



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

LIGAÇÃO VIÁRIA SANTOS-GUARUJÁ	
Processo:	TC-20142/026/12 (relativo a túnel imerso)
Contratante:	DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A.
Contratada:	Consórcio Consultor Engevix – Planservi – Themag Túnel Submerso
Objeto:	Concorrência Pública n.º 034/11 e Contrato n.º 4244/12, firmado no valor inicial de R\$ 33.583.134,01 visando à prestação de serviços de técnicos especializados de apoio à elaboração do EIA-RIMA e ao licenciamento ambiental, de consolidação e otimização da alternativa selecionada, de projeto de engenharia, de preparação dos elementos para licitação das obras e do detalhamento executivo da Ligação Viária Santos – Guarujá
Impugnação:	Representação recebida como Exame Prévio de Edital, nos autos do e-TC n.º 197/989/12-2, com julgamento de improcedência.
Processo:	TC-14.409/026/13 (relativo a túnel imerso)
Contratante:	DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A.
Contratada:	Haskoning Nederland B.V.
Objeto:	Concorrência Internacional LPI n.º 09/12 e Contrato n.º 4394/13, visando à prestação de serviços para a contratação de consultoria multidisciplinar para atuar, em conjunto com a equipe da Dersa, na coordenação, concepção, análise e acompanhamento dos trabalhos relativos ao detalhamento do túnel imerso, parte integrante do objeto da licitação n.º 034/2011, matéria tratada no TC n.º 20.142/026/12, no que tange aos projetos do túnel imerso.
Impugnação:	Representação recebida como Exame Prévio de Edital, nos autos do e-TC n.º 953/989/12-6, com pedido indeferido (Evento 24)
Processo:	TC-24.583/026/14 (relativo a túnel imerso)
Representante:	Senhor Catão Francisco Ribeiro, sócio majoritário da empresa Enescil Engenharia de Projetos Ltda.,
Representada:	DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A.
Objeto:	Representação, por meio da qual comunica possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 034/11, alegando que a construção do túnel submerso seria menos vantajosa que a construção de ponte



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO

	pênsl estaiada, conforme projeto básico do DER (Tomada de Preços n.º 011/09 e Contrato n.º 16.536-0).
Processo:	TC-18.869/026/14 (relativo a ponte estaiada)
Contratante:	DER – Departamento de Estradas de Rodagens de São Paulo
Contratada:	VE TEC Engenharia Ltda.
Objeto:	Tomada de Preços n.º 011/09 e Contrato n.º 16.536-0/09, firmado no valor inicial de R\$ 1.427.146,42, visando à execução de serviços técnicos especializados para a elaboração do Projeto Básico de uma ponte entre Santos e Guarujá, a ser implantada na região da Ponta da Praia em Santos, com acesso pela avenida dos Portuários, e pelo lado do Guarujá, com acesso pela avenida Ademar de Barros.
Impugnação:	Representação oferecida pelo Ministério Público de Contas, em virtude da existência de dois projetos distintos, do DER e do DERSA, com a mesma finalidade (objeto do TC 9232/026/14).
Processo:	TC-9232/026/14 (relativo a ponte estaiada)
Representante:	Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo
Representada:	DER – Departamento de Estradas de Rodagens de São Paulo
Objeto:	Representação oferecida no lastro dos ofícios encaminhados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo ao TCE/SP e ao MPC/SP (TC 3753/026/13 e TC 3757/026/13), por meio da qual foi solicitada a instrução da Tomada de Preços n.º 011/09 e do Contrato n.º 16.536-0/09, em razão da existência de dois projetos distintos com a mesma finalidade, levando à instauração do TC-18.869/026/14.
Expedientes:	TC 3753/026/13 (Ofício 8484/12) e TC 3754/026/13 (Ofício 8485/12)
Noticiante:	Ministério Público do Estado de São Paulo
Objeto	Ofícios encaminhados ao Presidente do TCE/SP e ao Procurador-Geral de Contas, respectivamente, noticiando o trâmite do Inquérito Civil n.º 081/2012, destinado a investigar os projetos de ligação viária Santos-Guarujá, contrapondo o Projeto do Dersa (Concorrência n.º 034/11 e Contrato n.º 4244/12, objeto do TC-20142/026/12) ao Projeto do DER (Tomada de Preços n.º 011/09 e Contrato n.º 16.536-0/09, objeto do TC-9232/026/14 e do TC-18.869/026/14).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator,

Trata-se do controle externo relativo à licitação e à contratação dos estudos voltados para a Ligação Viária entre Santos e Guarujá. De início, o Ministério Público de Contas reconhece a extrema relevância de um projeto que precede a uma das mais importantes obras viárias da América Latina. Além disso, a ligação viária facilitará o acesso às Rodovias Anchieta e Imigrantes, à Base Aérea do Guarujá, despontando como importante eixo para o desenvolvimento das cidades irmãs Santos-Guarujá. Esta é a visão otimista, a torcida da Sociedade Bandeirante é a de sempre manter a visão pioneira pela defesa do interesse do Brasil. Tudo isso, contudo, não pode prejudicar a lucidez da análise ministerial, a par de se aferir a importância de se ter um bom projeto para lastrear uma boa obra.

Nos estudos realizados pelo DER e pelo DERSA a partir do Projeto Prestes Maia foram considerados 07 (sete) locais para a travessia e 3 (três) alternativas de transposição: em ponte (“ponte pênsil estaiada”), em túnel convencional escavado (NATM) e em túnel imerso (“túnel submerso”). Enquanto o DER convergiu sua análise para a possível construção de ponte estaiada, o DERSA voltou-se para os estudos relativos à construção de túnel imerso. Daí decorreram diferentes licitações e contratos voltados para os estudos das alternativas viáveis e para a elaboração de projetos, com a conseqüente deflagração do controle externo nos autos do TC-20142/026/12, do TC 14.409/026/13, do TC 18.869/026/14, vinculando-se a matéria às representações constantes do TC-24.583/026/14 (relativo a túnel imerso) e do TC-9232/026/14 (relativo a ponte estaiada), como se verá logo adiante:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

TC-20142/026/12 e TC-24.583/026/14 (projeto relativo a túnel imerso)

No âmbito do DERSA, concluiu-se pela alternativa em túnel imerso, que atravessaria o canal do porto, nas proximidades da Av. Rodrigues Alves, bairro Outeirinhos em Santos e da R. Dr. Guilherme Guinle, bairro Vicente de Carvalho no Guarujá, prevendo a integração aos respectivos sistemas viários que permitiriam o acesso ao túnel (fls. 4927). Aferida tal conclusão, a empresa estatal DERSA publicou o Edital de Concorrência Pública n.º 034/2011, visando à prestação dos serviços técnicos especializados de apoio à elaboração do EIA-RIMA e ao licenciamento ambiental, de consolidação e otimização da alternativa selecionada, de projeto de engenharia, de preparação dos elementos para a licitação das obras e do detalhamento executivo da ligação viária. Diante de representação formulada no EPE 197/989/12-2, o certame foi paralisado (fls. 363/369), sendo, ao final, julgada improcedente (fls. 438/456).

Superada a fase de exame prévio de edital, foi autuado o presente TC 20.142/026/12, no qual se analisam a Concorrência n.º 034/2011, do tipo “técnica e preço”, e o Contrato n.º 4.244/2012, de 30.05.12 (fls. 4927/4940 - vol. XXV), que tem por objeto os estudos preliminares à construção deste túnel submerso, levando à celebração do instrumento contratual entre o DERSA e o Consórcio Consultor Engevix–Planservi–Themag Túnel Submerso, no valor de R\$ 33.583.134,01, iniciando-se o prazo de vigência de 18 meses em 19.06.2012, por conta da assinatura da 1ª Nota de Serviços (fls. 4928). No curso do processo, este *parquet de contas* manifestou-se pela notificação da Origem (fls. 4976), alinhando-se às manifestações da digna ATJ e da douta PFE, de modo que o DERSA se pronunciasse sobre as falhas apontadas na presente instrução (fls. 4963/4970, 4971/4972, 4973/4974 e 4975). Realizada a diligência (fls. 4977), a Origem ofertou suas justificativas (fls. 5014/5015), acompanhadas de CD-Room (fls. 5016). Após, a Assessoria Técnica – Unidade de Engenharia firmou-se pela irregularidade da



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

concorrência e da contratação (fls. 5039/5045), ao passo que a Assessoria Técnica – Unidade de Economia e a Chefia da ATJ posicionaram-se pela regularidade da matéria (fls. 5046 e 5052/5056).

Depois da manifestação favorável da douta PFE (fls. 5058), o Ministério Público de Contas firmou-se pela irregularidade da matéria, apontado as seguintes falhas: (i) imprecisão do orçamento básico, com simultaneidade da execução do projeto executivo e licenciamento ambiental; (ii) falta de exigência de capacitação técnica para realização do EIA-RIMA, com unificação de objetos diversos na mesma contratação, maximizando a subjetividade na avaliação das propostas técnicas e comerciais que envolvem objetos distintos. (iii) incerteza sobre os elementos técnicos e os indicadores econômicos oferecidos para a escolha do “túnel imerso pré-moldado” (tecnologia inédita), a exemplo da falta de dados seguros sobre a cota marítima de 21 metros até a lâmina d’água, com grave impacto decorrente de desapropriações prejudiciais ao patrimônio histórico, de aumento do trânsito local diante da necessidade de grande rede de infraestrutura viária; (iv) descumprimento do Estatuto da Cidade, em virtude da falta de referência nos autos às audiências públicas, ao Estudo de Impacto de Vizinhança e à consulta a CET-Santos, como órgão de controle viário (fls. 5059/5071).

Determinada a manifestação da SDG (fls. 5077), a Origem ofertou memoriais, lembrando a relevância histórica do projeto. Explicou que, em 2010, a Secretaria Estadual de Logística e Transporte solicitou estudo sobre as alternativas para a ligação viária, com a identificação de sete possíveis pontos, consagrando-se a opção pelo túnel imerso. Daí se seguiu a licitação para a elaboração do EIA/RIMA (Concorrência n.º 34/2011), sendo noticiada a recente publicação do edital de Pré-Qualificação em 17.12.2013, com a realização de audiência pública em 18.02.2014. Depois de repisar porque seria impossível construir uma ponte no cone de aproximação da Base Aérea, explicou-se como seria a construção do “túnel imerso pré-moldado”, técnica ainda inédita no Brasil, ressaltando que seria



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

observada a cota mínima de 21 metros. Quanto á necessidade de EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança, a Origem afirmou que seus requisitos já estariam previstos no EIA/RIMA (fls. 5078/5100). Para respaldar suas alegações, a DERSA acostou um vasto rol de documentos (fls. 5101/6058).

Proposta a oitava da SDG (fls. 6059), ordenou-se o trâmite conjunto do TC 20.142/026/12 e TC 14.409/026/13, pois seu objeto refere-se à contratação de consultoria multidisciplinar para atuar em conjunto com a equipe contratada por intermédio da Concorrência n.º 034/2011 (fls. 6061). Em novo despacho saneador, o Douto Substituto de Conselheiro ordenou a apuração do valor total pago pela execução dos contratos abordados no TC 20.142/026/12, TC 14.409/026/13 e TC 18.869/026/14. Antes de responder à requisição do TCE/SP (fls. 6072), o DERSA noticiou três aditamentos: o 1º Termo Aditivo e Modificativo visou à composição de preços em relação a novos serviços de levantamento sísmico, sem suposta alteração de valores (fls. 6073/6097); já o 2º Termo Aditivo objetivou a prorrogação da vigência contratual (fls. 6099/6130); por fim, o 3º Termo Aditivo e Modificativo buscou a inclusão de novos serviços e a adequação dos quantitativos, com nova prorrogação do prazo contratual (fls. 6133/6182). Antes da instrução dos aditivos, a Origem respondeu à requisição, informando que o valor total pago correspondia a R\$ 22.176.211,95 e que a execução do objeto ainda estava sendo realizada pelo consórcio vencedor do certame, com sua divisão em três etapas (fls. 6184/6185). Juntada a cópia da caução suplementar e dos extratos publicados (fls. 6192/6256), a Fiscalização concluiu pela regularidade dos termos aditivos (fls. 6258/6257), no que foi acompanhada pela ATJ (fls. 6273/6277) e pela PFE (fls. 6278).

A partir dos novos elementos probatórios coligidos aos autos, este *Parquet de Contas* ratifica seu parecer anterior pela irregularidade da licitação e do contrato firmado com o Consórcio Engevix-Planserv-Themag (TC 20.142/026/12) e pela procedência da representação constante do TC 24.583/026/14 (comunica possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 034/11), diante dos vícios



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

apurados não somente no orçamento estimado dos custos envolvidos na realização do EIA/RIMA e na obtenção do licenciamento ambiental, mas também na indevida aglutinação dos serviços licitados, vinculando no mesmo certame as licenças ambientais e as consultorias no desenvolvimento do projeto, sem falar na opção por uma nova técnica de construção de túnel imerso pré-moldado, completamente inédita no país, o que certamente contribuiu para a redução do rol de competidores. Como frisado anteriormente, a competitividade foi prejudicada por conta da falta de dados técnicos essenciais para a compreensão plena do empreendimento, considerando que a natureza dos projetos demandaria estudos com complexidades técnicas diferenciadas, de modo a impor, no presente caso, a cisão do objeto em licitações distintas.

Quanto aos três termos aditivos em exame, a Origem conseguiu demonstrar a observância das formalidades de praxe, comprovando, por exemplo, o parecer jurídico, o endosso caucional e a publicação dos extratos no diário oficial. Nada obstante, o Ministério Público de Contas socorre-se ao princípio da acessoriedade, amplamente reconhecido na jurisprudência da Corte de Contas Bandeirante, para reconhecer que os vícios originais do objeto licitado certamente contaminam os aditamentos ulteriores, razão por que se manifesta pela irregularidade dos três termos aditivos em exame. Tal a indefinição do objeto licitado que foram necessários três termos aditivos para incluir serviços faltantes e para prorrogar o prazo de vigência contratual, como se verá logo adiante.

Em relação ao 1º Termo Aditivo e Modificativo, mostra-se dificultoso aceitar que a inclusão de novos serviços complementares, relacionados ao levantamento sísmico da área impactada, não implicaria a lógica alteração dos quantitativos da planilha e, conseqüentemente, os valores previstos pela prestação dos serviços de consultoria. Diferentemente da doutrina de Marçal Justen Filho, o Ministério Público de Contas entende que os limites previstos no artigo 65, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93 aplicam-se indistintamente às alterações qualitativas e



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

quantitativas, servindo inclusive como parâmetro *a priori* definido pelo legislador para a apuração de defeitos técnicos no projeto básico ou no termo de referência. O tema foi assim abordado por este Procurador de Contas em sede de sustentação oral proferido no julgamento do TC 41.654/026/08:

Tem-se, no caso, licitação e contratação destinada a obras do sistema de esgotos sanitários, no valor inicial de R\$15.412.000,00 (quinze milhões, quatrocentos e doze mil), firmado em 6 de novembro de 2008, com prazo de 721 dias. Ao longo da execução contratual despontou-se a necessidade de celebrarem-se vários termos aditivos. E aqui reside o ponto controverso da demanda.

O 1º e 3º aditivos visaram alteração de índices, critérios de reajustes e índices financeiros, não alterando drasticamente o objeto contratual; por outro lado, os demais aditivos ou visaram a prorrogação excessiva do prazo de execução contratual pelos seguintes períodos: mais 240 dias, mais 180 dias, mais 150 dias; e os outros três aditivos buscaram acrescentar preços complementares. Segundo consta do relatório, o 9º aditivo: “Acrescentou ao contrato valor “x”, equivalente a 23%, passando o valor total de 15 milhões para 19 milhões, bem com incluiu preços extracontratuais de serviços complementares não previstos inicialmente, no montante de R\$2.251,630,84 (dois milhões, duzentos e cinquenta e um mil, seiscentos e trinta reais e oitenta e quatro centavos), sem a necessidade de modificação do valor total do ajuste, por haver saldo contratual a ser executado.” O 9º termo aditivo retrata bem essa cisão realizada ao longo dos aditivos, porque, além de ter acrescentado 23% do valor do objeto contratual, em virtude dessa modificação de quantitativos, acrescentou mais dois milhões em decorrência desses serviços extras complementares.

Na opinião do Ministério Público, essa cisão entre a alteração do quantitativo por um lado e acréscimo decorrente de preços complementares implica senão uma manobra para burlar a aferição dos quantitativos mínimos de 25 ou 50%. Se somarmos R\$3.696.051,36 (três milhões, seiscentos e noventa e seis mil e cinquenta e um reais e trinta e seis centavos), que correspondem a 23.89%, aos R\$2.251.630,84 (dois milhões, duzentos e cinquenta e um mil, seiscentos e trinta reais e oitenta e quatro centavos), aferiríamos ao resultado de R\$5.947.682,20 (cinco milhões, novecentos e quarenta e sete mil, seiscentos e oitenta e dois reais e vinte centavos), o que implica um valor total de 38.51%, extrapolando, portanto, o limite de 25% de acréscimo de alteração contratual.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não há, para o Ministério Público, possibilidade de promover tal cisão. A justificativa da origem é que esses preços extracontratuais decorreriam de novos serviços que não foram previstos. Desponta uma situação problemática, ou, por um lado somos obrigados a reconhecer um erro gravíssimo de projeto básico que implicou três alterações contratuais; ou, por outro lado, somos forçados a reconhecer que houve um extrapolamento do quantitativo na ordem de 38%.

Ao verificar os motivos que teria implicado esse acréscimo de preços complementares verificamos que todos referem-se a obras que poderiam ter sido, a priori, identificadas pela própria Administração Pública, observando o critério do homem médio, porquanto não decorreram de falhas geológicas ou de outros fatores imprevisíveis que poderiam implicar uma renovação drástica do projeto básico. Exemplo: temos execução de proteção mecânica para certa manta, execução de camada de ranchão em lastro de bica corrida, alteração no sistema elétrico. São esses os fatores que poderiam ter sido a priori identificados pela Administração Pública, no que decorre o erro no projeto básico. São circunstâncias normalmente previsíveis para o critério do homem médio. Então, o Ministério Público acredita que houve, no caso, uma manobra da Administração Pública no intuito de refutar a observância dos limites quantitativos.

Todo esse parecer ministerial se pauta no postulado hermenêutico de que vivenciamos uma crise hídrica no Estado de São Paulo. Daí a necessidade de procedermos com zelo redobrado nas contratações do setor.

O segundo postulado que pauta esse entendimento ministerial decorre da necessidade de aplicação conjunta dos parágrafos 1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666 e as duas alíneas do inciso I, vale dizer, o limite de quantitativos de 25 e 50% deve ser aplicado não só para fins de alteração dos quantitativos, mas, igualmente, em circunstâncias em que ocorre modificação do projeto básico. Isso porque a interpretação das alíneas "a" e "b" indica que a alínea "a" refere-se a obras, ao passo que a alínea "b" refere-se a bens e produtos. Assim consagra-se a interpretação holística que implica a aplicação in totum dos limites de 25 e de 50, tanto nas hipóteses de modificação de projeto básico, quanto nas hipóteses de alteração de quantitativos de bens e serviços. Com isso temos aqui a consagração de um limite de uma alteração contratual que atingiu 38, aproximadamente 38%, em decorrência dessa somatória entre a alteração dos quantitativos na ordem de 23%, mais esses dois milhões, a título de preços extra complementares.

É por isso que o Ministério Público, Vossa Excelência, pugna pelo julgamento de irregularidade do certame, pugnando, igualmente, pela aplicação de multa ao responsável, em virtude da violação do artigo 65,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

parágrafos 1º e 2º, nos termos do artigo 104, inciso II, da nossa Lei Orgânica.

Somando-se os serviços complementares que foram incluídos no objeto contratual por meio do 1º Termo Aditivo e do 3º Termo Aditivo, certamente restará indubitável a violação dos limites previstos no artigo 65, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93. Quanto à prorrogação do prazo de vigência contratual, o parecer jurídico da DERSA sustentou que, “foi necessário efetuar uma série de estudos e de investigações geológica e geotécnica, além das alterações a pedido da CETESB, Prefeitura Municipal de Santos, Prefeitura Municipal de Guarujá, CODESP e CET-Santos.” Neste ponto, não se pode olvidar que o objeto principal da avença era exatamente a “prestação de serviços de técnicos especializados de apoio à elaboração do EIA-RIMA e ao licenciamento ambiental, de consolidação e otimização da alternativa selecionada, de projeto de engenharia, de preparação dos elementos para licitação das obras e do detalhamento executivo da Ligação Viária Santos – Guarujá”. Vale dizer, estes estudos geológicos e a esta interação dialógica com outras esferas de governo e com outros órgãos públicos já compunham o objeto contratual desde o início, do que se infere a definição precária e nebulosa do objeto licitado, quando da confecção do Termo de Referência. Tanto assim o é que foi preciso lançar uma nova licitação para contratar uma equipe que pudesse trabalhar em conjunto com a empresa contratada por meio da Concorrência Pública n.º 034/2011. É neste ponto que o parecer ministerial converge para a análise do TC 14.409/026/13.

TC 14.409/026/13 (vinculação do objeto licitado à Concorrência n.º 034/2011)

Ainda no âmbito da DERSA, pouco tempo depois da conclusão da Concorrência n.º 034/2011, com a assinatura do contrato em 30/05/12, foi publicado em 17/07/12 o Edital de Concorrência n.º 009/12, deflagrando a Licitação Pública Internacional, do tipo “técnica e preço”. Tal certame destinou-se à “*contratação de empresa de consultoria multidisciplinar para atuar, em conjunto com a equipe da*



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Dersa, na coordenação, concepção, análise e acompanhamento dos trabalhos relativos ao detalhamento do túnel imerso, parte integrante do objeto da licitação n.º 034/2011, publicada pela Dersa para a ligação viária Santos-Guarujá". No edital desta Licitação Internacional foi fixado que a empresa contratada (consultora) seria coresponsável da projetista contratada na licitação 034/2011 (TC 20.142/026/12).

Conforme o relatório da diligente Fiscalização (fls. 3057/3065), o certame foi precedido de autorização e de parecer jurídico, com a designação da comissão licitatória e a fixação do orçamento básico, seguindo-se à publicação no diário oficial. Na Jurisdição de Contas, o procedimento licitatório foi objeto de exame prévio de edital (e-TC 953.989.12-6), sendo o pedido indeferido. Na decisão que deixou de suspender certame, o Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga frisou que "(...) *todos os atos porventura praticados pelo administrador, nos exatos moldes anunciados pelo ato convocatório, deverão de ser submetidos ao controle de legalidade, por ocasião do regular exame da matéria*".

De acordo com o relatório da Fiscalização, 89 (oitenta e nove) empresas tenham retirado o edital, mas somente duas proponentes compareceram à sessão de abertura, com a desclassificação da empresa COWI A/S. Em suas palavras, "a Comissão Especial de Licitação, após a análise das Propostas Técnicas, decidiu classificar a proposta técnica da licitante Haskoning Nederland B.V. e desclassificar a proposta técnica da licitante COWI A/S, pelo não atendimento ao item 3.4.1 do Edital, não comprovando a experiência na área de atuação dos profissionais, conforme item 4.2.3 do Edital." No deslinde do certame, o contrato foi firmado com a empresa Haskoning Nederland B.V. no valor de R\$ 11.852.078,72, valendo-se de recursos oriundos de convênio existente entre a Secretaria de Logística dos Transportes, o DER e a DERSA.

Acostado aos autos o Relatório da Fiscalização, a PFE pugnou pela prévia oitiva da ATJ – Unidades de Economia e Engenharia (fls. 3066).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deferido o pleito (fls. 3067), a ATJ destacou que o “referencial do julgamento foi predominantemente técnico, da necessária avaliação da experiência e dos recursos humanos disponíveis, tendo em conta o termo de referência do objeto licitado”, razão por que concluiu pela legalidade (fls. 3068/3073). A partir do parecer técnico da ATJ, a PFE e o MPC também se firmaram pela regularidade da matéria (fls. 3074/3075). Considerando a conexão de matérias, de modo a vincular o TC 14.409/026/13 ao TC 20.142/026/12, o Excelentíssimo Conselheiro Doutor Sidney Estanislau Beraldo propôs a redistribuição do feito (fls. 3076), o que foi deferido pela Presidência da Egrégia Corte (fls. 3077). Providenciado o trâmite conjunto (fls. 3078), sobreveio o despacho saneador, por meio do qual foi ordenada a apuração do valor total pago pela execução dos contratos abordados no TC 20.142/026/12, TC 14.409/026/13 e TC 18.869/026/14, com a indicação da possível entrega do objeto contratado (fls. 3085/3086).

Em seguida, a Origem noticiou três aditamentos: o 1º Termo Aditivo e Modificativo visou à alteração da razão social da contratada, em virtude da fusão entre as empresas holandesas Haskoning Nederland B.V. e DHV B.V., passando a ser denominada HaskoningDHV/NederlandB.V. (fls. 3089/3163); já o 2º Termo Aditivo decorreu da “*necessidade de prorrogação contratual em virtude da mora na resolução do traçado do empreendimento e das compatibilizações deste com outros projetos governamentais, sob responsabilidade da CODESP e da EMTU*” (fls. 3165/3183); por fim, o 3º Termo Aditivo e Modificativo buscou alterar o valor da avença e o prazo de vigência, com a adequação do plano de trabalho e do cronograma físico-financeiro de desembolso, totalizando um acréscimo de 24,71% em relação ao valor original do contrato (fls. 3184/3202).

Na tentativa de legitimar juridicamente o último termo aditivo, a DERSA explicou que foram realizados novos estudos, dividindo as atividades em três fases: (i) apoio técnico, consolidação e otimização da alternativa selecionada; (ii) elaboração do projeto de engenharia e dos elementos para licitação das obras;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

(iii) detalhamento executivo. Também frisou que, após a conclusão do EIA/RIMA, protocolado na CETESB em 28/08/2013, a divulgação do projeto fez com que fosse despertada uma série de discussões e debates com os Municípios envolvidos, com a CET-Santos, com a CODESP e com a própria sociedade civil, levando à alteração do projeto para diminuir não somente o número de desapropriações, mas também o fluxo de veículos, com a apresentação de um complemento ao EIA/RIMA na data de 06/01/2014 (fls. 3186/3188).

Ao responder requisição do TCE/SP, a Origem informou que o valor total pago até 19/11/2014 correspondia a R\$ 9.820.564,54 e que a execução do objeto ainda estava sendo realizada pela empresa Haskoning Nederland B.V., com sua divisão em dois grupos. Em linhas gerais, o Grupo 1 refere-se à instrução técnica do projeto relativo à construção do túnel, ao passo que o Grupo 2 concerne ao apoio dado para a obtenção do licenciamento ambiental e para o detalhamento executivo da obra (fls. 3203/3204). Respondendo à nova requisição (fls. 3208), a DERSA encaminhou cópia da garantia complementar e dos extratos publicados no diário oficial, juntamente com planilha relativa aos valores pagos (fls. 3211/3219). Ao instruir os termos aditivos, a Fiscalização concluiu pela regularidade da matéria (fls. 3227/3233). Determinada a manifestação dos órgãos técnicos (fls. 3237/3238), a digna ATJ se firmou pela legalidade (fls. 3239/3243), no que foi novamente acompanhada pela PFE (fls. 3244). Após, vieram os autos ao MPC.

A partir dos novos elementos probatórios coligidos aos autos, nota-se inicialmente que a primeira manifestação deste *Parquet de Contas* ocorreu antes da reunião dos processos, ocasião em que o parecer ministerial acompanhou o posicionamento da Fiscalização, da digna ATJ e da douta PFE. Nada obstante, tal pronunciamento retratou uma perspectiva endoprocessual isolada e uma realidade meramente formal sobre o Edital de Concorrência n.º 009/12 e sobre o contrato firmado com a empresa Haskoning Nederland B.V. no valor de R\$ 11.852.078,72. Isso acabou por inviabilizar uma visão global sobre a matéria,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

especificamente no que tange à definição do objeto licitado e da responsabilidade das contratadas. E, por certo, a análise do todo é diferente do exame isolado das partes. É por isso que a conexão destas matérias afins fez com que se despontasse uma nova perspectiva sobre os estudos técnicos que precederam à licitação voltada para a construção do túnel imerso, legitimando, de conseguinte, a reforma do posicionamento ministerial, no sentido de se concluir pela irregularidade da matéria abordada no TC 14.409/026/13.

Sem olvidar que a reforma do posicionamento ministerial requer um esforço argumentativo redobrado, parte-se da premissa incontroversa de que a segunda contratação está umbilicamente vinculada à primeira. Afinal, como bem definiu o próprio Edital de Concorrência n.º 009/12, “a empresa consultora será coresponsável com a projetista contratada na licitação 034/2011” (TC 20.142/026/12). Também é preciso lembrar que o Edital de Concorrência n.º 009/12 foi publicado em 17/07/2012, ou seja, menos de dois meses em relação à assinatura do contrato oriundo da Concorrência n.º 034/2011, na data de 30/05/2012. Isso não só reforça as deficiências da primeira contratação, como também demonstra que objeto do segundo contrato não existe de forma autônoma, orbitando em torno dos contornos dúbios do primeiro contrato firmado com o Consórcio Consultor Engevix – Planservi – Themag Túnel Submerso.

Uma vez demonstrada a relação de interdependência material e temporal entre as duas licitações e contratações, seu primeiro reflexo prático fica evidente na delimitação da concorrência e da competitividade, com a nítida violação do artigo 37, inciso XXI, da *Lex Mater*. Isto porque a primeira opção discricionária por uma nova técnica de construção de túneis no Brasil refletiu-se no comparecimento de apenas duas proponentes, com a classificação de uma única empresa, embora 89 empresas tenham retirado o edital. Além disso, também fica evidente que o segundo contrato mais se assemelha a um termo aditivo, de modo que seu julgamento está atrelado à sorte do primeiro, aplicando-se, de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

consequente, o princípio jurídico da acessoriedade, tal como amplamente consagrado nos precedentes da Corte de Contas Bandeirante. Havendo a qualificação como Termo Aditivo, os valores das duas contratações devem ser somados para fins de aplicação dos limites previstos no artigo 65, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93, o que importaria no reconhecimento lógico de que houve a extrapolação do patamar de 25%. E, neste tópico, ratifica-se a tese defendida na sustentação oral acima reproduzida.

Da mesma forma, esta relação de interdependência entre as duas licitações e contratações igualmente prejudica a definição clara e *apriorística* da responsabilidade jurídica de cada uma das contratadas, em nítido detrimento da gestão transparência *da res publica*. Prevista uma espécie de responsabilidade solidária, foi preciso a celebração tardia de um termo aditivo para definir as fases de execução do objeto licitando, cindindo, em linhas gerais, nos estudos relativos ao projeto e nas providências relacionadas ao licenciamento ambiental e ao EIA/RIMA. É neste ponto que o parecer converge para a análise dos aditamentos decorrentes do contrato celebrado com a empresa Haskoning Nederland B.V. Para além da aplicação do princípio da acessoriedade, contaminando necessariamente os termos aditivos em decorrência dos vícios de que padecia o contrato original, mostra-se oportuna a análise jurídica de cada aditamento.

Considerando que o 1º Termo Aditivo promoveu a alteração da razão social da contratada, em virtude da fusão entre as empresas holandesas Haskoning Nederland B.V. e DHV B.V., deve-se ressaltar a previsão constante do artigo 78, inciso VI, da Lei Federal n.º 8.666/93. Tal dispositivo elenca como motivo para a rescisão unilateral do contrato, “*a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.*” Ao tratar do tema, a doutrina especializada entendeu que tais operações societárias levam, via de regra, à descontinuidade contratual por implicar espécie de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

novação subjetiva, não sendo motivo para a rescisão contratual somente no caso de haver previsão no edital e no contrato, devendo a empresa decorrente da fusão observar os requisitos de habilitação, tudo com a anuência da Administração Pública contratante. É o que se infere do seguinte trecho das obras de Jessé Torres Pereira Junior e de Luis Carlos Alcoforado:

O inciso [VI do art. 78] contempla seis hipóteses de ingresso de terceiro na relação contratual estabelecida entre o contratado e a Administração, considerando-as todas, motivo para rescisão do contrato, se ao desamparo de previsão deste ou do edital: subcontratação, associação, cessão, fusão, cisão e incorporação.

(...)

Fica claro, portanto, que dará causa à rescisão do contrato qualquer ato que implique substituição do contratado por outra pessoa, ainda que esta signifique desdobramento daquele, como ocorre na incorporação, na fusão e na cisão, irrelevante que as sociedades resultantes assumam todos os direitos e obrigações da que foi incorporada, fundida ou cindida. A ratio está em que a empresa substituta, não tendo participado da licitação, não teve sua habilitação aferida, nem disputou preço com os demais concorrentes, sendo, portanto, uma estranha para a Administração.

(...)

É a única interpretação que se compadece com os princípios constitucionais regentes da matéria, que restariam efetivamente alienados se norma infraconstitucional autorizasse a Administração a admitir, em seus editais e contratos, que terceiro alheio à competição licitatória pudesse substituir-se integralmente ao vencedor do torneio. E é o que se infere da regra expressa no art. 50, parte final.”¹

“Para que a ocorrência desses fenômenos societários [fusão, cisão e incorporação] ponha a salvo o contrato, urge que haja expressa admissão do edital e do contrato, sem olvidar que, em face à repercussão na relação administrativa, se deve comunicar à Administração.

O silêncio editalício significa proibição à ocorrência da operação de fusão, transformação ou incorporação no curso do contrato, sob pena de sua rescisão.”²

¹ PEREIRA Junior, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 511/512.

² ALCOFORADO, Luis Carlos. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 381.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

No cotejo de tais considerações com o presente caso, constata-se que não há nenhuma referência específica sobre a fusão no Edital de Concorrência n.º 009/12. Já no Contrato n.º 4394/13 (fls. 3030/3046), a Cláusula 7.1 fixou que “*não será permitida a subcontratação*”, cabendo à Cláusula 8.1 dispor que, “*as alterações, rescisões, penalidades e multas obedecerão ao disposto na Lei n.º 8.666/93, na Lei Estadual n.º 6.544/89 e na Resolução ST-040/94*”. Desta forma, na falta de dispositivo contratual que tenha instituído uma situação excepcional, aplica-se a regra geral do artigo 78, VI, da Lei 8.666/93, que proibiu as subcontratações e as alterações societárias, colocando em xeque a validade do 1º Termo Aditivo, bem como dos termos subseqüentes. Quanto ao 2º Termo Aditivo, a necessidade de prorrogação do prazo de vigência contratual em virtude da demora na resolução do traçado do empreendimento e das compatibilizações com outros projetos denota a falta de divisão e precisão das responsabilidades jurídicas e do necessário diálogo com outros órgãos públicos, assemelhando-se a uma confissão de ineficiência.

O mesmo se diz em relação ao 3º Termo Aditivo, que alterou o prazo contratual e o valor da avença, pautando-se numa planilha de quantitativos pouco esclarecedora (fls. 3201). Segundo tal planilha, a majoração de 24,71% do valor contratual foi correspondente ao montante de R\$ 2.928.674,33, decorrendo da previsão lacônica de acréscimo da quantidade de 980 horas de reunião em “*participação de equipe consultora em reuniões*” e de 9 meses de “*equipe de coordenação*”. Como se percebe da leitura desta planilha, tais alterações tiveram justificativas lacônicas e pouco fundamentadas, deixando de detalhar as atividades desenvolvidas. Não se pode perder de vista que este termo aditivo buscou alterar um contrato que tinha por finalidade a atuação conjunta na execução de uma outra avença anterior. Disso se infere a sobreposição de um emaranhado de relações jurídicas voltadas para o desenvolvimento de atividades intelectuais que são antecedentes à construção do túnel e que são difíceis de serem mesuradas. Por



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

tais razões, este agente ministerial firma-se pela irregularidade do Edital de Concorrência n.º 009/12, do Contrato n.º 4394/13 e dos três termos aditivos,

TC 18.869/026/14 (vinculado à Representação do MPC – TC 9232/026/14)

Resgatado o trâmite processual, com o pronunciamento ministerial sobre as matérias abordadas nos autos do TC 20142/026/12, TC-24.583/026/14 e TC 14.409/026/13, convém passar à análise do TC 18.869/026/14, cuja autuação deu-se por conta da Representação oferecida ao Egrégio TCE/SP por este *Parquet de Contas*. Assim, nos autos do TC 9232/026/14, o Ministério Público de Contas salientou, de início, a relevância dos Ofícios encaminhados pela Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital (expedientes TC 3753/026/13 e TC 3754/026/13), comunicando a instauração do Procedimento de Inquérito Civil nº 081/2012 contra o DER, o DERSA e a empresa VETEC Engenharia S/C. Ltda., num contexto em que se discutiam as várias possibilidades técnicas de Ligação Viária entre Santos e Guarujá. No Inquérito Civil, questionou-se a realização de vultosas despesas por duas entidades públicas – DER e DERSA, ambas vinculadas a Secretaria Estadual de Transporte e Logística, visando à consecução da mesma finalidade, qual seja, a ligação viária entre Santos e Guarujá.

Por um lado, a investigação do Ministério Público Estadual recaiu sobre a *Concorrência Pública n.º 034/2011*, voltada para a prestação dos serviços técnicos especializados de apoio à elaboração do EIA-RIMA e ao licenciamento ambiental, de consolidação e otimização da alternativa selecionada, de projeto de engenharia, de preparação dos elementos para a licitação das obras e do detalhamento executivo da ligação viária entre Santos e Guarujá, por meio de Túnel Submerso. Tal matéria já era objeto do processo TC 20.142/026/12, no qual também se analisava o respectivo Contrato nº 4.244/2012, firmado em 30.05.2012 entre o DERSA e o Consórcio Consultor Engevix–Planservi–Themag, no valor de R\$ 33.583.134,01. Ao longo da instrução, o Ministério Público de Contas firmou-se,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

como se viu acima, pelo julgamento de irregularidade, diante dos valores imprecisos do orçamento básico, da aglutinação indevida do objeto, das exigências deficitárias de capacitação técnico-operacional, dos critérios subjetivos de avaliação da proposta técnica, do descumprimento do Estatuto da Cidade e da falta de segurança técnica na escolha do “túnel imerso pré-moldado”, gerando desapropriações prejudiciais ao patrimônio histórico e aumento do trânsito local.

De outro lado, a investigação do MPE também recaiu sobre o *Contrato 16.5436-0*, firmado no valor de R\$ 1.427.146,27, posteriormente alterado para o valor de R\$ 1.767.273,90, através do Termo Aditivo e Modificativo 760, tendo por objeto os estudos precedentes ao Projeto Básico da “ponte pênsil estaiada” que seria construída entre Santos e Guarujá. Quando este Procurador de Contas ficou ciente de que existia um segundo contrato relacionado à ligação viária entre Santos e Guarujá, foi noticiado que o MPC faria um pronunciamento global sobre a matéria, levando em conta a instrução deste contrato firmado pelo DER. Ocorre que, na ocasião do pronunciamento conclusivo no TC 20.142/026/13, constatou-se que, até 29.01.2014, sequer tinha sido autuado o processo relativo à licitação e contratação do Projeto Básico da “ponte pênsil estaiada”, quiçá por se tratar de processo inferior ao valor de remessa ao Egrégio TCE/SP. Legitimou-se, assim, o oferecimento da representação ministerial, com a finalidade de deflagrar o controle externo em relação ao projeto da ponte estaiada.

No desenrolar do TC 9232/026/14, a representação oferecida pelo MPC foi devidamente autuada (fls. 02/55), o Excelentíssimo Presidente do TCE/SP acolheu a manifestação do GTP, com a finalidade de receber a petição inicial, ordenando a distribuição segundo o critério da prevenção (fls. 56/59). Determinado o trâmite conjunto (fls. 60), o MPC requereu a instrução da matéria (fls. 63/65), com a ulterior instauração do TC 18.869/026/14 (fls. 67/68), seguindo-se à notificação pessoal das partes interessadas (fls. 70/76). Determinado o trâmite conjunto dos processos (fls. 75/76), o despacho saneador ordenou a apuração do valor total



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

despendido pela execução dos contratos abordados no TC 20.142/026/12, TC 14.409/026/13 e TC 18.869/026/14 (fls. 77/79), remetendo-se posteriormente os autos para a ATJ, a PFE e o MPC (fls. 81/84). Depois de ATJ e PFE noticiarem a manifestação no TC 14.409/026/13 e no TC 18.869/026/14, respectivamente (fls. 84/86-V), os autos vieram ao Ministério Público de Contas.

Por sua vez, o trâmite processual do TC 18.869/026/14 teve início com o Ofício do DER, que deu cumprimento à requisição do TCE/SP, mediante a remessa dos documentos relativos à licitação e à contratação da ponte estaiada (fls. 02/459). Em seu relatório, a Fiscalização concluiu pela regularidade da licitação, do contrato e dos termos aditivos, apontando atrasos nos pagamentos durante a fase de execução contratual (fls. 460/469). Requerida a notificação da Origem (fls. 470/475), o Superintendente do DER asseverou que o Projeto Básico da ponte estaiada teria respeitado todos os critérios técnicos de aviação e de navegação (fls. 479/484). Reunidos os processos, o despacho saneador ordenou a apuração do valor total despendido pela execução dos contrato abordado no TC 18.869/026/14 (fls. 486/490). Ao invés de ser direcionada para o DER (parte interessada no TC 18.869/026/14), a requisição do TCE/SP foi enviada para a DERSA (fls. 491/492), que comunicou desconhecer as informações relacionadas ao Contrato n.º 16.536-0 (fls. 493/494). Determinada a oitiva da ATJ (fls. 497/499), o órgão técnico repisou os dados relativos à declaração de recursos, aos índices de qualificação econômica e à garantia de participação no certame, concluindo pela regularidade da matéria (fls. 500/505), no que foi acompanhada pela PFE (fls. 506).

Apesar do posicionamento favorável da Fiscalização e da ATJ, a análise do ato convocatório e dos demais documentos relacionados à contratação do projeto básico demonstra a existência de falhas formais que são usualmente apontadas pelo Egrégio TCE/SP, legitimando o resgate das principais fases do procedimento licitatório. Assim, o DER lançou o Edital n.º 011/2009, deflagrando Tomada de Preço, do tipo “técnica e preço”, com vistas à “*execução de serviços*”



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

técnicos especializados para a elaboração do Projeto Básico de uma Ponte entre Santos e Guarujá, a ser implantada na região da Ponta da Praia em Santos, com acesso pela Avenida dos Portuários, pelo lado do Guarujá com acesso pela Avenida Ademar de Barros” (fls. 289/371). Com a finalidade de balizar as propostas comerciais, o DER apresentou o Termo de Referência no Anexo XXVI, bem como o Orçamento Estimativo no Anexo I, não constando nos autos a fonte da pesquisa prévia dos custos unitários (fls. 308).

Na visão ministerial, o orçamento estimativo requer não somente o detalhamento dos custos unitários, nos termos do artigo 7º, § 2º, inciso II, e do artigo 40, § 2º, inciso II, ambos da Lei Federal n.º 8.666/93, mas também a indicação de fontes distintas de pesquisa prévia, tais como a verificação do preço praticado nas contratações anteriores, a consulta direta a diferentes fornecedores do setor, a análise dos preços constantes de tabelas, sendo permitida a adoção do CADTERC como orçamento estimativo e preço máximo, desde que sua data-base não anteceda, em mais de seis meses, a divulgação do edital.³ Por certo, todas estas providências facilitam a elaboração de propostas justas e exequíveis, de modo a viabilizar o exame de verificação da conformidade da proposta com os preços correntes no mercado, em consonância com o artigo 43, inciso IV, da Lei de Licitações. É o que se infere dos precedentes do TCE/SP:

EMENTA: “CONCORRÊNCIA E CONTRATO. Constatadas falhas no orçamento estimativo. Não restou comprovada fonte de consulta para sua elaboração. As demais falhas engrossam o rol de desacertos

³ EMENTA: “Exame Prévio de Edital. O comprovante da garantia de participação deve integrar o envelope de documentos relativos à habilitação e ser examinado na sessão pública de abertura do Certame, sendo vedada a antecipação dessas providências. A exigência de certidão de regularidade operacional da instituição financeira seguradora perante a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, como condição de habilitação, não tem amparo no artigo 31 da Lei n.º 8.666/93. Incumbe à empresa interessada escolher quem, em seu nome, realizará a visita técnica, não cabendo à Administração impor que esta seja efetuada por engenheiro civil. **É vedada a adoção de orçamento estimado defasado, assim entendido aquele elaborado há mais de 6 meses em relação ao lançamento da licitação, ou já superado por outro mais atual.** Representação julgada parcialmente procedente” (TCE/SP, Pleno, EPE 1125.989.13-7, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 03.07.2013, v.u.)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

praticados, relacionadas a não publicação do edital em jornal de grande circulação no Estado; comprovação da capacidade técnico-operacional em um único atestado; impossibilidade de comprovação do vínculo por profissional autônomo e comprovação da regularidade com a Fazenda Federal sem possibilitar a apresentação de Certidão Positiva com efeitos de Negativa. JULGADOS IRREGULARES.” (TCE/SP, 1ª Câmara, TC-1684/003/08, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes, j. 20.11.2012, v.u.) (sem grifo no original)

Além deste vício gravíssimo que foi apurado na fase interna do certame, prejudicando a investigação de possível superfaturamento, o Ministério Público de Contas constatou duas falhas relacionadas à ampla divulgação do edital. De início, constata-se que o edital foi publicado no diário oficial de 18/06/2009 e no jornal de grande circulação (Diário de São Paulo), sendo o fato comunicado ao Sindicato da Indústria da Construção de Estradas (fls. 372/377). Ocorre que o artigo 21, inciso III, da Lei n.º 8.666/93 exige a publicação do ato convocatório tanto no diário oficial e no jornal diário de grande circulação estadual, como também no jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra. Trata-se de formalidade exigida nas licitações municipais, estaduais e federais, pois a *mens legis* busca ampliar a participação da sociedade civil diretamente afetada pela obra ou serviço. E, no presente caso, tal omissão mostrou-se gravíssima, porque a ligação viária entre Santos e Guarujá despertou uma série de debates e polêmicas com a população dos dois Municípios, como se infere da audiência pública constante do TC 20.142/026/12 (fls. 5109/5173).

Esse prejuízo à transparência na gestão da *res publica* também ficou evidente no Item 4 do Edital, ao dispor que, “o edital poderá ser adquirido das 10h00 às 15h00, na Avenida do Estado, nº 777 – Térreo – Atendimento ao Público Centralizado - Guichê 18, pelo preço de R\$ 100,00 (cem reais).” Trata-se de previsão editalícia que viola nitidamente o artigo 32, § 5º, da Lei Federal n.º 8.666/93. De acordo com tal dispositivo legal, “não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida". E, no presente caso, o número de fotocópias do edital e dos anexos dificilmente corresponderia a um valor equivalente a cem reais.

Além dos vícios no orçamento estimativo e na divulgação do ato convocatório, o Edital n.º 011/2009 padece de outra falha gravíssima, prejudicando o necessário sigilo dos potenciais competidores até o momento da sessão de abertura. Segundo o Item 5 do Edital, "(...) a garantia da proposta deverá ser recolhida pela licitante no Banco Nossa Caixa até o dia 21/07/2009, no valor correspondente a 1% do valor estimado do orçamento do DER/SP – Anexo I (...)"; resultando no recolhimento fixado em R\$ 14.706,00. Ocorre que o Item 10 do Edital previu que, "os envelopes contendo a proposta técnica, a proposta de preços e a documentação serão recebidos até às 10h00 do dia 24/07/2009, no Departamento de Estradas de Rodagem – DER/SP (...)." Para o Ministério Público de Contas, a caução participativa (garantia de participação) tem a finalidade de demonstrar a qualificação econômico-financeira das licitantes e, por compor a fase de habilitação, deve ser mantida em sigilo até o momento de entrega dos envelopes, não se admitindo a prova de seu recolhimento antes da sessão de abertura, sob pena de revelar antecipadamente os possíveis participantes, com prejuízo à livre formulação das propostas e à ampla competitividade. É o que se depreenda da consagrada jurisprudência do TCE/SP e do TCU:

*"Em juízo preliminar, afirmei que por se tratar de documento típico de qualificação econômico-financeira da fase de habilitação, a **garantia de participação somente poderia ser exigida na data de entrega dos envelopes**, conforme inteligência do inciso III, do artigo 31 da Lei nº 8.666/93. Ainda que haja prazo suficiente para realização dessa providência por parte de eventuais interessadas, a norma de regência obriga a demonstração de cumprimento apenas no momento da entrega dos documentos, não havendo, portanto, base legal para fixação de data diferente". (TCE/SP, Pleno, EPE 21978.026.11, Rel. Cons. Renato Martins Costa, j. 20.07.2011, v.u.)*

"Acesso à concorrência pública condicionada à produção de prova de recolhimento de caução participativa antes da data designada"



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

para o início do processo seletivo. Regra que não encontra amparo na norma de regência e jurisprudência da Corte. Documentação afeta à qualificação econômico-financeira das proponentes que, portanto, deve ser mantida sob sigilo até o momento de abertura dos respectivos envelopes. Inteligência do artigo 31, III, da Lei 8.666/93. Fixação do máximo de 3 (três) atestados para demonstração de qualificação técnica operacional. Ausência de esclarecimentos técnicos por parte do responsável e de grau de complexidade do objeto licitado que justifiquem o requisito de habilitação. Incongruência com o artigo 30, § 1º da Lei de Licitações. Possibilidade de comprometimento do princípio constitucional da isonomia. Necessidade de retificação de dispositivos do edital. Representação declarada procedente.” (grifos nossos, TCE/SP, Pleno, EPE 1133.989.12-9, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues, j. 07.11.2012, v.u.)

“9.2. determinar ao Dnit, com fundamento no art. 250, II, do Regimento Interno/TCU, que se abstenha de fixar em seus editais de licitação data limite para o recolhimento da garantia prevista no art. 31, III, da Lei n. 8.666/1993, sendo esse limite delimitado pelo próprio prazo para a entrega das propostas, respeitando-se os horários de funcionamento do órgão recebedor da garantia” (TCU, Acórdão 557/2010, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 24.03.2010).

Demonstradas tais falhas, cabe ressaltar que os vícios do Edital da Tomada de Preços n.º 01/2009 contaminaram todo o procedimento licitatório, de modo a implicar a nulidade do Contrato n.º 16.536-0, como preceitua o artigo 49, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93. Após a homologação e a adjudicação, o contrato foi assinado em 30/09/2009 com a empresa VETEC Engenharia Ltda., no valor de R\$ 1.427.146,42, com 04 (quatro) meses de vigência, contados a partir de 27/10/2009, devendo o prazo fatal se encerrar em 27/02/2010. Ocorre que, em 01/02/2010, foi celebrado o 1º Termo Aditivo e Modificativo n.º 215/10, com a prorrogação da vigência contratual por mais quatro meses, até 27/06/2010, justificando tal dilação em virtude das tratativas com as Prefeituras de Santos e de Guarujá no que tange à definição do traçado da ponte estaiada (fls. 403).

Em 27/08/10, foi assinado o 2º Termo Aditivo e Modificativo n.º 760/10, pautando-se nas justificativas ofertadas pelo DER (fls. 408/409). Alegou-se



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

que seria necessário compatibilizar o projeto básico da ponte com as questões operacionais, viárias, portuárias, ambientais e urbanísticas que foram apresentadas pelas Prefeituras de Santos e de Guarujá, pela CET-Santos, pela CODESP e pelo CAP – Conselho de Autoridade Portuária. Negadas as propostas iniciais de acesso à ponte, pela Avenida dos Portuários (Santos) e pela Avenida Ademar de Barros (Guarujá), foram propostas novas alternativas, com a preferência pela construção de viadutos na várzea do Rio Santo Amaro e nas avenidas Santos Dumont e Puglisi, fazendo com que a extensão da ponte passasse de 2.827,5 metros para 4.948,5 metros. Tais alterações exigiram novos estudos ambientais e urbanísticos que legitimaram o segundo aditamento contratual, com o objetivo de prorrogar o ajuste até 27/10/2010 e de acrescentar o valor de R\$ 340.097,48, equivalente a 23,83%. Com base nestas alterações, foi apresentado o Relatório Final do Projeto Básico (fls. 119/140), seguindo-se à confecção do Termo de Recebimento Provisório, do Termo de Recebimento Definitivo do Produto de Engenharia Consultiva e do Termo de Encerramento n.º 452/13.

Para o Ministério Público de Contas, a evolução de todo certame e da execução contratual serviu não só para indicar os vícios do ato convocatório (de modo a contaminar o contrato e os termos aditivos), mas também para demonstrar o quão prejudicial e custoso pode ser a condução de um projeto do governo estadual, sem o necessário dialógico com os Municípios afetados, com os demais órgãos interessados e com a população diretamente interessada. E, no caso em tela, a falta de diálogo refletiu-se na confecção prematura do Termo de Referência, importando na necessidade de aditar o contrato originário, com a finalidade de ajustar a ponte projetada às demandas municipais, isso sem falar na condução paralela de outro projeto pela DERSA. É neste ponto que o parecer ministerial converge para a necessidade de se limitar os horizontes da discricionariedade administrativa (mérito do ato administrativo), quando a decisão do gestor público tiver que se fundamentar em imperativos de ordem técnica, principalmente porque as decisões públicas geram despesas que podem causar prejuízo ao erário.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nas justificativas do DER, o Superintendente informou que a ponte projetada ficaria a cerca de seis quilômetros da Base Aérea de Santos. Também frisou que o Projeto Básico levou em conta não só as alturas máximas permitidas no cone de aproximação da base aérea, mas também o gabarito necessário para navegação, conforme debate travado com a CODESP na época de sua confecção. Faltou mencionar, portanto, que projeto básico precisou ser alterado não por razões aeronáuticas ou marítimas, mas por outras questões arguidas pelos Municípios, relacionando-se aos impactos ambientais, aos reflexos no trânsito, às desapropriações necessárias. Ao responder requisição do TCE/SP, a DERSA afirmou que, *“desconhece a informação relacionada ao repasse do Contrato n.º 16.536-0, tendo em vista que este foi totalmente executado pelo DER”*. Também destacou que, *“o projeto objeto do contrato n.º 16.536-0 não foi a opção adotada para atender a demanda da região da Baixada Santista (Ligação seca entre Santos e Guaruj a), tendo em vista a necessidade de gestão do Governo do Estado de São Paulo de reanalisar a sua proposi o induzida por características do projeto que levantaram questionamentos pelas partes envolvidas por não atenderem às suas demandas e por outras razões urbanísticas e ambientais”* (fls. 493/494).

Considerando a visão global proporcionada pela reunião de todos os processos afins, **ao analisar o contexto onde despontaram os estudos para o túnel submerso e para a ponte estaiada**, percebe-se que o desenvolvimento destes dois projetos ocorreu em circunstâncias bastante obscuras, conduzidas por órgãos estatais que poderiam ter buscado uma via comum para a Liga o Viária, sem falar nas falhas formais que macularam os editais, os contratos e os termos aditivos. Quanto   ponte idealizada pelo DER, o projeto gerou despesas inócuas, porque o Termo de Referência foi divulgado e serviu como subsídio para a Tomada de Preços, sem a devida maturac o do processo dialógico com os Municípios de Santos e Guaruj a. Tanto assim o   que o projeto inicial foi alterado por conta de questões ambientais, urbanísticas, de tráfego e de desapropria o, temas que



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

poderiam ter sido abordados no EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança. E nem se diga que os tópicos do EIV poderiam ter sido abordados no EIA/RIMA, porque, no projeto da ponte, tais temas foram desconsiderados. Quanto ao túnel projetado pelo DERSA, a decisão pelo “túnel imerso pré-moldado” representa a adoção de uma tecnologia inédita no país, o que representará a redução do universo de competidores no procedimento licitatório. Trata-se, senão, de decisão política com roupagens de aparente tecnicidade, gerando prejuízo ao erário. E a maior prova já consta dos autos. Afinal, para executar o contrato decorrente da Concorrência n.º 034/2011, foi necessário lançar outra licitação e contratar uma empresa estrangeira para realizar o detalhamento executivo e os estudos relativos ao EIA/RIMA e ao licenciamento ambiental, pagando duas empresas por um único serviço.

Neste sentido, até quando a Sociedade Bandeirante estará à mercê da ineficiência e da ausência de estudos seguros ou de justificativas plausíveis no que tange à construção do túnel submerso? A preocupação principal do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo é a de que o projeto da DERSA tenha o mesmo destino da ponte projetada pelo DER, naufragando em despesas inócuas. Esta seria uma medida preventiva, capaz de evitar a recorrente falta de planejamento estatal em situações como a ora exposta. Estar-se-ia, pois, a impedir um triste *déjà vu* de *praxis* administrativa negativa, em contraponto com a experiência internacional de gestão eficiente. Por tais razões, o Ministério Público de Contas requer a firme atuação da Jurisdição de Contas, de modo que, juntos, possam exercer seus papéis de guardiões da Sociedade Bandeirante.

Diante de todo o exposto, o **Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo**, por meio de seu Procurador de Contas, deixa de acolher as justificativas para se manifestar pelo julgamento de irregularidade da matéria abordada nos autos do TC-20142/026/12 (estudos relativos ao túnel submerso), do TC 14.409/026/13 (estudos complementares, relacionados ao túnel submerso), do TC 18.869/026/14 (projeto básico da ponte), julgando procedendo representações



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

constantes dos autos do TC-24.583/026/14 (relativo a túnel imerso) e do TC-9232/026/14 (relativo a ponte estaiada), tudo sem prejuízo da remessa de cópia dos autos para o Ministério Público do Estado de São Paulo e da aplicação de multa aos gestores públicos responsáveis, nos termos do artigo 104, inciso II, da LC n.º 709/93, por inobservância expressa às normas de regência.

É o parecer que cumpria ofertar como *custos legis*.

São Paulo, 22 de julho de 2015.

RAFAEL ANTONIO BALDO
Procurador do Ministério Público de Contas