qualificação técnica para itens da obra que não se afiguram como sendo de maior relevância e valor significativo, além de restringir a competitividade do certame, afronta os ditames contidos no art. 30 da Lei n.º 8.666/1993". **Acórdão 800/2008 Plenário**

> "A exigência de atestado de capacitação tecnico-profissional ou técnico-operacional deve limitar-se as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado". **Acórdão 1771/2007 Plenário (Sumário)**

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCSP adota entendimento favorável à exigência da qualificação operacional da empresa licitante na Súmula nº 24:

> **SÚMULA Nº 24** – Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, **desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.** (grifo nosso)

Nesse mesmo passo, essa Corte de Contas, nos processos **TC-2135/2013** e **TC-2524/2012**, manifestou-se pela irregularidade de tal exigência, senão vejamos:

> **ACÓRDÃO TC-142/2013**
> **PROCESSO -** TC-2135/2013
> **INTERESSADO -** CER PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA-ME
> **ASSUNTO -** REPRESENTAÇÃO
>
> **EMENTA: REPRESENTAÇÃO - CERTAME LICITATÓRIO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INABILITAÇÃO DO REPRESENTANTE - DETERMINAÇÃO DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL REMOVENDO EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS RESTRITIVAS AO COMPETITÓRIO.**
> [...]
>
> **ACÓRDÃO**
> Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2135/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de abril de dois mil e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar **procedente** a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Colatina, referente ao Edital de Concorrência Pública nº 001/2013, sob a responsabilidade dos Srs. Leonardo Deptulski, Prefeito Municipal, e Victor Araújo Venturi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Colatina;

2. Determinar à Prefeitura Municipal de Colatina:

2.1 Que a autoridade competente republique o edital em análise removendo a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;

2.2 Caso não sejam efetuadas as mudanças apontadas, devido às impropriedades apontadas na Instrução de Engenharia Conclusiva nº 6/2013, que seja declarada a nulidade do procedimento licitatório;

2.3 Que em futuros certames análogos, ou seja, na contratação para obras de baixa complexidade, os responsáveis abstenham-se de exigir atestados de capacidade técnico-operacional como requisitos de habilitação técnica.

ACÓRDÃO TC-174/2013

PROCESSO - TC-2524/2012

INTERESSADO - TRACOMAL TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÕES MACHADO LTDA

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA - OBRAS DE ENGENHARIA - CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTABELECIMENTO DE ITEM DE MAIOR RELEVÂNCIA TÉCNICA E VALOR SIGNIFICATIVO - EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, CAPUT. LEI 8666/93, ART. 3º CAPUT E INCISO I, ART. 30, § 1º, INCISO I, ART. 40, INCISO III, ART. 43 INCISO IV. LEI COMPLEMENTAR Nº 621/2012, ART. 1º, INCISO XXXVI, ART. 2º, ART. 87, INCISO VI E ART. 99, § 2º - 1) PROCEDÊNCIA - 2) DETERMINAÇÕES - 3) RECOMENDAÇÕES.

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo TC-2524/2012, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezesseis de maio de dois e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Conhecer da presente representação em face da Prefeitura Municipal de Serra, para, no mérito, considerá-la **procedente**, sob a responsabilidade dos Srs. Antônio Sérgio Alves Vidigal, Diocles Bahiense Moreira, Eduardo Ramos Loureiro, Audifax Charles Pimentel Barcelos, Evilásio de Ângelo e Eduardo Bergantini Castiglione, ordenadores de despesas da Prefeitura Municipal de Serra;

Cumpre enfatizar que o Ministério Público de Contas representou em desfavor da Prefeitura Municipal de Cariacica, autos TC-7381/2013, cujos fundamentos são os mesmos deste item, tendo essa Corte de Contas deferido medida liminar suspendendo o certame:

DECISÃO TC- 4783/2013
PROCESSO - TC-7381/2013
ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO
REPRESENTAÇÃO – REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS – REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIACICA (CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 003/2013) – 1) CONCEDER MEDIDA CAUTELAR - 2) NOTIFICAR - PRAZO: 10 DIAS - 3) APÓS, À ÁREA TÉCNICA – PRAZO: 15 DIAS.

[...]

Considerando que o Ministério Público Especial de Contas formulou representação a este Tribunal de Contas, com pedido liminar *inaudita altera pars,* em face de supostas irregularidades contidas no edital da Concorrência Pública nº 003/2013, da Prefeitura Municipal de Cariacica, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva e pequenas reformas do prédio do Palácio Municipal, área administrativa da SEMAD e Secretarias Municipais externas, exceto a SEME e a SEMUS, a ser executado no regime de empreitada por preço unitário;

DECIDE o Plenário deste Tribunal de Contas, à unanimidade, em sua 70ª Sessão Ordinária, nos termos do Voto da Relatora, Conselheira em substituição Márcia Jaccoud Freitas, que fundamenta esta Decisão:

1. Conceder medida cautelar para determinar à Administração Municipal de Cariacica que se abstenha de homologar a licitação referente ao Edital de Concorrência Pública nº. 003/2013 até ulterior desta Corte de Contas, sob pena de aplicação de multa

pecuniária ao gestor, na forma de artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar nº. 621/2012 c/c o artigo 389, inciso IV do Regimento Interno deste Tribunal.

Assim sendo, a manutenção dos apontes de qualificação técnica impõe-se reconhecer o caráter restritivo do certame, devendo ser imediatamente suspenso para as devidas readequações.

INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES CONSTATADOS NA MINUTA DO CONTRATO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 09/2014

II.8 – AUSÊNCIA DE PRAZO DE IMPLANTAÇÃO

> **2.1.1.1. Fase I: 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 [...]

O item acima constante da minuta de contrato é o mesmo objeto de análise do do exame do edital nesta peça, ou seja, não há prazo para execução da infraestrutura.

A primeira pergunta que se vem à mente é: **Qual o prazo de implantação dos serviços? Não existe resposta tanto no edital quanto no contrato.**

Ora, qualquer serviço a ser prestado deve ter ao menos um prazo mínimo e máximo para sua conclusão, de modo que o fiscal do contrato avalie as medições e efetue os pagamentos bem como aplique as sanções cabíveis em virtude de mora.

Outro efeito e no que concerne aos requisitos para que se possa autorizar uma prorrogação, delimitando o tempo para execução do serviço.

Desse modo, verifica-se indício de irregularidade no que tange a ausência de prazo para implantação da Fase I.

II.9 – SUBCONTRATAÇÃO DAS FASES II E III

> **2.1.2. A PARTICIPAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA NA OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS DA FASE II E DA FASE III É OBRIGATÓRIA, NO ENTANTO, A EXECUÇÃO DAS OBRAS CIVIS DE EXPANSÃO, BEM COMO INSTALAÇÃO E FORNECIMENTO DE TODOS OS SISTEMAS E MATERIAIS, FICA CONDICIONADA À SUA EXPRESSA ACEITAÇÃO.**

A priori, remanesce dúvida nas fases II e III no sentido de que as mesmas não fazem parte do contrato, pois serão objeto de termo aditivo. Ora, se serão objeto de termo aditivo, por qual motivo sempre aparecem no corpo do edital e do contrato?

Extrai-se da leitura do item supra que a execução das obras civis de expansão, bem como instalação e fornecimento de todos os sistemas e materiais poderão ser integralmente subcontratados.

O contrato administrativo é considerado pela doutrina pátria como sendo *intuitu personae*, ou seja, pessoal, onde o contraente é considerado pelo outro como elemento determinante[1] na avença, possuindo, assim, a característica da confiança recíproca entre as partes[2]. De Plácido e Silva explicita que as obrigações que se geram dos contratos *intuitu personae* são de prestações pessoais, isto é, somente podem ser exercidas pelas pessoas que as contraem[3].

[1] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 18ª edição, rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002), São Paulo: Saraiva, 2003, pág.: 98.

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 11ª edição, revista, ampliada e atualizada até 16.02.2004, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág.: 161.

[3] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág.: 770

Com efeito, considerando que o contrato administrativo decorre, em regra, de procedimento licitatório, o contratado, ao vencer o certame, demonstrou dispor das características que a Administração considera determinantes à execução do objeto contratual.

Em regra, a execução do objeto licitado é obrigação da empresa contratada, permitindo a Lei nº 8.666/93 a possibilidade de subcontratação apenas nos moldes legalmente fixados, conforme a necessidade e a conveniência da Administração, as peculiaridades de cada contratação e respeitados os limites legais[4].

Segundo o TCU, "subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado"[5].

Neste cenário, referido item, sem sombra de dúvidas, é ilegal, pois abre ao licitante vencedor subcontratar, em quase sua integralidade, ***a execução das obras civis de expansão, bem como instalação e fornecimento de todos os sistemas e materiais, fica condicionada à sua expressa aceitação,*** afrontando, destarte, os arts. 72 e 78, inciso VI da Lei Federal n. 8.666/93.

A subcontratação, nos moldes preconizados nos arts. 72 e 78, inciso VI da Lei Federal n. 8.666/93, prescreve que a Administração deve estabelecer os limites máximos para subcontratação, quando admiti-la, sendo vedada a subcontratação total do objeto.

O Tribunal de Contas da União proferiu julgamento no sentido de que a subcontratação integral do objeto pactuado desnatura o certame licitatório e justifica a apenação do agente que a autorizou. No caso analisado, a Corte de Contas entendeu que o gestor responsável por autorizar a subcontratação total do objeto da contratação merecia ser apenado com a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, Pág.: 791

[5] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. eampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, pág.: 791

8.666/93, mesmo não havendo dano ao erário, conforme precedentes contidos nos Acórdãos 100/2004-TCU e 1748/2004-TCU, ambos do Plenário[6].

Assim, concernente à leitura do item em se permitir que todo o objeto das fases II e III podem ser subcontratados, atuando o licitante vencedor como mero intermediário, fulmina-se de plano o procedimento licitatório.

Mais ainda, vale transcrever o item 24 do contrato:

> **24. Contratação com Terceiros e Empregados**
>
> **24.1.** Sem prejuízo de suas responsabilidades, a **Concessionária** deverá executar as **Obras** e os **Serviços** da **Concessão**, por si ou por meio de terceiros, por sua conta e risco.

Como acima fundamentado, de singela leitura, em nenhum momento o preceptivo questionado restringe o que pode ser subcontratado. Ao que tudo indica, tudo pode!! É cláusula aberta, inviável ao que se propõe.

Em verdade, a subcontratação vislumbra-se fraudar o caráter competitivo do certame e uma fraude à execução do contrato. De toda forma, ainda que indiretamente, a competição na licitação será prejudicada, considerando-se que o adjudicatário não possui de fato a plena capacidade de executar o objeto.

Sendo a subcontratação excepcionalidade contratual, em que percentual do objeto é possível subcontratar?

Neste cenário, a ausência do que se poderá subcontratar bem como da inexistência de percentual mínima violam o princípio da legalidade, bem como o art. 72 do Estatuto Licitatório.

[6] Acórdão n.º 954/2012-Plenário, TC 006.095/2004-4, rel. Min. Ana Arraes, 25.4.2012. Disponível em: <www.tcu.gov.br>

II.10 – NÃO CARACTERIZAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES DOS BENS

Este item é teratológico:

> **4. Bens da Concessão**
> **4.1. Composição**
> **4.1.1. Integram a Concessão os seguintes bens ("Bens da Concessão"), cuja posse, guarda, manutenção e vigilância são de responsabilidade da Concessionária:**
>
> **[...]**
>
> **(ii) Todos os bens da Hidrovia cuja posse foi transferida pelo Poder Concedente à Concessionária;**

Quais seriam esses bens? São bens do Estado? Qual a avaliação dos valores desses bens?

A ininteligência da cláusula é tamanha que não se consegue mensurar, dos autos, a avaliação dos respectivos bens.

II.11 – DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL PRÉVIO – A QUESTÃO AMBIENTAL NA LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA

> 5. Autorizações Governamentais
> 5.1. O Poder Concedente deverá, às suas expensas:
> (i) Obter todas as licenças, permissões e autorizações necessárias ao pleno exercício das atividades objeto da Concessão, **incluindo as licenças ambientais**, conforme estabelecido no Anexo 1 - Caderno de Obrigações;

O licenciamento ambiental é o complexo procedimento administrativo através do qual o poder público outorga ao interessado, mediante o estabelecimento de condições e limites, o direito de empreender atividade utilizadora de recursos ambientais ou que seja potencialmente causadora de degradação ambiental. Dita outorga se dá, antes de mais

nada, pela elucidação, por parte do Estado e da sociedade civil, dos riscos ou impactos ambientais que a atividade humana pode causar sobre o determinado ecossistema.

Busca-se, com referida manifestação do poder de polícia do Estado no exercício da fiscalização de atividades capazes, de alguma forma, de causar significativos impactos ambientais.

O licenciamento como requisito para o lançamento do edital de licitação

Nas concessões comuns regidas pela Lei Federal n. 8.987/95, a questão ambiental é regulada pelo art. 18, que remete ao edital de licitação a observância das normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos. Por seu turno, a Lei n° 8.666/93, em seu art. 6º, inciso IX, prescreve que os projetos básicos das licitações hão de *considerar* o adequado tratamento do impacto ambiental dos empreendimentos.

Nesse passo, no específico caso dos autos, se cabe ao Poder Concedente obter as licenças ambientais, por intermédio do inciso VII do art. 10 da Lei de Parcerias Público-Privadas[7], torna-se condicionante para a abertura do procedimento licitatório, isto é, para a própria convocação dos interessados, a **"licença ambiental prévia** ou expedição das **diretrizes para o licenciamento ambiental** do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir".

Note-se, que no tocante a Parcerias Público-Privada, há uma corrente em que poderia, a grosso modo, o contratado, obter o licenciamento ambiental, no entanto, a redação do item em testilha é crível em estabelecer caber ao Poder Concedente tal desiderato. Em sendo assim, é imprescindível o licenciamento ambiental prévio junto ao Projeto Básico ou, ao menos, nos elementos que constituem o Projeto Básico.

Sob este aspecto, é essencial que o procedimento licitatório já se inicie com a licença ambiental prévia fornecida pelo Poder Concendente, que atesta a viabilidade

[7] Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

ambiental do procedimento, estabelece quais os estudos se fazem pertinentes para a complementação da análise dos impactos ambientais, propõe condicionantes ao projeto inicial para efeito de adequá-lo às exigências legais e à situação sócio-ambiental concreta, dentre outras nuances. Tanto contempla uma análise prévia mais detalhada do empreendimento, quanto evita pendências administrativas e judiciais na execução do objeto do contrato.

Nessa esteira, é antijurídico, portanto, o edital que posterga o licenciamento ambiental prévio da concessão para momento após o lançamento do edital de licitação, quando o instrumento convocatório já dispunha do projeto básico. A regra é que, existindo projeto básico que acompanha o edital – o que só não deve ocorrer em casos excepcionalíssimos –, o mesmo deve ser acompanhado da respectiva licença ambiental prévia. A Administração não pode licitar, em regra, dispondo apenas de diretrizes para o licenciamento ambiental.

As parcerias público-privadas destinam-se a atividades diretamente relacionadas a interesses públicos relevantes, para contratações de vultoso valor econômico, como é o caso dos autos que ultrapassa a cifra dos bilhões de reais. Nessa perspectiva, por se tratar de hidrovias, já se presume tratar-se de atividades altamente impactantes ao meio ambiente.

O edital de convocação dos interessados já deve dispor de um projeto básico ou ao menos de elementos de projeto básico acompanhado de sua licença ambiental prévia. O licenciamento prévio à licitação pressupõe não só um tratamento ambientalmente mais adequado às grandes contratações, mas atribui maior celeridade à execução da atividade, em atenção à pronta satisfação do interesse público em questão, na medida que evita questionamentos, embargos e paralisações no curso da parceria. Não só isso, possibilita que o interessado cote sua oferta à Administração dispondo, já de antemão, da previsão de todos os custos em que efetivamente incorrerá por conta das condicionantes de ordem ambiental que certamente a licença prévia lhe imporá.

Destarte, ausente o licenciamento ambiental prévio ou ao menos os pressupostos para a expedição de diretrizes para o licenciamento, consubstancia-se mácula grave a sustar o desenvolvimento do procedimento licitatório.

Outro ponto que merece ressalva é o item 7.2.1:

7.2. Custos Socioambientais

7.2.1. Os custos e os encargos decorrentes do processo de licenciamento ambiental, tais como compensação ambiental, imposição de penalidades por descumprimento de exigências contidas na legislação ambiental e cláusulas estabelecidas em Termos de Ajustamento de Conduta, serão assumidos pelo Poder Concedente.

Assumir a responsabilidade "incondicional" pelas PENALIDADES é, no mínimo, temerário para a Administração Pública.

É por isso que o licenciamento ambiental, no caso, deve ser prévio – justamente para evitar as penas que a administração assume.

II.12 – DA AUSÊNCIA DE PROJETO EXECUTIVO

6. Projetos

6.1. A Concessionária deverá elaborar e apresentar para apreciação da SETOP, todos os projetos necessários à execução das Obras da Concessão, que deverão atender integralmente ao Anexo 1 – Caderno de Obrigações e regulamentações técnicas pertinentes

A princípio, o edital em comento deixa a cargo do parceiro privado desenvolver o projeto executivo, contudo, não se verifica detalhamento a nível de "anteprojeto" para definição do valor do investimento, senão vejamos o que prescreve o § 4º do art. 10 da Lei Federal n. 11.079/2004, *verbis:*

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para

> **definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.**

Ou seja, mesmo que o projeto executivo fique a cargo do parceiro, é dever do Poder Concedente detalhar os níveis de execução para que o parceiro possa definir o valor do investimento, ou seja, o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços.

Assim, vicioso se encontra a elaboração dos projetos necessários à execução das obras da concessão.

II.13 – CLÁUSULAS ABERRANTES E EM DESFAVOR DO PODER CONCEDENTE

A cláusula abaixo transcrita é de uma verdadeira aberração contra a Administração Pública, senão vejamos:

> **6.3. A SETOP terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de seu recebimento, e desde que toda a documentação exigida esteja nos autos, para apreciar os projetos apresentados pela Concessionária e emitir juízo a respeito deles.**
>
> **[...]**
>
> **(iii) Caso a SETOP não se pronuncie, por escrito, no prazo indicado na subcláusula acima, os projetos apresentados pela Concessionária serão considerados como aprovados.** (grifo nosso)

É um despropósito, uma burla aos Princípios Constitucionais da Legalidade e da Eficiência administrativa, e de extrema temeridade para a Administração.

A cláusula estabelece que, em um contrato, cujo valor aproximado é de R$ 1.4 bilhões de reais, caso a SETOP, ao receber a documentação exigida no ponto, não emita juízo a respeito deles, **serão considerados tacitamente aprovados.**

É surreal imaginar tal cláusula no contrato a ser celebrado. Joga-se à relva todos os princípios que norteiam a administração pública, subjugando esta, ainda, ao parceiro privado. **É a efetivação do princípio da insegurança jurídica!**

São documentos atinentes ao projeto executivo do contrato, considerados de extrema relevância. A Administração Pública deve ter o maior zelo e cuidado ao analisar este ponto e não prescrever que, caso não se pronuncie, o projeto será considerado aprovado. É teratológico.

> **8.1.4. A SETOP terá o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data de seu recebimento, e desde que toda a documentação exigida esteja nos autos, para apreciar o Cronograma Físico dos Trabalhos apresentado pela Concessionária, e emitir juízo a respeito.**
>
> **8.1.4.2. Caso a SETOP não se pronuncie, por escrito, no prazo acima indicado, o Cronograma Físico dos Trabalhos apresentado pela Concessionária será considerado como aprovado.**
>
> **8.3.2.1. Em até 15 (quinze) dias, a SETOP realizará a análise dos documentos apresentados, podendo fazer vistorias e diligências que julgar necessárias, e constatada a conformidade e suficiência das Obras executados, emitirá "Termo de Aceitação dos Trabalhos".**
>
> **8.3.2.3. Caso a SETOP não se pronuncie, por escrito, no prazo indicado, as Obras serão considerados como aceitos.**

Outras cláusulas aberrantes.

A priori, dada a complexidade do objeto licitatório, lança-se dúvida se o prazo de 15 (quinze) dias, para apreciar todo o Cronograma Físico dos Trabalhos é suficiente para emitir juízo a respeito.

Noutra banda, utilizando do mesmo expediente do item de aprovação tácita, caso não consiga analisar, simplesmente considerar-se-á aprovado. Com as *vênias* de sempre, mas é um desrespeito com a própria Sociedade não saber se o cronograma atende ou não ao objeto. Referida cláusula vilipendia tudo que há de honesto, joga na vala os princípios de uma proba administração pública pautada na eticidade, na moderna gestão de administração pública.

Sendo manifestamente ilegais os itens em análise, é de se sustar, de imediato, o edital em testilha.

II.14 – CLÁUSULA COM FALTA DE PARÂMETROS E SUBJETIVA

> **8.2.2. A Concessionária declara e garante à SETOP que a qualidade dos projetos**, da execução e da manutenção das Obras e Serviços é, e sempre será, suficiente e adequada, obrigando-se a sanar qualquer desconformidade.

A subjetividade do item é manifesto, não prosperando.

De cognição sumária, quais são os parâmetros de "qualidade"??? Que critérios serão utilizados para certificar que o projeto apresenta a qualidade necessária, suficiente e adequada?

Devem-se ter parâmetros objetivos para aferir que os trabalhos atendem às suas especificidades, evitando dúvidas e questionamentos administrativos e judiciais.

II.15 – DA FISCALIZAÇÃO POR PARTE DA CETURB

Assim prescreve o item acerca da fiscalização a ser exercida pela CETURB:

> **16. Fiscalização pela CETURB**
>
> **16.1. Os poderes de fiscalização da execução do Contrato serão exercidos pela CETURB, diretamente ou com auxílio de terceiros por ela contratados ou conveniados, sendo assegurado à CETURB, no exercício de suas atribuições, acesso, em qualquer época mediante prévio requerimento enviado à**

<u>Concessionária,</u> aos dados relativos à administração, à contabilidade, ao Centro de Controle Operacional, à Ouvidoria e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da Concessionária, assim como aos Bens da Concessão.

Pela leitura do item, vislumbra-se que, caso a CETURB exercite seu Poder de Polícia, deverá fazer requerimento prévio à Concessionária.

Mais uma cláusula aberrante, pois o exercício do Poder de Polícia de fiscalização garante acesso irrestrito e sem a anuência do contratado. A CETURB não pode requerer e depois fiscalizar. **A Fiscalização é permanente.**

II.16 – VALOR DO CONTRATO E REMUNERAÇÃO

17.1.2. O valor do Contrato é meramente indicativo, não vinculando qualquer pleito de recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro requerido no âmbito da Concessão.

Por asseverar ser meramente indicativo e por não vincular qualquer pleito de recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro, qual será o parâmetro estabelecido para efetuar eventual reequilíbrio?

17.2.1. O Poder Concedente remunerará a Concessionária, pelos serviços descrito na Fase I, por meio da Contraprestação Pecuniária, no valor anual máximo de R$ [●] ([●]), tendo como data base janeiro / 2014, sendo certo que execução da Fase II e da Fase III será objeto de Termo Aditivo ao Contrato, nos termos da Cláusula 17.2.9

Considerando que o valor total do contrato é de R$ 1.409.965.397,70 e a contraprestação pública MÁXIMA é de 39.104.000,00 (máximo / ano), temos que apurar por meio de "receitas". Logo, o programa está sendo subsidiado.

17.2.3. O valor mensal será calculado a partir da Contraprestação Pecuniária, levando-se em consideração a quantidade de Estações Operacionais e embarcações disponibilizadas pela Concessionária na prestação dos Serviços objeto deste Contrato de Concessão, bem como a aplicação dos Indicadores de Desempenho.

CONTRAPRESTAÇÃO = CB + [(PUA * ESTAÇÕES OPERACIONAIS) + (PUB *EMBARCAÇÕES)]*[0,92 + (0,8*IND)]

Como se efetua um cálculo de contraprestação se não há nenhuma referência ao número de pessoas transportadas? Quais são os requisitos para levar a efeito a apuração da contraprestação. Não há evidências para estimar o número de operações das embarcações.

> **17.2.6. Se houver atraso no início da Operação Comercial ou na disponibilidade de uma ou mais Estações Operacionais ou embarcações, no período do respectivo atraso, o(s) valor(es) da(s) parcela(s) da(s) Contraprestação(ões) Pecuniária(s) correspondente(s) será(ao) acumulado até a efetiva regularização da Estação Operacional indisponível, não incidindo juros e correção monetária sobre o valor acumulado das parcelas.**

De início, verifica-se que a contratada será remunerada sem a prestação do respectivo serviço, encontrando incompatibilidade com o item 17.2.7, *verbis:*

> **17.2.7. O eventual atraso no início da Operação Comercial não imputável à Concessionária gerará o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão**

Adiante, sobre o item:

> **17.2.12. Havendo divergência quanto à aplicação dos Indicadores de Desempenho, o Poder Concedente efetuará o pagamento da parcela incontroversa da Contraprestação Pública.**

Não há como separar tais valores. O valor deve ser único.

II.17 – DAS RECEITAS ACESSÓRIAS

> **17.3. Receitas Acessórias**
>
> **17.3.1.1. Sem prejuízo da Contraprestação Pecuniária a ser paga pelo Poder Concedente e do desembolso do Aporte, a Concessionária poderá explorar fontes**

alternativas e complementares de receita e empreendimentos associados à Concessão, desde que estas atividades não comprometam a segurança da operação e dos padrões de qualidade dos Serviços concedidos.

Quais montantes? Como estes valores serão mensurados? Quais serão as fontes alternativas e complementares de receita? Propagandas, Estacionamento?

O edital deve ser elucidativo, deve demonstrar quais, ao menos a título exemplificativo, serão as fontes alternativas e complementares de receita.

Considera-se, assim, omisso o item em questão, podendo gerar questionamentos administrativos e judiciais bem como afetar a equação econômico-financeira do contrato.

Item 17.3.1.5:

17.3.1.5. Caso o montante das receitas decorrentes da exploração objeto desta Cláusula supere 10% (dez por cento) da remuneração da Contraprestação Pecuniária paga pelo Poder Concedente imediatamente vincenda, o excedente será compartilhado com o Poder Concedente, que perceberá o correspondente a 50% (cinquenta por cento)

Depreende-se do item supra que as receitas de valor igual ou menor que 10% (dez por cento) da contraprestação pecuniária ficarão integralmente para a contratada.

A manutenção de tal cláusula, além de não diminuir o gasto da fazenda pública no contrato, num lapso temporal de 20 (vinte) anos, que é o tempo de concessão, equivalerá algo em torno de 50% (cinquenta por cento) do valor do aporte.

É inadmissível manter tal cláusula, pois qualquer valor de receita deve ser aplicado com vistas a mitigar o valor de recursos despendidos pelo erário e não simplesmente entrar tão só para os cofres da contratada. Referido item não traz nenhum benefício e é maléfico aos cofres do estado.

II.18 – DO APORTE DE RECURSOS

17.4. Aporte de Recursos

17.4.1. Nos termos da Lei Federal 11.079/2004 e suas alterações, a Concessão contempla o Aporte, no valor máximo de R$ 156.798.000,00 (cento e cinquenta e seis milhões, setecentos e noventa e oito mil reais), data base de janeiro / 2014, com vistas a suportar as despesas de investimento necessárias à presente Concessão.

17.4.2. Os valores e marcos de Aporte serão desembolsados pelo Poder Concedente em função da efetiva execução dos investimentos, envolvendo as Obras e aquisição de bens reversíveis, para a implantação da Fase I e da infraestrutura necessária para operar os Serviços, observada a proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas, as quais estão vinculadas aos eventos estabelecidos na evolução da implantação da Fase I e na aferição de sua efetiva realização.

17.4.3. No caso de eventual necessidade de expansão da infraestrutura contemplada na Fase I, englobando obras civis de readequação das Estações e necessidade de aumento do número de Embarcações utilizadas, de forma a suprir aumento de demanda, o Poder Concedente desembolsará Aporte em favor da Concessionária correspondente a até 80% (oitenta por cento) do valor apurado como necessário ao investimento da execução da referida expansão, conforme os marcos e valores a serem estabelecidos na ocasião.

Quais são os itens de investimento que estão contemplados no referido valor? Qual a avaliação que se faz desses itens?

17.4.8. Independente dos prazos fixados para o Aporte de Recursos, a Concessionária, na evolução da implantação da Fase I, poderá modificá-los, desde que formal e justificadamente, em novo cronograma para o controle dos eventos vinculados ao desembolso do Aporte.

Quais são os critérios para as referidas modificações? Quais são os limites? Deve-se ter parâmetros para quaisquer modificações que por ventura possam vir a ocorrer na implantação da Fase I. Não se pode ser cláusula aberta.

II.19 - DO REAJUSTE

18. Reajuste

18.1. O valor do **Aporte** será reajustado anualmente, tendo como referência a data base de janeiro / 2014, por meio da aplicação da seguinte fórmula:

AR = ARo x {INCC x [●] % + SELIC x [●] %}

Sendo:

AR = **Aporte** da **Concessionária** reajustado;
ARo = **Aporte** na data base de janeiro / 2014;
INCC = Índice Nacional de Custo de Construção da Fundação Getúlio Vargas – FGV no mês anterior ao da aplicação do reajuste;

SELIC = Índice divulgado na revista Conjuntura Econômica, publicado pelo IBRE – Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas – FGV, na tabela Finanças Públicas, Dívidas Imobiliárias Interna; Over / Selic: Embarcações.

A princípio, não há especificação do que seja o elemento "**[●]**" para efetivação do reajuste. Não há requisitos para estabelecer o que será "[●]". Repita-se, contrato dessa envergadura não pode ser feito com obscuridades ou omissões, sob pena do estado ficar refém do agente privado, ante a aplicação de índices incompatíveis.

18.2. A **Contraprestação Pecuniária** será reajustada anualmente, tendo como referência a data base de [●] / 2014, (mês de apresentação da proposta comercial), por meio da aplicação da seguinte fórmula:

CPr = CPo x {Dissídio x [●]% + INCC x [●]% + IGP-M x [●]% + + IPA x [●]% VD x [●]%}

Sendo:
CPr = Valor da **Contraprestação Pecuniária** reajustada;
CPo = Valor da **Contraprestação Pecuniária** na data base de janeiro / 2014;

Esta fórmula retrata uma soma de índices que, aparentemente, efetuará um reajuste muito maior que a inflação do período, beneficiando extremamente o contratado em detrimento do Poder Concedente.

Retrata a fórmula constante no edital índices de reajustamento que podem ocasionar sérios danos aos cofres do Estado do Espírito Santo.

II.20 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

> **22.3.3.2.** O **Poder Concedente** será responsável pela análise técnica do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro e deverá apresentar manifestação favorável ou contrária ao pleito, devidamente motivada, no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento do pedido, desde que não sejam necessárias diligências adicionais. **Caso o Poder Concedente não se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento do pedido, a omissão será considerada como concordância em relação ao mérito da proposta de recomposição.**

Equilíbrio econômico-financeiro, assegurado pela Constituição Federal, consiste na manutenção das condições de pagamento estabelecidas inicialmente no contrato, de maneira que se mantenha estável a relação entre as obrigações do contratado e a justa retribuição da Administração pelo fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.

Nas hipóteses expressamente previstas em lei, é possível a Administração, mediante acordo com o contratado, restabelecer o equilíbrio ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Para que possa ser autorizado e concedido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pedido pelo contratado, a Administração tem que verificar:

- os custos dos itens constantes da proposta contratada, em confronto com a planilha de custos que deve acompanhar a solicitação de reequilíbrio;

- ao encaminhar a Administração pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, deve o contratado demonstrar quais itens da planilha de custos estão economicamente defasados e que estão ocasionando desequilíbrio do contrato;

- ocorrência de fato imprevisível, ou previsível porém de consequências incalculáveis, que justifique modificações do contrato para mais ou para menos.

Desse modo, não há sustentação para o item acima versado, pois é dever da Administração verificar as situações prescritas em Lei necessárias para o fim almejado.

Novamente, o pernicioso edital lança mão de cláusula tácita no sentido de, não se manifestando no prazo posto, manifestará concordância em relação ao mérito da proposta. É absurda a manutenção de tal item.

Ademais, a decisão de paralisação do edital de concorrência será profilática, pois o gestor do futuro contrato poderá ser *outrem* que não o atual, já assumindo, assim excessivo ônus a quem não deu causa.

III – DOS PEDIDOS

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

1 – seja recebido o presente **ADITAMENTO** para, nos termos regimentais, sejam incluídas as irregularidades na representação já proposta;

2 – haja vista as irregularidades objeto do presente aditamento, que confirmam que o certame encontra-se maculado por vícios graves que frustram o seu caráter competitivo, cláusulas omissivas e obscuras bem como o principal, indícios veementes de gravíssima lesão aos cofres públicos quantos aos valores apresentados para aporte e contraprestação e, mais ainda, quanto aos cálculos de reajuste e equilíbrio econômico-financeiro, incorrendo, assim, em contratação ilegal e lesiva para a administração pública, sobretudo ante a possibilidade de subcontratação total do objeto, **seja revista a decisão *a quo* para conceder a medida cautelar anteriormente requerida**, uma vez presentes os requisitos autorizativos para tal (*fumus boni juris e periculum in mora*);

3 – sejam os autos, **convertidos em procedimento sumário**, em face da presença dos pressupostos do art. 306 do Regimento Interno[8], quais sejam atual lesão ao erário (caso ocorra a contratação de empresa qualificada e inicie a execução do objeto) e de

[8] **Art. 306**. Os processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

direito alheio com vistas a impor determinação temporal para conclusão dos autos e posterior remessa ao Ministério Público de Contas para apreciação.

Nesses termos, pede deferimento.

Vitória, 04 de novembro de 2014.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas