



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

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

PPJC 4365/2015

**PROCESSO:** TC – 5591/2013

**JURISDICIONADO:** AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO - ARSI

**ASSUNTO:** REPRESENTAÇÃO

**REPRESENTANTES:** Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Sr. Renato Casagrande – Governador do Estado do Espírito Santo e Exmo. Sr. Rodrigo Marques de Abreu Júdice – Procurador-Geral do Estado

Ministério Público do Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Sr. Eder Pontes da Silva – Procurador-Geral de Justiça e pelos Drs. Sandra Lengruber da Silva e Marcelo Lemos Vieira – Promotores de Justiça do MPES.

Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo, representado pelo Ilmo. Sr. Luiz Paulo de Figueiredo

Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, representado pelos seus Procuradores

Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Sr. Theodorico Ferraço

**RESPONSÁVEL PELO ÓRGÃO FISCALIZADO:** LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, sucedido por FERNANDO ASSAD

**EXERCÍCIO:** 1998/2013

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, II, da Lei Complementar nº. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.

## **I - RELATÓRIO**

Cuidam-se os autos de representação aviada por **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, **AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO**



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

**BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO (ARSI), MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO E ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, dando conhecimento a esse Tribunal de Contas acerca de irregularidades no Contrato de Concessão n.º 1/98, referente ao Sistema Rodovia do Sol, do qual fazem parte a Rodovia ES-060 e a Ponte Deputado Darcy Castello de Mendonça, pública e notoriamente conhecida como Terceira Ponte.

Extraí-se dos autos que a peça processual foi protocolada nesse Tribunal na data de 08.07.2013<sup>1</sup>. Pelos fundamentos alegados, foi requerida a realização de auditoria extraordinária no Contrato de Concessão ora mencionado, cujo escopo transcrevemos:

[...] verificar se o contrato de concessão está sendo cumprido regularmente e indicar as medidas corretivas que sejam necessárias, apreciando ainda o conflito de interesses objeto das ações ordinárias n.º. 0009022-02.2009.8.08.0024 (024.09.009022-6) e n.º. 0010720-43.2009.8.08.0024 (024.09.010720-2), que tramitam na 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual de Vitória.

Ato contínuo, foi proferido o r. Voto<sup>2</sup> que, acolhido à unanimidade pelo Plenário dessa Casa de Contas, originou a r. Decisão TC-2754/2013<sup>3</sup>, por **(i)** conhecer da representação; **(ii)** realizar auditoria no Contrato de Concessão n.º 001/1998 e, ainda, por notificar e oficiar os órgãos públicos, dando ciência, por fim, à Concessionária Rodovia do Sol acerca da instauração da auditoria no contrato de concessão.

Da referida Decisão, recepcionou-se farta documentação alusiva ao Contrato de Concessão, bem como expediu-se ofícios a órgãos públicos, à Ordem dos Advogados do Brasil e a Conselhos de Fiscalização, para que estes formulassem quesitos cujo teor possuísse pertinência temática com o objeto em análise.

Assim, em atendimento à r. Decisão TC-2754/2013:

- 1) A ARSI, por intermédio do ofício de fl. 39, encaminhou “CD Rom” e documentos impressos contendo informações referentes ao Edital e anexos; contrato e termos

---

<sup>1</sup> Fls. 2/3

<sup>2</sup> Fls. 4/8

<sup>3</sup> Fls. 9/11



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

aditivos; estudos da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e estudos de reequilíbrio de autoria da própria agência reguladora;

- 2) A Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, por intermédio do ofício de fl. 89, requereu o aditamento da Representação visando incluir os quesitos elencados no “Requerimento nº 221/2013”<sup>4</sup>. Já o segundo pedido proveio da 1.ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal<sup>5</sup>, que enfatizou a necessidade de notificar-se o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES).

Os pedidos supra foram acolhidos pelo Relator, sobrevindo as Decisões TC-2947/2013 e 2948/2013. Sublinhe-se que a Secretaria de Estado de Controle e Transparência, em vista da Decisão TC 2754/2013, colacionou aos autos a documentação de fls. 102/634.

Por sua vez, em 12.7.2013, o Tribunal de Contas foi cientificado oficialmente da Decisão<sup>6</sup> tomada nos autos do Processo Judicial n.º 1147553-37.1998.8.08.0024 (024.98.019331-2), em trâmite na 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, na qual determinou-se que a partir de zero hora do dia 13/7/2013 a tarifa básica relativa, tão só, ao trecho da Terceira Ponte, seria cobrada no valor de R\$ 0,80 (oitenta centavos). Vale acrescentar que no mesmo processo judicial, determinou a MM Juíza a realização de:

[...] AUDITORIA CONTÁBIL, FINANCEIRA e ECONÔMICA no Contrato de Obra Pública nº 01/98, firmado entre o ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e a EMPRESA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S/A, a ser realizada, com supedâneo no Protocolo de Intenções publicado no DJ de 07/02/2012, pelo Colendo TRIBUNAL DE CONTAS DO E.E.SANTO, no **prazo de 90 (noventa) dias**, podendo ser prorrogado, em caso de fundada necessidade, a critério deste juízo; (grifo do original).

Consta, ainda, nos autos:

---

<sup>4</sup> fls. 90-93 (vol. I)

<sup>5</sup> fls. 95-97 (vol. I)

<sup>6</sup> fl. 637, (vol. IV)



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

- a) O Ofício GP 233/2013, advindo do Presidente da Ales<sup>7</sup>, encaminhando cópia do Diário Oficial do Poder Legislativo, edição de 7/6/2004, que encarta o “Relatório da CPI do Sistema Rodovia do Sol” (fls. 701-784, vol. IV);
- b) Ofício, protocolizado pelo Crea-ES<sup>8</sup>, informando sobre os representantes do Conselho junto a este Tribunal para fins de formulação de quesitos. No mesmo sentido tem-se o Ofício protocolizado pelo Corecon-ES<sup>9</sup>;
- c) Ofício<sup>10</sup> em que o MPES apresenta seus quesitos para serem apreciados nos trabalhos de auditoria. Oportuno salientar que nas fls. 9087/9088 (vol. XLII), o órgão ministerial apresentou outros quesitos. Também o Estado do Espírito Santo, através da PGE, seu órgão de representação jurídica, apresenta seus quesitos<sup>11</sup>;
- d) Aditamento à representação<sup>12</sup>, efetuado pelo Ministério Público de Contas. O pedido formulado pelo Ministério Público de Contas foi acolhido na Decisão TC-3087/2013<sup>13</sup> pelo Plenário desta Corte;
- e) O DER/ES trouxe aos autos a documentação carreada às fls. 857-8737 (vols. V ao XL);
- f) A ARSI juntou aos autos estudo realizado para a definição da tarifa de manutenção da Terceira Ponte em atendimento à determinação do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, encontrando-se às fls. 8.742-8.750 (vol. XLI);
- g) Juntada de Perícia Técnica realizada pelo Instituto de Avaliações e Perícias de Engenharia do Estado do Espírito Santo (Ibape)<sup>14</sup>;
- h) Cabe gizar que a OAB/ES e o CRC/ES mantiveram-se inertes quanto à elaboração de quesitos, conforme certidão de fl. 8752 (vol. XLI).

Não obstante, por meio dos ofícios de fls. 9061 e 9063 (vol. XLII), a Concessionária Rodovia do Sol interpõe embargos de declaração pretendendo o adiamento da entrega da documentação solicitada pela equipe de auditoria, sendo referido recurso

---

<sup>7</sup> fl. 700 (vol. IV)

<sup>8</sup> fls. 788/789 (vol. IV)

<sup>9</sup> fl. 850 (vol. V) e 9101/9102 (vol. XLII)

<sup>10</sup> fls. 796/804 (vol. IV)

<sup>11</sup> fls. 808/813 (vol. V)

<sup>12</sup> fls. 831/848 (vol. V)

<sup>13</sup> fls. 827/828

<sup>14</sup> Fls. 8772/9074 (vols. XI/XII)



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

desacolhido, consoante se verifica da Decisão Monocrática Preliminar DECM 743/2013<sup>15</sup>, determinando, ainda, que a embargante cumpra a solicitação no prazo de 05 (cinco) dias.

Elaborado o Plano de Fiscalização 74/2013<sup>16</sup>, foi solicitada a mais ampla gama de documentos ao Departamento de Estradas de Rodagem (DER), à Concessionária Rodovia do Sol (RODOSOL) e ao Instituto de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (Iema). Verifica-se dos autos diversos atrasos no fornecimento das documentações, bem como sucessivos pedidos de prorrogações para entrega.

Sublinhe-se que, aos trabalhos de auditoria, recepcionou essa Corte de Contas, em 24.2.2014, ofício<sup>17</sup> do juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual para conhecimento da decisão passada nos autos do Processo n.º 024.98.019331-2 (Ação Civil Pública) que estendeu a redução do preço do pedágio da Terceira Ponte – determinada em anterior decisão judicial, datada de 12/7/2013, com efeitos a partir de 13/7/2013 (vide cópia de fl. 637, vol. IV) – até o dia 24/4/2014, previsto para se ultimarem os trabalhos de auditagem.

Em 10.04.2013, foi publicado o Relatório de Auditoria RA-E n.º 10/2014<sup>18</sup> acompanhado dos apêndices “A” até “S”<sup>19</sup> e farta documentação<sup>20</sup>.

Do Relatório de Auditoria ante mencionado, foi elaborado pela 1ª Secretaria de Controle Externo, a Instrução Técnica Inicial ITI 256/2014<sup>21</sup> que aponta as supostas irregularidades constantes no RA-E 10/2014, sugerindo a citação de responsáveis e a notificação de terceiros interessados, bem como pugnando pela decretação da prescrição da pretensão punitiva, após manifestação do *Parquet* de Contas, em relação a vários agentes, cujos atos já teriam sido alcançados pelo decurso do tempo, impedindo, assim, a aplicação de sanções, sobrevindo, destarte, a Decisão Monocrática Preliminar DECM 360/2014<sup>22</sup>, acatando as sugestões da Área Técnica.

---

<sup>15</sup> Fls. 9.067/9.068 (vol. XLII)

<sup>16</sup> Fls. 8.464 (vol. XLI)

<sup>17</sup> Fls. 10.285

<sup>18</sup> Fls. 10.302/10.549

<sup>19</sup> Fls. 10.550/10.885 (vols XLV ao XLVI)

<sup>20</sup> Fls. 10.889/14.147 (Vols. XLVII a LXIII)

<sup>21</sup> Fls. 14.148/14.156 (vol. LXIII)

<sup>22</sup> Fls. 14.158/14.161 (vol. LXIII)



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

Cumprido frisar que, antes da elaboração da Instrução Técnica Conclusiva, aportaram-se os autos neste órgão Ministerial com vistas a manifestar-se acerca da **decretação da prescrição da pretensão punitiva** em relação aos gestores indicados nos itens **2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7; 2.8; 2.9; 2.12; 2.15 e 2.16 da ITI 256/2014**.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas manifestou-se às fls. 24.574-24.578 (vol. CXI), em que considerou “[...] *prudente e oportuno aguardar a conclusão da análise das defesas apresentadas pelos responsáveis para só então realizar o exame da prescrição punitiva aventada*”.

Encerrando a instrução processual, denota-se dos autos que o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC), elaborou, dada a complexidade dos trabalhos, por equipe multidisciplinar, a **Instrução Técnica Conclusiva – ITC 308/2015**<sup>23</sup> que, depois de contrapostas as justificativas apresentadas pelos interessados, manteve, parcialmente, os indicativos de irregularidades relacionadas nas **Instrução Técnica Inicial – ITI 256/2014**<sup>24</sup>.

## **II – ANÁLISE FÁTICO JURÍDICO**

### **II.1 – PRELIMINARES**

#### **II.1.1 - DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (TCEES) X PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (TJES)**

O Tribunal de Contas é órgão de destaque constitucional dotado de autonomia administrativa e financeira, concedido pelo poder constituinte originário, com o fito de gozar, no desempenho de suas funções, de plena independência.

O artigo 70 da Constituição Federal estatui que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação

---

<sup>23</sup> Fls. 24.628/25.757

<sup>24</sup> Fls. 14.148/14.156 (vol. LXIII)



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

das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A Lei Complementar Estadual n.º 621/2012, art. 1º, incisos I, IV, IX e X, preceitua que:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma desta lei:

I - exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, dos Municípios e das entidades da administração direta e indireta dos poderes constituídos, bem como da aplicação das subvenções e renúncias de receitas;

IV - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta do Estado e dos Municípios, incluídas as fundações e as sociedades por eles instituídas ou mantidas, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;

IX - fiscalizar procedimentos licitatórios, contratos, incluindo os de gestão, parcerias público-privadas, termos de parceria ou instrumentos congêneres, desestatizações, convênios, ajustes ou termos, envolvendo concessões, cessões, doações, autorizações e permissões de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou dos Municípios, por qualquer de seus órgãos ou entidades da administração direta ou indireta;

X - fiscalizar atos e contas de consórcios públicos e de empresas de cujo capital social o Estado ou Município participe, de forma direta ou indireta, nos termos de acordo, convênio ou ato constitutivo;

Desse modo, o que se quer demonstrar, consoante os preceptivos constitucionais e legais acima citados, é a **independência das instâncias**; assim, independentemente do julgamento pelos demais poderes não há exclusão, de forma alguma, da competência das Cortes de Contas, ainda que relativo aos mesmos fatos. Pelo contrário, ressalta a independência de instância.

Importante ressaltar que Lei Federal n.º 8.666/93, em seu art. 113, reafirma competências do Tribunal de Contas no controle das despesas, vejamos:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.



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

As competências atribuídas a qualquer órgão não são deferências ao mesmo, mas meios para alcançar um determinado fim. O Tribunal de Contas tem o **poder-dever** constitucional e legal de agir em defesa da coletividade, do interesse público com fundamento no princípio da legalidade e moralidade pública.

A professora Odete Medauar, tratando da questão, afirma que se pode definir Tribunal de Contas, no Brasil, como órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeira-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem definitividade jurisdicional. (Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.187)

Na dicção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Tribunal de Contas constitui:

Órgão constitucional plural e onímodo de toda a administração financeiro-orçamentária, não se subsumindo a qualquer dos Poderes do Estado no desempenho de sua função. (...) órgão garantidor dos valores político-constitucionais do Estado democrático de Direito, uma vez que exerce funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático, no tocante a um dos mais delicados aspectos de qualquer complexo juspolítico, que é, desde a Magna carta, a gestão fiscal<sup>25</sup>.

Analisando o tema em relação aos Tribunais de Contas é esclarecedora e precisa a posição do eminente Ministro Carlos Ayres Brito do STF, expondo que:

O Tribunal de Contas da União **não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo**. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público<sup>26</sup>.

Para o eminente jurista,

As Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei (...)

---

<sup>25</sup> Lima, Luiz Henrique – Controle Externo, 3ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. pp.115

<sup>26</sup> Lima, Luiz Henrique – Controle Externo, 3ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. pp. 113





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

Os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. Que não sejam processos parlamentares nem judiciais, já ficou anotado e até justificado (relembrando, apenas, que os Parlamentos decidem por critério de oportunidade e conveniência). Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim.

É pacífico o entendimento de que a Constituição Federal não deixa dúvidas acerca da autonomia das Cortes de Contas, agindo, ora numa posição de colaboração com o poder Legislativo, ora no exercício de competências próprias e exclusivas.

Reportando ao eminente autor Luiz Henrique Lima<sup>27</sup>:

Em síntese, podemos sublinhar que o TCU não possui subordinação hierárquica a nenhum outro órgão ou poder, sendo, portanto, inadequada e imprópria a expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo”, que não consta em parte nenhuma na Constituição.

Por outro lado, havia um debate fervoroso na doutrina acerca da natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas, pacificando-se no sentido de que têm natureza administrativa, pois, segundo o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, o monopólio da tutela jurisdicional encontra-se no âmbito do Poder Judiciário.

Não se olvidando que a tutela jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, as competências atribuídas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional aos Tribunais de Contas são privativas destes, cabendo a tutela jurisdicional somente quando violados princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa na atuação da Corte de Contas.

Assim, não importa a decisão que vier a ser dada pelo Poder Judiciário, cada uma há que prevalecer no âmbito de suas competências; a jurisprudência é farta e pacífica neste sentido, senão vejamos:

---

<sup>27</sup> Obra citada, pág. 115.



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

Na jurisprudência do STF:

No julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos, a competência é exclusiva dos Tribunais de Contas, “salvo nulidade por irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade” (RTJ, 43: 151).

Conforme esclarece o Ministro Ayres Brito do STF:

O Tribunal de Contas tal como o Poder Judiciário julga. E, naquela matéria de sua competência, o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. A Constituição aquinhua o Tribunal de Contas com competências que não são do Congresso Nacional e com competências que não são do Poder Judiciário. O Poder Judiciário tem a força da revisibilidade das decisões do Tribunal de Contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitados. Porém o mérito da decisão, o controle, que é próprio do Tribunal de Contas, orçamentário, contábil, financeiro, operacional e patrimonial, logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. Em síntese, o STF somente apreciará o error in procedendo do TCU; jamais o error in judicando.

Ressaltamos decisão exarada pelo STF, de forma clara e transparente, da lavra do Ministro Ayres Brito, afirmando-se que “... logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. Em síntese, o STF somente apreciará o error in procedendo do TCU; jamais o error in judicando”.

É o entendimento do TCU no Acórdão 4226/2010:

### III - DA ANÁLISE DE MÉRITO

[...]

4.1. Análise: **Não assiste razão ao recorrente. Ressalte-se, inicialmente, o princípio da independência das instâncias, tendo em vista que esta Casa detém competência constitucional privativa nas matérias que lhes cabe. Significa dizer que o TCU exerce a sua jurisdição independentemente das demais jurisdições (civil, penal, trabalhista, tributária, e. g.). Há, com efeito, diversos precedentes nesta Casa, corroborando o que se afirmou, dos quais se podem invocar, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos 406/99-2ª Câmara, 436/94-1ª Câmara e 06/96-1ª Câmara. (grifo nosso)**

4.2. **Há, nesse sentido, no Poder Judiciário, vasta jurisprudência: no âmbito STF, v.g, os MS 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF; no STJ, colacionam-se os MS 7080, 7138 e 7042, todos do DF. Logo, a atuação do TCU não fica a depender nem do Judiciário, nem de qualquer outro Poder. (grifo nosso)**

4.3. **Tratando-se de órgão independente e autônomo, de extração constitucional e, portanto, não subordinado nem vinculado a qualquer Poder, o TCU exerce as competências que a Constituição da República lhe outorgou, de forma privativa,**



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

com total independência. As decisões prolatadas pelo Poder Judiciário não se constituem, necessariamente, em questões prejudiciais, a tolher ou limitar a atuação desta Egrégia Casa. (grifo nosso)

[...]

4.6. Esta corte de contas possui entendimento pacífico sobre a possibilidade de ocorrer, na apuração de condutas antijurídicas perpetradas, dupla apenação em face de tramitação de outras ações em outras esferas (Acórdãos 40/2007-Plenário, 2.477/07-1ª Câmara, 1.234/08-2ª Câmara). Nesse sentido é importante reproduzir excerto do voto condutor do Acórdão 654/1996-TCU-2ª Câmara, o qual afasta a possibilidade de bis in idem, ainda que haja ação de ressarcimento de dano, interposta em sede judicial, concomitante a decisão deste Tribunal: (grifo nosso)

[...]

2. A decisão do Tribunal de Contas da União, ainda que não tenha o condão de afastar a persecução penal, diante de conseqüência lógica da independência e da autonomia das instâncias administrativas e criminais, deve ser prestigiada, por sua apuração técnica, como elemento probante que fundamenta a verdade real. (grifo nosso)

3. Ao atestar a regularidade da aplicação dos recursos públicos, a decisão do TCU coonestava a conduta dos ora apelantes, retirando o dolo.

4. Apelações providas. Reforma da sentença para absolver os réus apelantes. (TRF 5ª R., APC n. 5773/PE (2003.83.00.018850-6), 4ª Turma, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, Rel. Conv. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, DJU n.114, 18.06.09)

A análise do objeto dessa Corte de Contas é distinta da pontuada pelo Poder Executivo, pois a Corte julga contas, o que incorre no Poder Executivo.

Portanto, a avaliação do Tribunal de Contas não é mais ou menos abrangente do que a exercida pelo Poder Executivo ou Judiciário; cada ente/órgão exerce sua competência na medida de suas atribuições como determinado pela Constituição Federal. Não há sobreposição de atuação, não há no ordenamento jurídico nada que comporte tal ilação.

O Tribunal de Contas, alinhado à competência estabelecida pela Carta de Outubro, possui poder até mesmo de bloquear contas bancárias que causem prejuízo aos cofres públicos, consoante perfeito aresto do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

A legitimidade e a competência constitucional e legal do Tribunal de Contas para expedir medidas cautelares visando prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões foi ratificada pelo ministro presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Joaquim Barbosa (14/3), em julgamento preliminar de processo (SS 4878) com parecer favorável do procurador-geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Na



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

decisão, Barbosa determinou a imediata suspensão de liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, contrária à medida cautelar expedida pelo Tribunal de Contas potiguar (TCE-RN) nos autos de processo que apura irregularidades no pagamento de precatórios pelo próprio TJ-RN. O relator desse processo foi o conselheiro Carlos Thompson.

O ministro Joaquim Barbosa decidiu nos autos de recurso movimentado pela Procuradoria Geral do Estado do RN. O Tribunal de Justiça havia determinado a suspensão de cautelar do TCE-RN, desbloqueando os bens da ex-secretária geral desse Tribunal de Justiça, Wilza Dantas Targino. A servidora é suspeita de envolvimento no denominado "Escândalo dos Precatórios do TJ-RN", investigado pelo TCE, e que causou prejuízos ao erário no valor de R\$ 14 milhões. A decisão judicial potiguar questionava a legitimidade e a competência do Tribunal de Contas para expedir medida cautelar.

Com a medida cautelar, o TCE-RN determinou o bloqueio dos bens e de contas bancárias de Wilza Targino no valor de R\$ 6,2 milhões, como garantia de assegurar o eventual ressarcimento do prejuízo ao erário. Já na liminar, o TJ acatou alegação de que não foi assegurado o direito de contraditório e que o TC não tinha competência para determinar o bloqueio de contas-correntes.

Em seu parecer para o STF, o procurador Rodrigo Junot discorreu sobre o exercício legítimo do poder geral de cautela do Tribunal de Contas, amparado pela Constituição Federal. Afirma que a antecipação de cautela tem caráter sabidamente excepcional e observou que o STF já assentou que o Tribunal de Contas possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares visando prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

Junot também colacionou várias decisões no âmbito do STF, observando que "o debate acerca do poder geral de cautela dos Tribunais de Contas" já foi levado à análise do Supremo Tribunal Federal. Citou decisões favoráveis aos TCs da lavra dos ministros eméritos Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Cezar Pelluso e do ministro Celso de Mello.

Em um dos destaques, o procurador geral da República incluiu voto de Celso de Mello, no qual este afirma: "Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. (?) que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais".

Assim, é de clareza solar a independência na análise de processos entre o Tribunal de Contas e o Poder Judiciário ou Poder Executivo, não podendo este imiscuir-se no mérito bem como nos efeitos legais em julgamentos efetuados pela Corte de Contas.

Lado outro, **verifica-se das justificativas apresentadas o apontamento de preliminares que devem ser saneadas antes de análise de mérito. Desse modo, para melhor didática e norte na análise dos autos, o Ministério Público de Contas utilizará a**



mesma numeração, redação e sequência constante na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015.

## **II.1.2 – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA SUSCITADA PELA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A - RODOSOL**

Em suas justificativas, alega a Concessionária Rodovia do Sol a decadência do direito de autotutela da Administração Pública em anular o Contrato de Concessão n.º 1/98.

Sustenta, em síntese, por meio de doutrina e legislação correlata à matéria, que a representação foi instaurada em 09 de julho de 2013, e os achados de auditoria reportam-se a tempo anterior a julho de 2008, ultrapassando, assim, o prazo decadencial de 05 (cinco) anos contido no art. 54 da Lei Federal n.º 9.874/99. Desse modo, alega a ocorrência dos efeitos da decadência, não se podendo mais questionar, extinguir ou anular o contrato.

A princípio, como bem acentua a área técnica, não se está a falar em anulação do contrato, mas, sim, em extinção, como bem proposto pela equipe de auditoria.

Lado outro, como bem fundamenta o corpo técnico:

“é que o Tribunal de Contas não é a entidade competente para o exercício da autotutela administrativa no âmbito do Contrato de Concessão 1/98. O órgão competente é a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo que veio substituir o Departamento de Estradas de Rodagem como contratante, nos termos do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 1/98 (fls. 13.416-13.418 – Vol. LX).

Porém, é inegável que dentre as competências do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo está a de assinar prazo ao órgão competente para que dê cumprimento à lei em caso de ilegalidades verificadas, nos termos do arts. 71, IX, da CRFB/88 e art. 71, X, da Constituição do Estado do Espírito Santo:”

Assim, o Tribunal de Contas atua como órgão de fiscalização da gestão das contas públicas, podendo determinar, de forma direta ou indireta, que jurisdicionado execute o ato determinado pela Corte de Contas.



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

Ainda assim, não prosperam as alegações concernentes à decadência, imbuídas na boa-fé objetiva e nas justificativas derivadas do “*venire contra factum proprium*”, uma vez que o ato ou contrato nulo não se convalida no tempo, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

**TCU e anulação de contratos administrativos – 1**

O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, possui competência, consoante o art. 71, IX, da CF, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação de contrato e, se for o caso, da licitação de que se originara. Ao ratificar essa orientação, firmada no julgamento do MS 23550/DF (DJU de 31.10.2001), a 1ª Turma denegou mandado de segurança, cuja causa de pedir era a anulação do decisum da Corte de Contas que ordenara ao Ministério dos Transportes a declaração de nulidade de avença de sub-rogação e rerratificação, por meio da qual se transferira à impetrante, sob o regime de concessão, a administração e exploração de parte de rodovia.

[...]

**TCU e anulação de contratos administrativos – 2**

De início, afirmou-se que o TCU não seria tribunal administrativo, no sentido francês, dotado de poder de solução dos conflitos em última instância. Preceituou-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição impediria que houvesse essa equiparação, além do que os poderes desse órgão estariam devidamente delimitados no art. 71 da CF. Outrossim, anotou-se que a participação do TCU no processo de anulação, resolução ou rescisão de contratos, conforme houvesse ou não o elemento ilícito ou culposos na causa determinante da extinção anormal do ajuste, **limitar-se-ia a determinar à autoridade a fixação de prazo à entidade, com a finalidade de que adotasse providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.** Sublinhou-se que os efeitos da inobservância do comando do Tribunal de Contas dilatar-se-iam para outra esfera (Lei 8.443/92: “Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I – sustará a execução do ato impugnado; II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III – aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete



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

adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis”).

**TCU e anulação de contratos administrativos – 3**

Aludiu-se que se o administrador não se curvasse ao que prescrito pelo TCU, a iniciativa retornaria à própria Corte de Contas (CF, art. 71, X). Ademais, versou-se que, na hipótese de contrato, o ato de sustação seria adotado diretamente pelo Congresso Nacional (CF, art. 71, § 1º). Contudo, a suspensão do ajuste por este último órgão seria desnecessária na espécie, pois o Ministério dos Transportes declarara nulo o termo de sub-rogação. Observou-se que a delegação firmada entre a União e o estado-membro possuiria cláusula de possibilidade de sub-rogação de eventual avença de concessão ao Governo Federal, caso houvesse denúncia daquele instrumento por parte do delegatário. Ocorre que, antes de haver a denúncia pela unidade federativa, o órgão competente para tanto — seu respectivo DER, nos termos de cláusula contratual — já teria anulado o ajuste de concessão. Frisou-se que, a princípio, o Ministério dos Transportes desconheceria a efetiva anulação da mencionada concessão. Assim, constatou-se que esse órgão entendera pela possibilidade de sub-rogação do contrato pela União, o que somente seria definitivamente concretizado após exame da legalidade pelo TCU. **Ressaltou-se que, com a remessa do caso a esta Corte de Contas, ela averiguara que teriam sido apuradas irregularidades insanáveis no processo licitatório, pelo Tribunal de Contas do estado, reconhecidas pela Administração estadual, as quais teriam como consequência a invalidação do contrato de concessão.** Diante disso, ressurtiu-se que a União, tendo como interveniente o Ministério dos Transportes, não poderia sub-rogar-se no papel antes exercido pelo estado-membro. Isso porque, nulo o contrato de concessão, não subsistiria a cláusula do ajuste de delegação que permitira a referida sub-rogação.

**TCU e anulação de contratos administrativos – 4**

**No ponto, enfatizou-se que contrato nulo, em decorrência de vícios insanáveis, não poderia conservar-se no ordenamento jurídico, nem ser convalidado por ato posterior da Administração.** Por fim, repeliu-se qualquer violação constitucional, pois o próprio Ministério dos Transportes provocara o TCU para manifestação quanto à legalidade dos procedimentos licitatórios, bem como da sub-rogação do pacto de concessão.

[...]

**MS 26000/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 16.10.2012. (MS-26000)**



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

Assim, a ocorrência da nulidade absoluta em vista de atos de inegável gravidade não se pode conservar no ordenamento jurídico. Ademais, é crível que a nulidade produz uma cadeia sucessória no tempo, pois enquanto ativo, protrai-se no tempo e a radiação de seus vícios, pronto a ser cortado.

Assim, não há que se falar em decadência de ato nulo de pleno direito. A nulidade não pode ser balizada por boa-fé, comportamento solidário, nem por outros princípios de direito. Deve ser, sim, extirpado do mundo jurídico, ainda mais quando afronte o interesse público e em detrimento de toda a sociedade.

Observa-se que em nenhum momento o contrato foi fiel ao interesse público primário, a quem utiliza a via, mas sim, oneroso e desigual aos seus usuários.

Com razão a equipe técnica em afastar a decadência do ponto analisado, uma vez que o vício não se trata de competência ou de forma, mas, sim, de conteúdo, inaplicável, portanto, o art. 54 da Lei Federal n.º 9.784/99.

### **II.1.3 – PRELIMINAR DE COISA JULGADA ADMINISTRATIVA**

No item em comento, a Concessionária Rodovia do Sol S.A alega a preliminar de coisa julgada administrativa ao apontar que parte do objeto do Relatório de Auditoria 10/2014 já foi analisado de forma exauriente e julgado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, por meio do processo TC-4574/2009.

Novamente, as alegações não possuem o condão de afastar o item.

Como bem demonstrado pelo corpo técnico, o processo TC-4574/2009 analisou tão só 03 (três) elementos, a saber:

Percebe-se claramente que na auditoria realizada em 2009, cujos trabalhos originaram o Relatório de Auditoria Extraordinária RA-X 3/2009, não foi realizada uma análise abrangente do Contrato de Concessão 1/98. Pelo contrário, houve expressa limitação quanto a três aspectos distintos a serem analisados, que repercutiram diretamente no





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

acórdão prolatado. Vejamos quais eram esses três objetivos ou aspectos a serem examinados pela equipe de auditoria no trabalho realizado em 2009:

- A legalidade da desobrigação conferida à RODOSOL de não recolher a outorga aos cofres do DER/ES, correspondente a 3% da receita bruta mensal do montante recolhido a título de pedágio dos usuários do serviço concedido;
- A adequação do serviço público prestado;
- A atuação do DER/ES na elaboração e fiscalização do referido contrato de concessão.

Desta forma, a alegação de coisa julgada administrativa no que pertine a todo o processo não deve proceder. O processo TC 4.574/2009 não teve por objeto a análise pormenorizada de todos os aspectos do Contrato de Concessão 1/98 como procedido na auditoria de que trata os presentes autos. Pelo contrário, se cingiu a três aspectos distintos e acima mencionados<sup>28</sup>.

Assim, não prospera as alegações da Concessionária Rodosol, uma vez que o escopo da auditoria, neste, é, sobremaneira, mais amplo e abrangente, tecendo a minúcias e detalhes que compreendem desde a licitação até a execução do contrato de concessão. Ademais, acaso **surjam novas provas** que concluam pela irregularidade do contrato ou ato administrativo que cause prejuízo ao erário, é perfeitamente cabível efetuar reanálise, não havendo que se falar em coisa julgada.

Ademais, com peculiar brilhantismo, a área técnica espancou, uma a uma, as dúvidas que pairavam nos pontos albergados no processo TC-4574/2009 em compasso com o TC-5591/2013, não havendo coincidência no escopo da análise jurídica.

Desse modo, o **Ministério Público de Contas** acompanha o entendimento do corpo técnico manifestando-se pelo não acolhimento da preliminar suscitada.

Passa-se à análise do mérito.

---

<sup>28</sup> Fl. 24.708



### III - MÉRITO

#### III.1 - DA PRESCRIÇÃO

A *priori*, como bem manifesta o corpo técnico, em especial na ITC, forçoso **reconhecer a consumação da prescrição da pretensão punitiva quanto à aplicação de multa pecuniária**, cujo prazo restou fixado em cinco anos pelo art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012, no item 2.5 da ITI 256/2014.

Conforme § 1º do artigo supra citado **“a prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas”**.

Não obstante, importante salientar que, conforme art. 71, § 5º, da Lei Complementar nº 621/2012, **“a prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas”**.

#### → DO ART. 374 DO REGIMENTO INTERNO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS

Consta no art. 374 do Regimento Interno dessa Corte a seguinte redação:

**Art. 374. Quando a prescrição alcançar a pretensão sancionatória, mas subsistir o dever de ressarcimento ao erário ou a necessidade de expedir determinação ao responsável para o exato cumprimento da lei, o processo deverá ser julgado ou apreciado pelo colegiado.**

Assim, **a prescrição da pretensão punitiva** não afasta o dever de julgar o processo nos casos de:

1. subsistir o dever de ressarcimento;
2. necessidade de expedir determinação ao responsável para o exato cumprimento da lei.



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

Desse modo, o **Ministério Público de Contas** oficia pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do estado nos termos delineados pela área técnica dessa Corte de Contas, conforme consta no item “5. Proposta de Encaminhamento”, tombado sob o número 5.2.1.2, *verbis*:

**5.2.1.2 pugnar pelo reconhecimento da Prescrição**, com fundamento no art. 71, § 1º, da LC 621/2012, e arts. 373, caput e § 1º, bem como, 375, caput da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), suscitada através do item 2.1 da RA-E 10/14 e item 1 da ITI 256/14, por considerar **prescrita**, conforme exposto nos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.11, 3.15, **a pretensão punitiva desta Corte de Contas em face dos senhores:**

**a) Jorge Hélio Leal**, no que pertine aos achados de auditoria analisados nos itens **3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 e 3.11** desta ITC.

**b) Adiomar Malbar da Silva, Sérgio Luiz Coelho de Lima, Paulo Augusto Jabour de Rezende, Rogério Vasques Benezath e Edivaldo Correa de Assis**, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item **3.3** desta ITC.

**c) Altamiro Thomaz**, no que pertine aos achados de auditoria analisados nos itens **3.7 e 3.15** desta ITC.

**d) Jadir Vianna Santos**, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item **3.8** desta ITC.

**e) Silvio Roberto Ramos e Lúcia Vilarinho**, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item **3.11** desta ITC.

**f) Jorge Alexandre da Silva e Marialva Lyra da Silva**, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item **3.6** desta ITC.

## **ANÁLISE TÉCNICA DOS ACHADOS DE AUDITORIA**

Em princípio, ressalta-se a completude das alegações do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC no tocante à análise empreendida na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015.

Desta feita, em princípio, o **Ministério Público de Contas** anui à proposição da área técnica constante na ITC 308/2015 e, para evitar repetições desnecessárias, ante a percuciente e luzidia análise dos apontamentos pelo NEC, tecem-se somente argumentos adicionais, seguindo o entendimento expresso na ITC 308/2015 quanto às irregularidades



omitidas na presente manifestação ministerial.

### **3.1 ABERTURA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO COM ELEMENTOS INSUFICIENTES DE PROJETO BÁSICO**

Houve, conforme cabalmente demonstrado nos autos, absoluto descaso com os procedimentos administrativos, afrontando-se normativos legais atinentes à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que importa em prática de **graves violações à norma**, por transgredir princípios básicos da licitação, insculpidos no art. 3º da Lei n. 8.666/93, notadamente da legalidade, igualdade, impessoalidade, competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa para a administração.

Insta frisar que a irregularidade atinente à **ausência de orçamento detalhado** conduz inexoravelmente à contratação antieconômica, uma vez que impossibilita a demonstração dos custos dos produtos/serviços contratados e, conseqüentemente, da vantajosidade do dispêndio.

O **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.2 INCLUSÃO, COMO OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA, DO PAGAMENTO DE DÍVIDA DO ESTADO**

Relativo ao ponto sob análise, com as *vênias* de estilo, transcrevemos o achado de auditoria apontado pela equipe auditora no item 2.3 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014:

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

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

#### **SUBSEÇÃO IV**

Da Verba para Rescisão do Contrato de Concessão celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a Companhia de Desenvolvimento de Projetos Especiais CODESPE



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

232. Até 5 (cinco) dias úteis, antes da data fixada para a celebração do contrato de concessão, a Licitante vencedora deve comprovar, perante o Diretor-Geral do DER, ter efetivado o pagamento, em moeda corrente nacional, à empresa OPERAÇÃO DE RODOVIAS LTDA. - ORL, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, operadora da Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte), com sede na Praça do Pedágio da Terceira Ponte, s/nº, na Cidade de Vitória (ES), inscrita no CGC/MF sob o nº 32.416.679/0001-90, da importância de R\$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos mil reais), correspondente ao saldo devedor da dívida contraída pela mesma nos termos do "TERMO ADITIVO Nº 34 AO CONTRATO ASSINADO EM 10 DE AGOSTO DE 1978, PARA A CONSTRUÇÃO DA TERCEIRA PONTE, CELEBRADO ENTRE A COMPANHIA DE EXPLORAÇÃO DA TERCEIRA PONTE - CETERPO E A USIMINAS MECÂNICA S/A, COM A INTERVENIÊNCIA DA OPERAÇÕES DE RODOVIAS LTDA. - ORL", celebrado em 4 de agosto de 1989, e do "TERMO DE ADITAMENTO AO CONTRATO CELEBRADO EM 10 DE AGOSTO DE 1978 E CEDIDO PARCIALMENTE EM 18 DE AGOSTO DE 1989, FIRMADO ENTRE A COMPANHIA DE EXPLORAÇÃO DA TERCEIRA PONTE - CETERPO E OPERAÇÕES DE RODOVIAS LTDA. - ORL", celebrado em 22 de dezembro de 1992<sup>29</sup>.

Nos termos constantes no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, no Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/1998, bem como das manifestações apresentadas pelos defendentes, não emerge dúvidas acerca da impertinente exigência ao objeto licitatório, restringindo o caráter competitivo do certame, ao incluir o pagamento de dívida do Estado como obrigação da vencedora do certame.

Desse modo, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.4 RESTRIÇÃO ILEGAL DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME**

A equipe de auditoria, conforme exposto no item 2.5 do Relatório de Auditoria n.º 10/2014, aponta a restrição do caráter competitivo do certame do Edital de Concessão sob análise, com fundamento no artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/1993, em decorrência de diversos achados de auditoria que serão a seguir analisados.

---

<sup>29</sup> fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV



### 3.4.1 EXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS PARA PONTUAÇÃO DAS PROPOSTAS

Extrai-se do ponto que os critérios utilizados para pontuação das propostas não possuía base objetiva.

Verifica-se que a tabela de pontuação do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 946 a 948 deste Processo TC 5591/2013, utilizada para exame e julgamento das propostas de metodologia de execução apresentadas pelas licitantes, contém os grupos e subgrupos.

Dos grupos e subgrupos, a avaliação foi realizada mediante a atribuição, pelos membros da comissão, de conceitos titulados como “S”, para satisfatório e “I”, insatisfatório. Assim informa a equipe auditora:

O julgamento seria feito de acordo com as seguintes cláusulas:

140. A avaliação será realizada mediante a atribuição, por cada um dos membros da COMISSÃO, de CONCEITOS (S – satisfatório) ou (I – insatisfatório) para cada um dos subagrupamentos previstos no “Quadro” apresentado nas páginas 68, 69 e 70 deste Edital.

141. Na aferição dos CONCEITOS ter-se-á, para cada uma das PROPOSTAS, em relação a cada SUBGRUPO, tantos CONCEITOS quantos são os membros da COMISSÃO; em seguida, para cada uma das PROPOSTAS, calcular-se-á o número de CONCEITOS SATISFATÓRIOS como sendo o CONCEITO DO SUBGRUPO; **caso o número de CONCEITOS S – SATISFATÓRIO corresponda à metade do número de membros da COMISSÃO, considerar-se-á o CONCEITO S – SATISFATÓRIO para o SUBGRUPO.** (destacamos)

142. O CONCEITO S – SATISFATÓRIO de cada GRUPO, relativo a cada PROPOSTA, será obtida pelo número de CONCEITOS – S – SATISFATÓRIO de cada SUBGRUPO; a soma dos números de CONCEITOS – S – SATISFATÓRIOS dos [sic]

143. Será considerada inaceitável e, portanto, desclassificada pela COMISSÃO, a PROPOSTA DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO que não obtiver para CONCEITO GERAL o número total igual ou superior a 26 (vinte e seis) CONCEITOS SATISFATÓRIOS, **ou não atingir aos CONCEITOS MÍNIMOS estabelecidos para cada GRUPO objeto da conceituação.** (destacamos)



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

144. Na avaliação, não será admitida qualquer compensação entre os GRUPOS a serem analisados, ou seja, todos serão, isoladamente, determinantes da aceitabilidade ou não da PROPOSTA.

145. Serão desclassificadas as PROPOSTAS que não atenderem as exigências contidas neste EDITAL, ou que não apresentarem o conteúdo relativo a quaisquer dos subgrupos, ou ainda que forem subordinadas a qualquer condição não prevista, sem que caiba à Licitante direito a reclamação e/ou indenização.

[...]

Muito embora conste do item 137 do Edital que a avaliação das propostas ocorreria por meio de critérios objetivos<sup>132</sup>, estes não foram esclarecidos no Edital ou em seus anexos; assim, considerar o conteúdo de um dado subgrupo satisfatório ou insatisfatório era algo para os quais não se estabeleceram os parâmetros de análise, ou seja, os integrantes da Comissão Especial poderiam fazer os enquadramentos que, subjetivamente, considerassem mais adequados.

Tal subjetividade no julgamento é proscria explicitamente pelo artigo 14 da Lei nº. 8.987/1995:

No tocante ao ponto, de fato, analisando as justificativas lançadas pelos responsáveis, estes não conseguiram demonstrar a regularidade dos critérios de julgamento.

Em linhas gerais, critério objetivo é aquele que por si só define uma situação. É aquele que independe de qualquer argumento para confirmá-lo. Basta, simplesmente, o confronto das propostas para selecionar a vencedora sem necessidade de justificativas.

Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Extraído do sítio:

[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes\\_contratos/2%20Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/2%20Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf) no dia 30.01.2015, às 13h41min.



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

Assim, o critério objetivo deve estar previamente estabelecido no edital, de forma clara e objetiva, para que os pretensos licitantes tenham inequívoca ciência dos pontos que valem cada item a ser apreciado.

Neste cenário, estreme de dúvidas, os critérios de julgamento são por demais subjetivos, discricionários e obscuros, pois fica ao sabor da discricionariedade da comissão de licitação as considerações que entende ser “satisfatório” ou “insatisfatório”. Assim pontua o corpo técnico no item:

Em verdade, o julgamento se baseia no que cada avaliador da comissão considera ser satisfatório ou insatisfatório, a partir da análise de cada subagrupamento conforme Tabela às fls. 68-70 do edital (fls. 13.053-13.055, vol. LVIII). Sintetizando, cada julgador deveria opinar sobre o atendimento dos temas propostos pela licitante, estando carregada de subjetividade.

Claramente não se trata de simples verificação da presença ou ausência dos itens listados no quadro constante das páginas 68 a 70 do edital, como suscitado pela notificada, já que o julgador faria juízo de valor quanto ao conteúdo, analisando o tema apresentado e estatuidando ser satisfatório ou não. Tanto assim, que o próprio edital previu casos de divergências de entendimento entre membros da comissão, situação essa difícil de ser apresentada caso fosse mera verificação de presença de itens baseada em objetividade.

Desta forma, examinando os itens editalícios, resta evidente, em que pesem os argumentos da Rodosol, o considerável grau de subjetividade atribuído no julgamento da comissão para exame e avaliação da metodologia de execução, prática vedada expressamente pelo art. 14 da Lei 8.987/95, *in verbis*:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, **será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios** da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, **do julgamento por critérios objetivos** e da vinculação ao instrumento convocatório.





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

Pela própria redação do art. 14, em consonância ao disposto no art. 18 da Lei de Concessões, abaixo transcrito, constata-se a aplicabilidade da Lei 8.666/93 às concessões públicas:

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

De forma que é pertinente a leitura dos arts. 44, § 1º e art. 45 da Lei 8.666/93, que vedam a adoção de critérios subjetivos no julgamento da proposta, reproduzidos a seguir:

Art. 44. **No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos** definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

**§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator** sigiloso, secreto, **subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.**

Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, **de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle** (g.n).

O que se almeja com o julgamento objetivo nas licitações é, nos dizeres do exponencial administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo, *“impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”*<sup>31</sup>.

A manutenção do procedimento, julgado por critérios alheios ao mandamento legal, sob o viés subjetivo, compreendido os humores, excentricidades, e da forma como melhor lhe convier, denota-se restrição ao caráter competitivo do certame, fulminando, de *per sí*.

<sup>31</sup> Curso de Direito Administrativo, 1998, pág. 338.



Sob este aspecto, o **Ministério Público de Contas** pugna pela manutenção da irregularidade.

### **3.4.2 EXIGÊNCIA DE VISITA TÉCNICA CONJUNTA E OBRIGATÓRIA**

Consta do ponto de n.º 2.5.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 que o Edital, em seu item 95, exigiu dos licitantes a visita técnica obrigatória, que ocorreu, efetivamente, de forma conjunta, ou seja, através da participação de 18 (dezoito) interessados ao mesmo tempo, nos termos da Ata de Visita Técnica Coletiva (fl. 1015 - vol. VI), sendo que apenas 02 (duas) enviaram propostas. A exigência editalícia e os fatos que sucederam configurariam, de inofidável, a violação aos preceitos estatuídos nos artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, inciso III, ambos da Lei Federal n.º 8.666/1993, e artigo 37, inciso XXI, da Constituição Republicana.

O ponto em análise não demanda maiores delongas e divagações, visto ser pacífico o entendimento dos Tribunais Pátrios, em especial o egrégio Tribunal de Contas da União, acerca da irregularidade da visita técnica obrigatória.

A princípio, cabe mencionar que a exigência permite aos servidores do órgão licitante o prévio conhecimento do universo de concorrentes que possuem interesse em participar do procedimento licitatório, **o que facilita o conluio entre eles.**

Lado outro, a obrigatoriedade de visita técnica não encontra amparo na legislação vigente, devendo ser aplicada como facultativa, sendo um direito do licitante e não uma obrigação. Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se depreende do trecho do voto do Ministro Marcos Vinicius Vilaça, relator do Acórdão 409/2006, a saber:

"(...) as empresas que exercerem o direito de vistoria disporão de condições muito superiores para quantificação do valor do serviço, mas **deve ficar à escolha da interessada decidir se prefere arcar com o ônus de tal operação ou assumir os riscos de uma avaliação menos acurada.** O direito à opção é mais relevante no caso de empresas não localizadas em Brasília, para as quais os custos envolvidos em uma vistoria *in loco* podem ser significativos em relação ao total do serviço. (...) Em todo



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

caso, a empresa que decidir não realizar a vistoria e eventualmente, subestimar sua proposta estará incorrendo em risco típico do seu negócio, não podendo, futuramente, opô-lo contra a Administração para eximir-se de qualquer obrigação assumida ou para rever os termos do contrato que vier a firmar".

Vale acrescentar, ainda, voto da Excelentíssima Ministra Ana Arraes:

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

Assim sendo, tendo a área técnica tratado do tema com profundidade, pugna o **Ministério Público de Contas** pela manutenção da irregularidade.

### **3.4.3 INOBSERVÂNCIA DOS PRAZOS LEGAIS DE PUBLICIDADE DO CERTAME**

Consta no Relatório, no achado de auditoria constante no item 2.5.3, sob o título "inobservância dos prazos legais de publicidade do certame", duas irregularidades referentes à publicidade da Concorrência Pública n.º 1/98. O primeiro ponto é relativo ao **(i)** prazo de elaboração de propostas, já o segundo ponto diz respeito **(ii)** à ausência de republicação do edital, que seria necessária, segundo a equipe de auditoria, em razão de alteração procedida no instrumento convocatório.

Inicialmente, transcrevemos abaixo o artigo 21 da Lei Federal n.º 8.666/93, destacando-se os dispositivos que tratam do prazo mínimo para a elaboração de propostas quando a modalidade licitatória escolhida for a concorrência, vejamos:

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

[...] omissis [...]



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

**II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;**

**III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.**

§ 1º - O aviso publicado conterà a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º - O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:  
[...] omissis [...]

**I - quarenta e cinco dias para:**

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

**II - trinta dias para:**

- a) **concorrência, nos casos não especificados na alínea b do inciso anterior;**

[...] omissis [...]

§ 3º - Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

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

No que concerne ao **primeiro ponto**, de fato, cotejando o tema no Relatório de Auditoria e as justificativas apresentadas pela Concessionária Rodovia do Sol, assiste razão



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

à empresa concessionária no tocante à aplicação do prazo de 30 (trinta) dias pelo DER/ES para a publicidade do Edital de Concorrência Pública 1/98, visto que ela não se enquadra nas três condições descritas no art. 21, § 2º, inciso I, alínea “b” (regime de empreitada integral ou critério de julgamento baseado na melhor técnica ou técnica e preço), e por ter adotado o menor valor da tarifa.

Contudo, em referência ao **segundo ponto** - ausência de republicação do edital -, não merece prosperar as justificativas apresentadas pelos responsáveis.

Relata o Relatório de Auditoria n.º 10/2014 que o “Aviso de Licitação” da Concorrência Pública, ora em exame, foi publicado em **04 de setembro de 1998** nos jornais de circulação diária “A Tribuna”, “A Gazeta”, “Jornal do Brasil” e no Diário Oficial do Estado. Ato contínuo, na data de **09 de setembro de 1998** o aviso foi publicado no Diário Oficial da União<sup>32</sup>, sendo que a **data para o recebimento dos envelopes** contendo as propostas dos pretendentes licitantes foi designada para o dia **20 de outubro de 1998**<sup>33</sup>.

Não obstante, o DER/ES publicou, na data de **07 de outubro de 1998**, nos mesmos jornais de circulação mencionados no parágrafo anterior<sup>34</sup>, **comunicado informando a alteração do edital da Concorrência Pública n.º 01/98**, salientando que a mesma comunicação foi publicada no Diário Oficial da União em **13 de outubro de 1998**<sup>35</sup>, **ou seja, somente 07 (sete) dias da data limite para a apresentação dos envelopes contendo as propostas, cumprindo enfatizar, ocorrida em 20 de outubro de 1998.**

Infere-se do comunicado, a inclusão do item 1.9 no quadro 5 do Anexo V do edital, que se refere à conservação/manutenção especial.

Ora, como bem manifestado pelo corpo técnico, ante as justificativas produzidas pelos responsáveis, é inequívoca a irregularidade praticada pela autarquia licitante, já que a inclusão do item em comento onera, substancialmente, a formulação de propostas, senão vejamos:

---

<sup>32</sup> Fls. 13.429/13.432 (vol. LX).

<sup>33</sup> Fl. 12.991 (vol. LVII)

<sup>34</sup> Fls. 13.433/13.436 (vol. LX)

<sup>35</sup> Fl. 13.437 (vol. LX)



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

O Anexo V do edital da Concorrência Pública 1/98, cuja cópia encontra-se encartada às fls. 3.707-3.739 (vol. XVII), contém o “Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial”. Frise-se, portanto, que o documento trata das condições para a elaboração da proposta comercial pelo interessado.

Note-se que a modificação ocorreu no Quadro 5 do referido Anexo, ante a inclusão do subitem 1.9, inerente à “[...] Conserva Especial [...]”.

O Quadro 5 do Anexo V do edital encontra-se à fl. 3.720 (vol. XVII) e refere-se, justamente, aos investimentos a serem propostos pelo licitante para os seguintes eventos: 1) Obras de Ampliação e Recuperação; 2) Desapropriações e 3) Infra-Estrutura para Serviços de Operação, Conservação e Administração.

Interessam-nos, nesse momento, os subitens contidos no item alusivo aos investimentos em Obras de Ampliação e Recuperação. Referido item (nº 1 do Quadro 5 do Anexo V do edital), originalmente, contemplava 8 (oito) subitens, ora listados:

- 1.1 Duplicação ES-60 – Trecho Rodovia Darly Santos - Setiba
- 1.2 Duplicação ES-60 – Trecho Graçaí – Meáipe
- 1.3 Duplicação da Ponte sobre o Rio Jucu
- 1.4 Implantação do Complexo da Praça de Pedágio na Rodovia do Sol
- 1.5 Contorno de Guarapari – Trecho Setiba – Praia de Graçaí (OAE / OAC / Terraplen. Completa e Pavim. da 1ª pista)
- 1.6 Contorno de Guarapari – Trecho Setiba – Praia de Graçaí (OAE / OAC e Pavimentação da 2ª pista)
- 1.7 Interligação Av. Carlos Lindenberg – Terceira Ponte
- 1.8 Recuperação e Modernização da Terceira Ponte.

**Com a modificação do edital houve a adição de um novo subitem referente à “Conserva Especial”, diante do qual deveria o interessado na licitação passar a contemplar, dentre o valor dos investimentos a serem propostos, aquele relativo à conservação especial da via.**

[...]

Ressalte-se que antes da modificação do edital, a conserva especial deveria ser lançada no QD 8 (Custos de Conservação) (fls. 7151-7152, vol. XXXIII), o que provavelmente deu origem à afirmação da concessionária de que a alteração editalícia em nada



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

mudaria as propostas, alterando, tão somente, “[...] a forma de apresentação do mesmo conteúdo que já se encontrava no edital”.

Ocorre que, ao ser transferida para o QD 5 (Investimentos) (fls. 7142-7143, vol. XXXIII), a conserva especial passou a ser tratada como investimento, sofrendo todos os efeitos decorrentes desta alteração (sobretudo efeitos tributários e para fins de depreciação, não incidentes no QD 8).

Ora, comprovado que houve alteração nos custos, investimentos, depreciação e tributação, fica claro que a proposta foi afetada, de modo que se reveste totalmente descabida a tese sustentada pela empresa concessionária Rodosol no sentido de que a alteração sofrida pelo edital não afetou a apresentação de propostas pelos interessados.

De fato, verifica-se que não foi uma simples inclusão, mas, sim, a inclusão de ponto no instrumento editalício, que onera, sobremaneira, a proposta ofertada.

O art. 21, em seu § 4º, da Lei Federal n.º 8.666/93 dispõe, de forma cristalina, a necessidade de que *“Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”*, sendo pacífico o entendimento dos Tribunais de Contas consoante farta jurisprudência acostada pela área técnica sobre o ponto.

Por essência, diante da não republicação do edital, impõe-se reconhecer a sua nulidade, por infringência legal bem como por conspurcar o princípio da legalidade, ocasionando, de forma clara e objetiva, ato de improbidade administrativa, bem como vício de forma e desvio de finalidade do caráter teleológico da licitação, onde se busca a mais ampla competitividade com vistas a alcançar a proposta mais vantajosa; aqui, não só para a Administração Pública, mas, em prol da sociedade, que poderia ter pedágio menos oneroso. É um acinte com a legislação de regência.

Sem sombra de dúvidas, a manifesta ilegalidade restringiu a competitividade, pois, de 18 (dezoito) empresas, apenas 02 (duas) apresentaram proposta.



Destarte, tendo a área técnica tratado do tema com profundidade e evitando repetições desnecessárias, pugna o **Ministério Público de Contas** pela manutenção da irregularidade.

### **3.4.6 EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE MANUTENÇÃO DE PROPOSTA CONCOMITANTE A EXIGÊNCIA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO**

Depreende-se do item 2.5.6 do Relatório de Auditoria 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) que o edital da Concorrência, em seus itens 114, alínea “e”, e 116, exigiria, de forma conjunta, a garantia de **(i)** manutenção de proposta e a **(ii)** existência de patrimônio líquido mínimo, como requisitos para aferição da qualificação econômico-financeira do licitante.

Nesse norte, manifesta no relatório que tais exigências, em razão da cumulatividade, ofenderiam o disposto no artigo 31, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93, que facultaria à Administração a exigência alternativa, mas somente de uma das referências de saúde financeira do licitante.

Em resumo, asseveram que as exigências de qualificação econômico-financeira, realizadas de forma cumulativa ou conjunta, restringem e ferem o caráter competitivo do certame.

Pois bem.

O artigo 31 e seus incisos da Lei Federal n.º 8.666/93 elenca o rol de documentos que poderão ser exigidos para efeito de comprovação da higidez econômico-financeira do licitante, dispondo o seguinte:

Art. 31 A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;





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

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no caput e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

[...]

§ 2º **A Administração**, nas compras para entrega futura e **na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei**, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado (grifo nosso).

Em simples leitura do preceptivo supra, verifica-se que o dispositivo acima citado reza que a comprovação da capacidade econômico-financeira para efeito de garantia do cumprimento do contrato a ser firmado futuramente comporta **três alternativas**, ou seja, não é cumulativo, e sim, disjuntivo, quais sejam: **(i)** prova de capital mínimo; ou **(ii)** prova de patrimônio líquido mínimo; ou **(iii)** apresentação de uma das garantias previstas no § 1º do artigo 56 da Lei Federal n.º 8.666/93.

De fato, o item em análise não demanda maiores delongas ou divagações, pois, como bem manifestado pelo corpo técnico, sedimentado em farta e torrencial jurisprudência conforme se observa às fls. 24.889/24.892, a interlocução adverbial alternativa “ou”, presente no parágrafo mencionado no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos é estreme de dúvidas no sentido de que a escolha deva recair em tão somente uma das 03 (três) alternativas possíveis, e não conjunta ou cumulativamente.

Assim sendo, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição técnica.

### **3.5 INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA AFERIR A ADEQUAÇÃO DO SERVIÇO PRESTADO NO QUE TANGE À FLUIDEZ DO TRÁFEGO NA TERCEIRA PONTE**

A equipe de auditoria apontou a omissão no Edital e no Contrato de Concessão n.º 1/98 de não estipulação de critérios objetivos para aferir a adequação do



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

serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte, violando, destarte, o princípio da supremacia do interesse público e o disposto no art. 23, inciso III, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

A irregularidade levantada pela equipe de auditoria é teratológica. *In casu*, é aberrante realizar concessão de serviço público sem enquadrar a concessionária no ponto principal do contrato, a regular fluidez do tráfego.

Como bem manifestado pela área técnica na peça conclusiva, a prestação de serviço adequado possui sua gênese no art. 175 da Constituição Federal, norma esta que estrutura todo o ordenamento jurídico, bem como do art. 6º, § 1º, da Lei Federal n.º 8.987/95 e art. 7º, § 2º, da Lei Estadual n.º 5.720/1998.

Com efeito, o princípio da máxima efetividade, também denominado de princípio da interpretação efetiva, orienta o intérprete a atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhes dê, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas possibilidades.

Ressalte-se, que há muito restou assentada a ideia de que a Constituição é norma jurídica e, como tal, dispõe de força normativa suficiente para vincular e impor os seus comandos.

As normas constitucionais, todavia, precisam desenvolver-se, sair do texto, para regular a realidade com a qual deve manter íntima e constante relação. Assim, cumpre ao intérprete a tarefa de preservar a força normativa da Constituição, através de um trabalho de atualização de suas normas, garantindo a sua ótima eficácia e permanência, norteando a elaboração das Leis, que devem extrair sua validade da Lei Maior.

A supremacia da Constituição conduz à exigência de que toda norma jurídica seja produzida a partir dos parâmetros formais e materiais nela delineados. Isso significa, em última análise, que as normas jurídicas infraconstitucionais devem conformar-se com a Constituição resultando, daí, a exigência de sua constitucionalidade.

Neste contexto, vale acrescentar, ainda, a bipartição da concessão no campo.

---

**Ministério Público de Contas**

Rua José Alexandre Buaiz, 157 – Enseada do Suá - Vitória/ES - CEP 29.050-913  
Contato: (27) 3334-7671 [mpec@tce.es.gov.br](mailto:mpec@tce.es.gov.br)



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

Ora, para uma parte do objeto da concessão, a concessionária deve manter a fluidez no trânsito, contudo, especificamente na Terceira Ponte, não precisa fazer absolutamente nada. É só receber o pedágio e pronto. É teratológico. É só bônus, sem ônus.

Com precisão, o corpo técnico expõe o vício resultante da omissão, transcrevendo, com as *vênias* de estilo, *verbis*:

Em face da expressa previsão contratual, não há como exigir a realização de obras de melhoria na Terceira Ponte por parte da concessionária com fundamento na inadequada fluidez do tráfego. **Essa omissão impacta diretamente no plano de validade do contrato, por descumprir expressamente texto constitucional e legal, ao inviabilizar a verificação da qualidade do serviço público e desobrigar a adoção de medidas corretivas por parte da concessionária visando à adequação do serviço**<sup>36</sup>.

[...]

Em que pese haver a possibilidade de realização de obras para melhorar o fluxo de veículos por parte da concessionária, desde que haja alteração contratual e o consequente reequilíbrio econômico financeiro, isto não enseja a convalidação do contrato que não prevê parâmetros objetivos para aferir a adequação e qualidade do serviço prestado.

Ademais, transfere-se o risco do fluxo de veículos na Terceira Ponte inteiramente ao Estado, sendo que é o usuário o mais prejudicado por inexistir mecanismo específico de melhoria no âmbito do próprio Contrato de Concessão, garantindo-se a prestação de serviço adequado conforme estabelecido na Constituição da República e nas Leis 8.987/95 e 5.720/98 (Lei Estadual que trata sobre o regime de concessões e permissões). Logo, há clara afronta às normas de regência das concessões de prestação de serviços públicos e inegável prejuízo ao interesse público, privilegiando-se, no caso em tela, os interesses da concessionária.

**Diante do exposto**, há, de forma incontroversa, omissão do Contrato de Concessão 1/98 em não estabelecer critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte, em violação ao disposto nos arts. 6 e 23, III da Lei 8.987/95.

---

<sup>36</sup> Fls. 24.917/24.918



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

De fato, a omissão do contrato não possui o condão de convalidá-lo, ainda por que qualquer alteração que se possa fazer que enseje a reestruturação do equilíbrio econômico-financeiro, como demandaria a realização de obras, retrotrairá à data de apresentação de propostas para a licitação, dado que o trânsito hoje, de forma pública e notória, na Terceira Ponte, é caótico.

Na verdade, afigura-se que o contrato foi elaborado com vistas à construção de um berço esplêndido para o concessionário, onde sua única feição é arrecadar, arrecadar e arrecadar.

Desse modo, a fim de evitar repetições desnecessárias, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposta da área técnica.

### **3.6 EXPEDIÇÃO ILEGAL DE LICENÇA AMBIENTAL PRÉVIA**

Versa o achado de auditoria acerca da expedição ilegal de licença prévia, em decorrência da falta de análise ambiental prévia, em afronta ao disposto no artigo 225, § 1º, IV, da Carta Republicana, artigo 2º, inciso I, da Resolução Conama n.º 1/1986 e o artigo 75, inciso I, da Lei Estadual n.º 4.701/1992.

Em leitura ao item 2.7 – expedição ilegal de licença ambiental prévia [QA08], constante nas fls. 10428/10442, a equipe de auditoria indigitou *a responsabilidade aos Senhores Jorge Hélio Leal, então Diretor-Geral do DER/ES, por postergar a elaboração e análise do Elia/Rima, da senhora Marialva Lyra da Silva – Coordenadora de Controle Ambiental da Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente - Seama, por ter firmado acordo, em nome da Seama e do senhor Jorge Alexandre da Silva – Secretário de Estado para Assuntos do Meio Ambiente à época, autoridade subscritora da Licença de Localização 5/1998 na qual se ratifica a postergação de análise irregular.*”

Contudo, assim concluiu a equipe de auditoria sobre o ponto:

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



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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro JORGE HÉLIO LEAL e à senhora MARIALVA LYRA DA SILVA, respectivamente, ex-Diretor-Geral do DER/ES e Coordenadora de Controle Ambiental da SEAMA, **quanto à da expedição da licença ambiental prévia com descumprimento dos requisitos legais.**

Analisando o ponto, em especial o que consta na ITC 308/2015, como bem manifestado pelo corpo técnico, não houve citação nem notificação dos responsáveis no ponto em análise, acarretando, destarte, a prejudicialidade da análise.

Desse modo, dado o lapso temporal da ocorrência da inconsistência e que esta não possui o condão, por sí só, de causar a anulabilidade do contrato de concessão, o **Ministério Público de Contas** acompanha a proposição da área técnica.

### **3.7 – ACRÉSCIMO IRREGULAR DE VERBA RESCISÓRIA PARA FINS DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO**

De análise do ponto, conforme bem evidenciado na instrução técnica conclusiva, as manifestações dos responsáveis não possuem o condão de modificar a irregularidade do item, manifestando, assim, o **Ministério Público de Contas**, de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.8 – EXPEDIÇÃO DE LICENÇA DE OPERAÇÃO SEM O CUMPRIMENTO DE TODAS AS CONDICIONANTES AMBIENTAIS**

Cuida o ponto, consoante se extrai do Relatório de Auditoria n.º 10/2014, em seu item 2.9<sup>37</sup>, que teria ocorrido a “expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais”.

---

<sup>37</sup> Fls. 10.302-10.888 (vols. XLIV e XLV)



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

Assevera a equipe de auditoria que a expedição de licenças de operação está condicionada à verificação, conforme o disposto no art. 19 do Decreto Federal n.º 99.274/1990 e do art. 8º da Resolução Conama n.º 237/201997, pelo órgão ambiental competente, do cumprimento efetivo “[...] das medidas de controle ambiental e condicionantes que constam nas licenças prévia e de instalação”.

Assim, teriam sido expedidas licenças para a RODOSOL sem o efetivo cumprimento de condicionantes anteriormente fixadas, encontrando-se estas relatadas na Tabela 5 do RA-E n.º 10/2014.

De fato, a concessionária executou e vem envidando esforços no sentido de cumprir com seus misteres, mesmo naqueles que não dependam tão só de sua conduta, como nas sinalizações no Parque Estadual Paulo Cesar Vinha e por parte de manifestação da Secretaria de Meio Ambiente de Vila Velha.

Com as *vênias* de estilo, transcrevemos o bem sintetizado relato produzido pelo corpo técnico no item sob análise na ITC 308/2015, fls. 24.985/24.989:

Com base nos elementos trazidos aos autos pela Rodosol e pelo lema, ambos notificados para se manifestarem acerca da anomalia, **resultou esclarecido que a empresa concessionária efetivamente executou ou encontra-se executando as medidas estabelecidas nas seguintes condicionantes:**

- i) condicionante 11, fixada na Licença de Instalação 91/2000, consistente na apresentação de projeto paisagístico para a Rodovia;
- ii) condicionantes 4; 20 e 27, estabelecidas na Licença de Operação Provisória nº 3/2003 e inerentes, respectivamente, à continuidade do “Programa de Educação Ambiental Rodoverde” (nº 4), à apresentação e execução de projeto de recuperação de taludes da faixa da rodovia (nº 20) e ao monitoramento da fauna atropelada ao longo da rodovia (nº 27);
- iii) condicionantes 4; 5 e 16, estipuladas na Licença de Operação 6/2003, referentes, respectivamente, à elaboração de projetos pilotos de mata ciliar e de recuperação de nascentes na bacia do Rio Perocão (nº 4), à implantação de bloqueio para impedir fuga de pedágio (nº 5) e produção de material educativo sobre a “*Bacia do Rio Benevente*” (nº 16).

Entretanto, com relação às obrigações fixadas nas alíneas “A.1”; “B.1”; “B.2”; “B.3” e “C.1” da Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006 as conclusões foram as seguintes:



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

iv) No que tange ao estipulado na alínea “A.1”, referente à sinalização das trilhas de visitação do Parque Natural Municipal de Jacarenema, **conclui-se que não houve o seu cumprimento**, muito embora a culpa não possa ser atribuída à empresa concessionária uma vez que a sua execução depende da manifestação da Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Vila Velha não ultimada até a presente data;

v) Quanto à determinação estabelecida na alínea “B.1”, que inicialmente contemplava a sinalização das trilhas do Parque Estadual Paulo Cesar Vinha (PEPCV), posteriormente substituída pelo lema pela obrigação de aquisição de equipamentos para o “Centro de Visitantes do PEPCV”, conclui-se que foi parcialmente cumprida uma vez que a doação dos equipamentos foi considerado pela autarquia ambiental como insuficiente em razão do valor empregado na aquisição pela Rodosol, determinando, complementarmente, através do Ofício 181-2012 – GRN/DT/IEMA, expedido em 15/6/2012, que a empresa concessionária, no prazo de 60 (sessenta) dias executasse a produção e instalação de 27 placas de sinalização das trilhas e ambientes do PEPCV. Ocorre que deflui dos documentos juntados pela própria Rodosol que, ao menos até março de 2013, a confecção das placas não havia, sequer, iniciado. Assim, conclui-se que o estipulado na **alínea “B.1” da Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006 não foi integralmente cumprido**;

vi) Sobre a estipulação contida na alínea “B.2”, concernente, originalmente, à produção de mapas imantados de pequena dimensão para distribuição nas escolas vizinhas ao PEPCV e posteriormente substituída pela impressão de 100 (cem) unidades do material didático intitulado “Parque Estadual Paulo Cesar Vinha: Preservando Nosso Quintal”, determinação esta que foi levada a efeito pela Rodosol, conforme comprova o “Termo de Doação” constante do CD (*compact disc*) juntado à fl. 14.668 (vol. LXV). Dessa forma, **conclui-se que houve o cumprimento da condicionante estabelecida na alínea “B.2”**;

vii) Acerca da determinação presente na alínea “B.3”, referente à elaboração e produção de mapa lúdico e magnético de maior dimensão para utilização no Centro de Visitantes do PEPCV. Muito embora a empresa concessionária sustente que o cumprimento da condicionante se dará após iniciar-se a construção do Centro de Visitantes do PEPCV, já que a contagem do prazo de entrega do mapa (60 dias) tem como termo inicial o começo da execução das obras, também de responsabilidade da Rodosol, tem-se que, de qualquer forma, passados 8 (oito) anos ainda **não houve o cumprimento da obrigação prevista na alínea “B.3” da Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006**;

viii) No que concerne ao estipulado na alínea “C.1”, que determinou a construção do Centro de Visitantes do PEPCV, tendo em vista os documentos juntados pela empresa concessionária, percebe-se que, de fato, a Rodosol apresentou um projeto arquitetônico para o Centro de Visitantes ao qual foram sugeridas adequações pelo Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo através do “Relatório de Análise de Projetos”, proferido em 3/12/2009, tais proposições foram encampadas pelo lema que, através do Ofício 181-2012, expedido em 15/6/2012, determinou à empresa concessionária que, no prazo de 60 (sessenta) dias, apresentasse as adequações do projeto tal qual sugestionado pelo lopes. Entretanto, conforme se colhe de documentação juntada pela própria empresa concessionária (“Anexo XXIV” do “compact disc” juntado à fl. 14.668 do vol. LXV), onde se noticia que, em 15/03/2013, o projeto ainda se encontrava em discussão perante o lema, muito embora a condicionante obrigando à construção do Centro de Visitantes do PEPCV tenha sido estabelecida, em 2006, na Licença de Operação 198/2006. **Conclui-se,**



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

assim, que até o momento não houve o cumprimento da determinação contida na alínea “C.1” da Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006.

[...]

Percebe-se, ao analisar-se a questão do cumprimento - pela Rodosol - das estipulações contidas nas alíneas “A.1”; “B.1”; “B.2”; “B.3” e “C.1” da Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006, data máxima vênua, uma certa demora e leniência atribuível ao lema, autarquia estadual responsável pela expedição de licenças e pelo controle ambiental consoante disposto nos incisos IV e XIII da Lei Complementar Estadual 248216, de 28 de junho de 2002.

Tome-se, como exemplo, a postergação na construção do Centro de Visitantes do Parque Estadual Paulo Cesar Vinha (PEPCV) onde se verifica que, passados 8 anos, ainda se encontra em fase de aprovação do projeto arquitetônico. Ademais, a própria manifestação do lema nestes autos (fls. 14.232-14.235, vol. LXIV) revela que a última análise da autarquia - acerca do atendimento aos compromissos estabelecidos na Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006 - se deu em 2012, tendo sido dada ciência à empresa concessionária através do Ofício 181-2012, datado de 15/6/2012 (“Anexo XIX” do CD ROM de fl. 14.668 do vol. LXV).

Após esta data não se tem notícia de qualquer outra análise documentada realizada pelo lema tendo como objeto o cumprimento, pela Rodosol, dos compromissos assumidos na expedição da Licença de Operação 198/2006 o reforça a sensação de inação por parte da autarquia estadual.

Com a devida vênua, parece-nos que o lema tem agido com certo grau de omissão no que tange à fiscalização do cumprimento das condicionantes impostas à Rodosol, isto fica claro em nossa percepção quando se verifica que a última análise realizada pela autarquia, acerca dos compromissos fixados na Licença de Operação 198/2006 se deu em meados de 2012 e, desde então, não foi produzido nenhum documento oficial sobre o tema.

O Relatório de Auditoria 10/2014 atribuiu ao senhor Jadir Viana Santos, Diretor Técnico do lema à época dos fatos, a responsabilidade pela expedição de Licenças de Operação sem a devida verificação de cumprimento de condicionantes ambientais anteriormente fixadas.

Contudo, o próprio Relatório reconhece que a pretensão punitiva deste TCEES em relação ao senhor Jadir Viana Santos encontra-se prescrita, uma vez que a Licença de Operação 198/2006 – cujas condicionantes fixadas nas alíneas “A.1”; “B.1”; “B.3” e “C.1” não foram integralmente cumpridas – foi expedida a mais de 7 anos.

Na mesma linha é o nosso entendimento, devendo ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação a possível penalidade que poderia ser imposta ao agente responsável pela anomalia aqui tratada, uma vez que o regramento contido na Lei Orgânica do TCEES, precisamente em seu artigo 71 e parágrafos, prevê que a possibilidade de aplicação de sanção por este Tribunal expira caso não seja exercida no prazo de 5 anos e em não havendo causas suspensivas ou interruptivas aplicáveis.

Assim sendo, considerando a não identificação de causas suspensivas ou interruptivas (art. 71, §§ 3º e 4º da LC 621/2012) no transcorrer do lapso temporal entende-se que se operou a prescrição da pretensão punitiva desta E. Corte de Contas, não cabendo mais a aplicação da penalidade em relação ao senhor Jorge





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

Jadir Viana Santos, ex-Diretor Técnico do lema. Ressalte-se que não foi aventada no RA-E 10/2014 ou na Instrução Técnica Inicial 256/2014 (fls. 14.148-14.156, vol. LXIII) a possibilidade de imputação de ressarcimento em razão da presente anomalia. Outro ponto que merece destaque diz respeito à responsabilidade da Arsi no que tange à Concessão do Sistema Rodovia do Sol. Conforme já exposto, na análise do item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, reconheceu-se que a Agência Reguladora não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido obrigações e direitos em sub-rogação ao DER-ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea “d” da Cláusula XXIII do ajuste, **a Arsi tornou-se titular da prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão**.

Assim sendo, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.9 REPASSE A MENOR DA VERBA PARA CUSTEIO DE FISCALIZAÇÃO**

A ITI 256/2014, em seu item 3, II.E, n.º 2.10, constatou a ocorrência de valores repassados a menor pela Concessionária Rodosol em favor do DER/ES-ARSI, a título de verba para custeio da Fiscalização, o total de R\$ 82.114,65, em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R\$ 241.433,06 (duzentos e quarenta e um mil, quatrocentos e trinta e três reais e seis centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

Outrossim, asseverou que os repasses a menor acentuaram-se a partir de 2004, tendo concluído que a parcela mais expressiva da diferença decorreu da adoção incorreta da premissa de que **o redutor de 24,24% aplicado à tarifa da Terceira Ponte**, por ocasião do 2º Termo Aditivo, **também se aplicava à atualização do valor da Verba**.

A Equipe indicou inicialmente que o responsável por esse equívoco seria a Direção da Autarquia DER/ES, a qual cabia, até 2009, a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato.

No entanto, observou que, a partir da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ora em análise, datado de 16 de novembro de 2009, esta responsabilidade foi repassada à ARSI, cujo escopo é de fiscalizar a concessão e fazer cumprir o contrato.



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

Verifica-se, também, do relatório, que a ARSI teria elaborado relatório que apresentava estudos e análises cujo objetivo seria promover um reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, ainda no ano de 2012.

Assevera a equipe de auditoria que o relatório elaborado pela ARSI compreende um mapeamento de eventos passíveis de provocar desequilíbrio ao contrato e às condições pactuadas desde sua assinatura, dentre os quais se incluía o “evento 11 – Verbas Remanescentes”, que tratava das verbas previstas para Aparelhamento da Polícia Rodoviária e para o Custeio da Fiscalização, que durante o período contratual transcorrido, foram repassadas ora acima, ora abaixo do previsto contratualmente.

Neste cenário, do erro da aplicação do redutor de 24,24% também ao valor das verbas repassadas pela concessionária, foram avaliados os valores repassados e propostos ajustes para o cumprimento do contrato.

Muito embora os estudos de mapeamento para reequilibrar o contrato, destacou a equipe de auditoria que o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória proferiu decisão que impede que sejam firmados aditivos, o que impossibilita o ajuste.

Do achado de auditoria, a ARSI concordou com a equipe de auditoria, listou as medidas tomadas e solicitou a dilação do prazo sugerido pela Equipe Técnica para sanar as impropriedades. Lado outro, a Concessionária Rodosol discordou do achado de auditoria.

Assim, diante do contexto acima, entendeu a equipe que o responsável da ARSI envidou esforços no sentido de reequilibrar o contrato, não conseguindo, contudo, por fatos alheios, excluindo, destarte, a responsabilidade do mesmo.

De fato, o redutor de 24,24% incide apenas no pedágio da Terceira Ponte e não no sistema de modo integral, não podendo, assim, reduzir o percentual no todo. Nesse passo, a aplicação indevida do redutor sobre a verba efetivamente ocasionou, inarredavelmente, repasse a menor.

Desse modo, com razão as manifestações do corpo técnico lançadas neste ponto, não merecendo, assim, reparos, pugna o **Ministério Público de Contas** pela



manutenção integral do achado de auditoria bem como se alinha às determinações lançadas pela área técnica constante nas fls. 25.001/25.002.

### **3.10 REPASSE A MENOR DA VERBA PARA APARELHAMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA**

O item em análise, que trata de repasse aquém do devido, entre 1999 e 2012, a título de Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária, guarda semelhança ao item 3.9 desta Instrução Técnica Conclusiva.

Pois bem.

Aponta a equipe de auditagem que os valores efetivamente repassados pela Concessionária à Polícia Rodoviária, a título de Verba para Aparelhamento, ficaram abaixo do devido, importando no valor total de R\$ 338.629,64 (trezentos e trinta e oito mil, seiscentos e vinte e nove reais e sessenta e quatro centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R\$ 995.637,01 (novecentos e noventa e cinco mil, seiscentos e trinta e sete reais e um centavo), em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

De igual modo, salienta que: **(i)** a tarefa de apurar os valores cabia ao DER; **(ii)** tal incumbência passou para à ARSI; e **(iii)** a Agência teria efetuado um estudo que detectou o erro no cálculo dos valores repassados.

Apontou, também, que os repasses a menor acentuaram-se a partir de 2004, tendo concluído que a parcela mais expressiva da diferença decorreu da adoção incorreta da premissa de que o redutor de 24,24% aplicado à tarifa da Terceira Ponte, por ocasião do 2º Termo Aditivo, também se aplicava à atualização do valor da Verba.

No mesmo passo do item anterior, aqui, embora houvesse a intenção de efetuar o reequilíbrio, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória proferiu decisão que impede que sejam firmados aditivos, o que impossibilitou o ajuste.

Informou-se, ainda, que existe ação judicial da ARSI no sentido de levar ao reequilíbrio econômico-financeiro parte dos valores indevidamente não repassados e, sendo



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

assim, a Equipe de Auditoria entende estar afastada, também no item 2.11 do RA-E 10/14, a culpabilidade dos agentes.

Assim como no tópico anterior, a ARSI concordou com a equipe de auditoria, listando as medidas tomadas e solicitando a dilação do prazo sugerido para sanar as impropriedades. Lado outro, a Concessionária Rodosol também discordou do achado de auditoria.

De fato, o redutor de 24,24% incide apenas no pedágio da Terceira Ponte e não no sistema de modo integral, não podendo, assim, reduzir o percentual no todo. Nesse passo, a aplicação indevida do redutor sobre a verba a ser repassada, efetivamente ocasionou, repasse a menor.

Desse modo, com razão as manifestações do corpo técnico lançadas neste ponto, não merecendo, assim, reparos, pugna o **Ministério Público de Contas** pela manutenção integral do achado de auditoria bem como se alinha às determinações lançadas pela área técnica constante às fls. 25.011/25.012.

### **3.11 ALTERAÇÃO NAS EXIGÊNCIAS DE OPERAÇÃO/ADMINISTRAÇÃO SEM CORRESPONDENTE EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO**

Verificou a equipe de auditagem no ponto em referência que, na composição do Programa de Exploração de Rodovias - PER, foram incluídos serviços a serem prestados de forma direta ou indireta pela Concessionária Rodosol, a saber: **(i)** arrecadação de pedágio, **(ii)** fiscalização de trânsito, **(iii)** segurança aos usuários, **(iv)** auditoria e **(v)** fluidez de tráfego, cumprindo enfatizar que o custo de cada serviço está contido na tarifa do pedágio.

Do estipulado no Programa de Exploração de Rodovias, observou o corpo de auditoria que vários serviços não estão sendo realizados, ou seja, tem-se permitido remuneração à concessionária por serviços não prestados, havendo, assim locupletamento por parte da mesma.

Sob este prisma, entendeu a equipe de auditoria que houve alteração unilateral do contrato, dado que os serviços constantes no termo contratual não foram efetivados pela



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

Concessionária Rodosol, devendo, assim, ocorrer o devido reequilíbrio em prol do Poder Concedente.

Em síntese, seguem os serviços que não teriam sido prestados, segundo o RA-E 10/2014:

1. **posto de fiscalização:** foi considerado na tarifa o custo de sua construção, instalação e manutenção, mas o posto, embora construído, encontra-se desativado.
2. **fiscalização de veículos e de condutores:** foi embutida na tarifa a remuneração da Rodosol para apoio e infraestrutura para a citada fiscalização, que, no entanto, não tem sido realizada.
3. **operação de postos móveis de pesagem:** o custo de tal operação está incluído na tarifa, entretanto, não tem sido realizada nenhuma operação de postos de pesagem. Vale acrescentar a existência da Lei Estadual n.º 4.463, de 14 de novembro de 1990, que restringe o tráfego de qualquer veículo de carga com mais de **02 (dois) eixos** ou **peso bruto total acima de 15 (quinze) toneladas** em toda extensão da rodovia do sol.
4. **banco de dados:** a tarifa engloba o custo de manutenção de uma banco de dados interligado entre a concessionária e o Estado, porém, não há registro de nenhuma conexão entre tais sistemas.

Cotejando as manifestações e documentos dos responsáveis verifica-se não prosperar as alegações defensivas.

O foco da auditoria se posiciona em cláusulas contratuais estabelecidas no Contrato de Concessão ora analisado. São cláusulas que estipulam as obrigações da concessionária, contudo, não efetivadas, onerando os usuários por não terem os serviços prestados, ou seja, a concessionária locupleta-se sem prestar, de forma efetiva, o serviço.

A par de ter construído postos de fiscalização e instalado balanças de pesagem, a utilização dos serviços não é efetivada ou se é, somente é realizada em eventos ocasionais e sazonais, fazendo com que não dispenda recursos ordinários na manutenção



de pessoal ou de bens de escritório, como bem retratado pelo corpo técnico na leitura do ponto sob análise, senão vejamos:

Quanto ao material de escritório, serviços de limpeza, vigilância das edificações, cabe lembrar a obrigação, não cumprida pela concessionária, constante no PER (fls. 4.029-4.032, vol. XIX):

#### 1.2.2 OPERAÇÃO DOS SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE

a) [...]

b) Especificações e Níveis de Serviços

b.1) Descrição e Especificações do Posto de Fiscalização (PF)

[...] **O Posto de Fiscalização (PF) será uma unidade rodoviária, administrada pela CONCESSIONÁRIA** e operada em conjunto com o PODER CONCEDENTE, tendo por objetivo fornecer suporte para o exercício de serviços não delegados, os quais compreendem a **fiscalização de veículos e condutores**, usuários das rodovias, quanto aos seguintes itens:

- condições gerais de segurança e emissão de poluentes;
- documentação dos condutores e dos veículos;
- documentação e acondicionamento de carga;
- condições físicas / psicológicas dos condutores; e
- excesso de peso e altura.

**A CONCESSIONÁRIA deverá fornecer apoio e infra-estrutura [...]** compreendendo, **serviço de limpeza, segurança patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos** necessários ao desempenho dessas atividades.

Assim sendo, evitando repetições desnecessárias, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### 3.12 FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE DO PODER CONCEDENTE

Aponta o corpo auditor no item em comento a deficiente fiscalização da ARSI no Contrato de Concessão quanto a alguns aspectos operacionais da prestação de serviços que reproduzimos abaixo de forma sintética:



[...] a fiscalização da ARSI é deficiente em certos aspectos da prestação dos serviços concedidos, baseando-se, em alguns casos, somente em relatórios produzidos pela própria Concessionária, falhando ao não realizar estudos específicos para avaliar a adequação das funções operacionais abaixo.

[...]

Foram encontradas falhas na fiscalização do sistema de arrecadação da Concessionária, do intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa, do intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança, da confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação das praças de pedágio, e, especialmente, na fluidez do tráfego em todos os trechos da Rodovia do Sol, inexistindo resultados conclusivos sobre a quantidade de horas por ano em cada nível.

Neste aspecto, haveria violação aos arts. 29, incisos I e VI, da Lei Federal n.º 8.987/95, e art. 67, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93 e à cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98.

Depreende-se do ponto que, efetivamente, há deficiente fiscalização do Poder Concedente no contrato de concessão. A fiscalização contratual é ínsita à administração, pois *“o poder/dever de fiscalização é instrumental ao dever de garantir a adequada prestação do serviço, sendo esta uma incumbência do Estado, no presente caso da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária, pessoa jurídica de direito público.”*

Assim, evitando repetições desnecessárias, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.13 ÍNDICE DE REAJUSTE INADEQUADO AO PERFIL DOS SERVIÇOS PRESTADOS**

Consta na Instrução Técnica Inicial 256/2014, que o índice de reajuste das tarifas, previsto no Contrato de Concessão n.º 1/1998, demonstrou-se inadequado.

Acentua a equipe de auditoria que tal índice constitui-se de fórmula paramétrica, na qual 90% (noventa por cento) de seu peso está vinculado a índices relacionados à



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

construção e à consultoria de obras rodoviárias e apenas 10% (dez por cento) de seu peso advém de índice geral de preços.

Relata, ainda, o corpo técnico, que:

Como o cronograma contratual previa obras apenas nos cinco primeiros anos da Concessão (até 2003), o excessivo peso da variação de custos de obras teria contaminado o índice de reajuste, onerando a tarifa (lembrando que o objeto central dos 25 anos do contrato não era a contratação de obra, mas a realização de concessão de serviço público precedida de obra).

Para demonstrar a distorção provocada pelo excessivo peso das obras na composição da tarifa, a Equipe comparou o reajuste da tarifa entre agosto de 1998 e agosto de 2013 com a variação do IPCA e do INPC, tendo concluído que “o índice de reajuste contratual variou 22,15% [...] a mais que a média da variação dos índices gerais de preços INPC e IPCA”.<sup>38</sup>

[...]

Com relação às alegações da Arsi, verifica-se que a agência reguladora praticamente concorda com a Equipe, pois, embora diga que os reajustes considerados no RA-E ainda não foram efetivados por estarem *sub judice*, e que, embora o contrato original não tivesse previsto a variação dos pesos dos índices ao longo da execução contratual, estaria disposta a readequar o índice de reajuste, por meio de termo aditivo, com a anuência da contratada.

Quanto à Concessionária, em primeiro lugar importa dizer que tem razão quando afirma que a fórmula de reajuste foi determinada pelo edital da licitação e que não é possível estabelecer como regra geral um índice de reajustamento, pois, baseada nas especificidades de cada contrato administrativo, deve-se escolher a fórmula que melhor se aplique, para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Cumpre registrar que, embora tenha razão nessas afirmações, isso não significa que estamos afirmando que a fórmula utilizada no Contrato 1/1998 seja a melhor.

No entanto, não assiste razão à empresa quando afirma que a mudança de índice de reajuste configuraria verdadeiro desequilíbrio econômico do contrato.

Analisando o ponto, a Lei Federal n.º 8.666/95, em seu art. 65, inciso II, alínea “d” esclarece as situações ensejadoras de desequilíbrio contratual.

Nesse passo:

De pronto, percebe-se que os índices, com seus respectivos pesos, adotados no contrato em análise refletem predominantemente a evolução dos custos da construção, de forma que não seriam os mais aptos para servir de critério de reajuste das tarifas durante toda a vigência da concessão rodoviária em análise, descumprindo o Art. 40, XI, da Lei 8.666/93, que exige que o índice de reajuste retrate a variação efetiva do custo.

<sup>38</sup> Fl. 25.094





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

Por fim, quanto ao alegado (pela Arsi e pela empresa) que atualmente o índice de reajuste do contrato situa-se próximo aos índices usados como paradigma pela Equipe, não se pode acatar o argumento porque estamos tratando de um horizonte de 25 anos e não apenas do momento presente. Logo, o correto é analisar a evolução do índice durante todo o período transcorrido.

Desse modo, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.14 NÃO COMPROVAÇÃO DE CUMPRIMENTO DAS PENDÊNCIAS NAS OBRAS ENUMERADAS NO TERMO DE VISTORIA**

O Relatório de Auditoria 10/2014 aponta, em seu item 2.15, como achado de auditoria, a não comprovação de cumprimento de pendências elencadas no Termo de Vistoria emitido pelo DER. O Relatório aduz a necessidade de intervenção em 27 serviços, quando na realidade o Termo de Vistoria (fls. 11.211-11.214) relacionava 25 pendências.

Pois bem.

Cotejando as manifestações de defesa bem como da área técnica, onde esta assevera que *“com base exclusivamente na análise documental e considerando que a Concessionária Rodovia do Sol S.A enviou ofício ao DER-ES à época da entrega dos serviços, comunicando cada uma das ações realizadas com o objetivo de solucionar os problemas detectados pela fiscalização da obra, e que o DER declarou que os “[...] quesitos foram devidamente atendidos, não restando maiores dúvidas em relação ao atendimento dos itens questionados em vistoria” opinamos pelo afastamento do achado de auditoria”,* o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.15 OBRAS EXECUTADAS COM QUALIDADE INFERIOR À CONTRATADA**

Em síntese, aponta a equipe de auditoria que, ao contrário do que estabelecem o Edital (englobando o PER), as normas técnicas e o ajuste contratual, o DER/ES não rejeitou as obras executadas pela Concessionária sem a qualidade definida pelo Edital, especificamente quanto às características geométricas da plataforma rodoviária (sobretudo



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

quanto à sua classe) e quanto à conformidade do pavimento às normas técnicas (quanto ao seu dimensionamento e aos controles tecnológicos).

Consoante às irregularidades, aponta a área técnica o que se segue, senão vejamos:

“Quanto à classe rodoviária (seção Q.1) significativa parcela do produto foi entregue pela Concessionária em qualidade inferior à contratada pela administração e remunerada pelos usuários: 20,73% (vinte por cento e setenta e três centésimos por cento) no trecho entre Setiba e a interseção com a Rodovia Jones dos Santos Neves, e 11,03% (onze por cento e três centésimos por cento) no trecho entre a interseção com a Rodovia Jones dos Santos Neves e Meaípe.

Nesse sentido, para a adequação do contorno de Guarapari são necessárias intervenções (obras) de engenharia de forma a obter a inclinação máxima de 4% (quatro por cento).”

[...]

Quanto o dimensionamento do pavimento (seção Q.2) verifica-se já nos desenhos técnicos, “relatório de projeto” e “memória justificativa” – componentes do projeto elaborado pela Concessionária – a indicação de espessuras de camada de revestimento em concreto betuminoso que não equivalem à qualidade do produto contratada pela administração e remunerada pelos usuários: indicação de 5 cm (cinco centímetros) de espessura nos eixos principais, portanto, 50% (cinquenta por cento) inferior aos 10 cm (dez centímetros) necessários no trecho entre a interseção com a Rodovia Darly Santos e Setiba – duplicação da ES-060; indicação de 5 cm (cinco centímetros) nos eixos principais, portanto, 33% (trinta e três por cento) inferior aos 7,5 cm (sete centímetros e meio) necessários no trecho Contorno de Guarapari.

Nesse sentido, para a adequação da duplicação da ES-060 e do contorno de Guarapari são necessárias intervenções (obras) de engenharia de forma que toda a área revestida com concreto betuminoso tenha, respectivamente, 10 cm (dez centímetros) e 7,5 cm (sete centímetros e meio) de espessura.

[...]

Por último, quanto aos controles tecnológicos (seção Q.3) todas as camadas constitutivas do pavimento, executadas pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, comprovadamente (resultados obtidos através de ensaios tecnológicos nos vinte pontos investigados pela equipe de Auditoria), apresentam problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem, o que não atende aos critérios de qualidade contratados pela administração e remunerados pelo usuário.

Nesse sentido, para a adequação do trecho concedido são necessárias intervenções (obras) de engenharia de forma que todas as camadas de sub-leito, sub-base e base, constitutivas do pavimento, alcancem os critérios definidos pelas normas técnicas.

[...]

Muito importante reproduzir, com destaque, que **embora a entrega de obras que não atendam à qualidade contratada seja um evento causador de desequilíbrio do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 do DER/ES, nesta Instrução**



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

**Técnica Conclusiva (especialmente, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro realizada nesta Instrução Técnica Conclusiva) ela não foi uma das ocorrências consideradas e tal montante não está contido na irregularidade descrita no item 3.17.** Portanto, a eventual realização dessas intervenções indispensáveis à adequação da rodovia aos parâmetros mínimos de qualidade exigidos no PER não alteram os valores paradigmas admitidos nesta Instrução Técnica Conclusiva. Isto porque os valores paradigmas foram obtidos pela equipe de auditoria tomando por base as obras efetivamente realizadas, como se dentro dos parâmetros exigidos estivessem, o que não se verificou.

Encontra-se exaustivamente demonstrada na manifestação técnica conclusiva a inferior qualidade das obras que foram contratadas, restando conspurcado o próprio princípio da licitação, insculpido no art. 37, XXI, da Constituição Federal, assim como o da eficiência, ao evidenciar a falta de zelo na execução firmada, expondo a risco de dano, e ao da economicidade, ao efetuar pagamentos pela prestação de serviços com padrão de qualidade aquém do contratado.

Neste cenário, o **Ministério Público de Contas** manifesta-se de acordo com a proposição da área técnica.

### **3.16 SOBREPREGO DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO**

Em síntese, no item é apontado o sobrepreço no valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio fixado em R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos de real) pelo Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos 1/98, e no valor da Tarifa Básica de Pedágio proposto em R\$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real) pela licitante vencedora, configurando em descumprimento ao princípio da modicidade tarifária, esculpido no artigo 6º, § 1º, da Lei nº. 8.987/1995.

Não sobejam dúvidas de que as manifestações de defesa não prosperam pois, com a peculiar precisão na análise, relativamente a não consideração do BDI, ante a farta documentação constante nos autos, a área técnica dessa Corte de Contas esmiúça e espanca quaisquer dúvidas no sentido de que as parcelas que o compõem foram contempladas nos demais quadros da proposta, conforme se infere nos Apêndices B.2, D.1, D.3, D.4, D.6, D.8 e D.14.



Assim sendo, com o fito de evitar repetições desnecessárias, o **Ministério Público de Contas** anui à proposição da área técnica.

### **3.17 Desequilíbrio Econômico-Financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol**

Em processo de fiscalização sobre o contrato de concessão 1/98, a equipe de auditoria constatou que, partindo da proposta e ao longo da execução contratual da concessão do Sistema Rodovia do Sol, ocorreram diversos eventos que causaram desequilíbrio no Contrato, denominados, pela equipe técnica como “Ocorrências”.

Na espécie, considerou ocorrências tanto a superavaliação dos investimentos e demais custos administrativos e operacionais contidos na Proposta Comercial quanto aos eventos que ocorreram ao longo da execução da concessão que afetaram a equação do contrato, conforme se segue:

Através desta metodologia, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), obteve-se o Valor Presente Líquido (VPL) de Caixa no período “zero” (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a R\$ 22.637.724,97 (vinte e dois milhões, seiscentos e trinta e sete mil, setecentos e vinte e quatro reais e noventa e sete centavos), quando se esperava valor “zero”, com data-base em outubro de 1998. Esse valor, capitalizado<sup>245</sup> pela TIR do Contrato 1/98, até 2014, equivale a R\$ 798.797.863,66 (setecentos e noventa e oito milhões, setecentos e noventa e sete mil, oitocentos e sessenta e três reais e sessenta e três centavos), com data-base em outubro de 2013, que seria o ganho superior ao que justamente caberia à Rodosol.

Pois bem.

É bastante, *de per sí*, a exauriente fundamentação da ITC 308/2015 quanto à manutenção do aponte de irregularidade. **Desse modo, as manifestações do Ministério Público de Contas aqui tecidas apenas reforçam ou complementam os pontos da luzidia análise do corpo técnico.**

Quanto à questão do contrato de concessão já ter sido analisado, ainda que por fator externo – Fundação Getúlio Vargas-FGV, não merece prosperar, uma vez que, de fácil



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

compreensão, a análise empreendida pela equipe auditora fora de profundidade abissal, em cotejo ao da FGV, *verbis*:

Fica evidenciado que o processo em epígrafe visava apenas e tão somente: **verificar a legalidade da desobrigação conferida à RODOSOL de não recolher a outorga aos cofres do DER/ES**, promovida pelo 2.º Aditivo do Contrato 1/98; **a adequação do serviço prestado pela Rodosol e a atuação do DER/ES na fiscalização da concessão.**

Logo, percebe-se que o Processo TC 4.574/09 não abrangeu o escopo da auditoria atual, que trata da licitação, da execução de todo o período contratual e da possibilidade de se reequilibrá-lo ou não. Logo, a utilização da mesma metodologia da FGV no Processo TC 4.574/09 atendia ao proposto naquela auditoria, em nada conflitando com o processo atual.

Quanto à metodologia da FGV, verificamos que esta consiste em definir a condição de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão mantendo a mesma TIR do projeto apresentado na Proposta Comercial da licitante vencedora, ao longo da vigência do contrato.

Melhor explicando: parte-se da proposta vencedora, mantendo-se todos os valores nela apresentados, que representam a equação econômico-financeira (TIR, receitas, custos e investimentos); insere-se os eventos ocorridos após a celebração do contrato e verifica-se se estes eventos causaram algum desequilíbrio, reduzindo ou aumentando a TIR contratada. Sendo constatada alteração na TIR, reestabelece-se o equilíbrio, normalmente variando a tarifa do pedágio.

[...]

A equipe de auditoria foi mais a fundo. Investigou a origem da equação econômico-financeira (a licitação) e identificou falhas na atuação estatal que permitiram a existência de sobrepreço na proposta vencedora. Identificou também que, durante a execução do contrato, diversas obras, inicialmente previstas, foram alteradas e os novos valores levados ao cálculo do reequilíbrio não condiziam com os preços constantes nas tabelas de engenharia. Identificou que os valores dos investimentos em desapropriação estão muito abaixo daqueles previstos no contrato.



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

Enfim, enquanto a análise da FGV parte do pressuposto do equilíbrio da equação econômico-financeira e da premissa de que todas as obras previstas foram realizadas dentro dos valores informados na planilha de fluxo de caixa, a equipe de auditoria ampliou a análise, auditando se realmente o contrato estava sendo cumprido conforme assinado, situação que extrapola a área de atuação da FGV<sup>39</sup>.

Por sua vez, é estreme de dúvidas, apesar das graves irregularidades até aqui encontradas que impõem a anulação contratual, que há a possibilidade de calcular o reequilíbrio do contrato a partir dos valores aferidos pelo corpo técnico, quando ilegais, não isonômicos e não apresentam parâmetros corretos entre as partes, principalmente quando não há risco integral para o concessionário, como na espécie.

Este é o posicionamento da área técnica cuja conclusão entrelaçada nos autos o Ministério Público de Contas acompanha. Desse modo, a área técnica traçou um paralelo na análise do ponto no seguinte sentido:

Cabe-nos, então, verificar o disposto no Contrato 1/98 acerca dessas ocorrências, quanto à alocação do risco, concordando com a tese da defesa da Rodosol de que os itens cujo risco for integralmente suportado pela concessionária não podem ser alvo de reequilíbrio, devendo ser mantidos os valores da proposta original<sup>40</sup>. Seguem as cláusulas contratuais que tratam do risco e o nosso comentário a respeito.

Cláusula XII

Da Assunção de Riscos

A CONCESSIONÁRIA assumirá, em decorrência deste CONTRATO, **integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário dele resulte.**

[g. n.]

Percebe-se que o contrato coloca, como regra geral, responsabilidade integral ao concessionário, ressaltando a existência de exceções quanto a essa regra.

Cláusula XIII

Do Risco Geral de Trânsito

1. A CONCESSIONÁRIA **assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito** inerente à exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL, neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras vias.

<sup>39</sup> Fls. 25.226/25.227

<sup>40</sup> Fl. 25.234



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

[g. n.]

Fica a cargo da concessionária o integral risco de trânsito. Isso significa que se houver redução ou aumento no fluxo, independente da causa, o ônus e o bônus cabem à concessionária, não ensejando o reequilíbrio do contrato.

Cláusula XX

Da Revisão da Tarifa Básica

[...]

**3. Qualquer alteração nos encargos da CONCESSIONÁRIA importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.**

4. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

[...]

**b) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, para mais ou para menos, conforme o caso;**

[g. n.]

A Cláusula XX, 4, "b", diz que será feito o reequilíbrio contratual sempre que houver acréscimo ou supressão dos encargos constantes no PER. Tal cláusula refere-se basicamente aos investimentos, de forma que sempre que for necessário alterar algum investimento, para mais ou para menos, haverá reequilíbrio.

[...]

Analisando apenas essa cláusula contratual, poderíamos entender que a interpretação da empresa seria bastante razoável. Ocorre que há outra cláusula contratual que transfere o risco de todos os investimentos ao Poder Concedente, contrariando a tese apresentada pela defesa de que o risco desse tipo de investimento era da concessionária:

Cláusula LXI

DO PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL

**1. As obras e serviços a serem executados pela CONCESSIONÁRIA são os especificados no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, anexo a este CONTRATO.**

**2. Essas obras e serviços devem ser executados nos prazos fixados nos cronogramas constantes do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA**



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**

**1ª Procuradoria de Contas**

**Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva**

**RODOVIA DO SOL, de acordo com os projetos básicos e as condições ali estabelecidas.**

[...]

**5. Qualquer modificação nos encargos estabelecidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL deverá ser previamente solicitada pela CONCESSIONÁRIA [...].**

[...]

**7. Caso as modificações aludidas nos itens anteriores importem em acréscimo de custos nos encargos da CONCESSIONÁRIA, a solicitação deverá ser acompanhada de “Relatório Técnico” com a demonstração dos correspondentes impactos, na forma prevista neste CONTRATO.**

Na Cláusula LXI, “1” e “2”, há previsão de que as obras a serem realizadas pela Concessionária devem obedecer aos projetos básicos exigidos pelo contratante, constantes no PER. Diz ainda que o concessionário pode solicitar modificação no encargo e se essa modificação implicar em aumento do custo da obra para a empresa, tal aumento deve ser justificado mediante Relatório Técnico (Cláusula LXI, “5” e “7”).

Os investimentos do PER são aqueles exigidos pelo Poder Concedente, sobre os quais, em tese, deveria incidir risco integral para a concessionária. Ora, se o investimento fosse risco integral da concessionária, qual a necessidade desta apresentar os acréscimos nos seus custos?

A empresa deveria respeitar as obras previstas no PER, mas lhe foi facultado solicitar eventual alteração. Se fosse risco integral da empresa, ao pedir a alteração, sendo esta aprovada, não haveria que se falar em custo. Eventual acréscimo no custo seria risco da concessionária, mesmo porque teria sido ela mesma quem teria requisitado a alteração na obra. No entanto, quando o contrato previu a possibilidade de a empresa apresentar possível acréscimo nos custos, retirou todo o risco dos investimentos, caindo por terra a tese da defesa.

Verifica-se que o contrato protege a concessionária do risco, pois requer provas de aumento dos custos do investimento, para que haja o reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos da Cláusula XX, 4, “b”, já discutida anteriormente.

E o contrato apresenta outra passagem (fl. 13.389, vol. LIX, do presente processo) que reforça o fato de que o investimento não era risco integral da empresa. Vejamos:

Cláusula LXV

Da Fiscalização da Concessão

[...]

**5. A fiscalização da execução do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL compreenderá, especialmente:**

[...]

**b) o controle por medição da execução dos serviços de ampliação e recuperação do SISTEMA RODOVIA DO SOL, com ênfase na observância dos quantitativos, especificações, parâmetros [...] estabelecidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, nos PROJETOS BÁSICOS e nas normas técnicas aplicáveis.**





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

[g. n.]

A fim de ilustrar as disparidades entre as obras inicialmente contratadas com as efetivamente realizadas, elencamos, a seguir, de forma não exaustiva, algumas alterações/inexecuções importantes, por trecho das obras de ampliação e recuperação, constantes no quadro de investimentos:

- **Duplicação ES-060 – Trecho Rodovia Darly Santos – Setiba:** este trecho representava **20,64% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. À exceção dos trechos urbanos, a concepção da duplicação foi pelo bordo da pista, de forma oposta ao previsto, duplicação pelo eixo. Explicando de forma didática e simplificada: em diversos trechos a proposta previa a construção de outras duas pistas paralelas à já existente (duplicação pelo eixo), mas foi mantida a estrada original e construída apenas mais uma, paralela (duplicação pelo bordo). Além disso, verifica-se alteração significativa no viaduto de acesso à Setiba. Outra modificação relevante refere-se à adequação do traçado para aproveitamento do viaduto no entroncamento com a Rodovia Darly Santos (o desenho original para a duplicação da rodovia previa que a concessionária construísse um viaduto no local, mas o Poder Público acabou construindo o viaduto, o que beneficiou a empresa);
- **Duplicação ES-060 – Trecho Graçaí – Meaípe:** este trecho representava **2,24% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;
- **Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Praia de Graçaí (terraplanagem e pav. 1ª pista):** este trecho representava **19,87% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;
- **Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Praia de Graçaí (pav. 2ª pista):** este trecho representava **8,47% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;
- **Interligação Av. Carlos Lindemberg – Terceira Ponte:** este trecho representava **4,12% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;
- **Conservação especial:** este item representava **25,84% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção desta natureza;
- **Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Rod. Jones Santos Neves - Rodovia Duplicada:** Trecho incluído pelo novo traçado (**posterior à assinatura do contrato**) proposto para o contorno de Guarapari. Novo traçado indica trecho totalmente distinto do previsto.
- **Contorno de Guarapari - Trecho Rod. Jones Santos Neves – Meaípe - Rodovia Duplicada:** Trecho incluído pelo novo traçado (**posterior à assinatura do contrato**) proposto para o contorno de Guarapari. Novo traçado indica trecho totalmente distinto do previsto.



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

Assim, **fica evidenciado que houve alteração nos investimentos inicialmente previstos e mesmo se acatada a tese de que estes seriam risco integral da concessionária, tais investimentos devem ser avaliados pelo preço constante nas tabelas referenciais de obras de engenharia e não pelos valores propostos, demonstrando que a equipe de auditoria agiu acertadamente**<sup>41</sup>.

De fato, a extensa fundamentação do corpo técnico não deixa dúvidas, no ponto, de que o contrato de concessão não impõe risco integral à empresa, ao contrário, como mencionado, havendo risco, há a possibilidade de efetuar o reequilíbrio do contrato.

Vale destacar, ainda, como bem pondera a área técnica, que no tocante à desapropriação, caso o valor estipulado seja ultrapassado, também se promoverá o reequilíbrio contratual, *verbis*:

Também cabe comentar a respeito das desapropriações. Inicialmente alegam, conforme matriz de risco apresentada, que o risco seria compartilhado, sendo até o valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) seria risco integral da concessionária.

Vejamos o disposto no Contrato 1/98:

Cláusula XX

Da Revisão da Tarifa Básica

[...]

**3. Qualquer alteração nos encargos da CONCESSIONÁRIA importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.**

4. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

[...]

**d) sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação de bens imóveis, [...] desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado;**

[g. n.]

A proposta original previu R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para desapropriações, valor este majorado para R\$6.705.632,00 (seis milhões, setecentos e cinco mil, seiscentos e trinta e dois reais) através de aditivo. A defesa alega que seria risco da concessionária, mas, ao lermos o contrato (Cláusula XX, 4, "d"), percebemos que caso o valor da verba não fosse atingido ou fosse ultrapassado, haveria reequilíbrio.

Percebe-se **risco zero** para a concessionária, pois, se ultrapassar o valor, cabe reequilíbrio, o mesmo ocorrendo se o valor não for alcançado.

<sup>41</sup> Fls. 25.234/25.241



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

[...]

Como constatou-se que, dos quase sete milhões de reais alocados no fluxo de caixa para desapropriações, apenas R\$195.587,81 (cento e noventa e cinco mil, quinhentos e oitenta e sete mil reais e oitenta e um centavos)<sup>251</sup> foram gastos, mesmo passados cerca de 15 anos do início da concessão (lembrando que desapropriações são esperadas no período inicial do contrato, quando são realizadas as obras de ampliação da pista), cabe razão à Equipe quando alterou os valores da desapropriação, pois apenas cumpriu o previsto no próprio Contrato 1/98.

A Ocorrência 5, que trata das perdas decorrentes da isenção do pedágio dos ônibus do Sistema Transcol, foi criticada pela Rodosol, que apresentou valores que ela entende como corretos. No entanto, não assiste razão à concessionária, conforme discutido no Apêndice O desta ITC, Ocorrência 5<sup>42</sup>.

Sob os pontos acima delineados, é crível a inexistência de risco integral para a concessionária, pois, caso o valor ultrapasse, não assumira o ônus, pois será feito o reequilíbrio do contrato de concessão.

Ora, dos documentos e articulados supra, o contrato de concessão sob análise não apresenta responsabilidade de forma integral para a concessionária, mas, sim, ao revés, que ocorrendo desequilíbrio nas cláusulas mencionadas, haverá um “pé na porta” para estancar a sangria, fazendo com que o contrato seja reequilibrado com vistas a suplantar o ônus que venha a ocasionar aos cofres da concessionária.

Justificada a ausência de responsabilidade integral da concessionária, com razão a RODOSOL quanto às ocorrências 15 (avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa) e 16 (avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive custos de mão de obra).

Como bem assevera a área técnica, “*Sendo assim, da planilha de fluxo de caixa apresentada no item 2.18 do Relatório de Auditoria 10/14, devem ser considerados os valores originários da proposta comercial quanto aos custos operacionais e administrativos, inclusive custos de mão de obra, sendo mantidas as demais alterações efetuadas pela Equipe de Auditoria, nos termos aqui discutidos*”.

---

<sup>42</sup> Fls. 25.242/25.243



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

Já quanto ao item **investimentos adicionais**, não fora considerado pela equipe auditora aponta a área técnica na ITC 308/2015, senão vejamos:

Por fim, quanto à alegação de que os **investimentos adicionais** (fl. 14872, volume LXVI) supostamente não foram considerados pela equipe de auditoria verifica-se o que segue:

□ Investimentos denominados “Passagem em Desnível para Acesso à Região de Terra Vermelha”, “Passagem em Desnível para Acesso à Região de Interlagos”, “Ponte sobre a Avenida Carioca”, “Modificação do Acesso ao Bairro Santa Paula”, e “Execução de Marginais na Região de Ponta da Fruta”: aparentemente a afirmativa de que tais investimentos teriam sido desconsiderados denota falta de entendimento quanto à metodologia adotada pela equipe de auditoria por ocasião da avaliação dos investimentos. Primeiramente, porque a avaliação foi feita tomando por base o projeto executivo desenvolvido pela própria Concessionária, que contemplava, por óbvio todas as intervenções de fato realizadas. Portanto, todos os serviços realizados, desde que contemplados pela amostragem realizada, foram considerados e valorados. Depois, porque as duas passagens de nível supostamente não consideradas encontram-se expressamente valoradas, conforme se observa nas tabelas 17, 18 e 19 (fls. 10.601-10.603, volume XLV) do Relatório de Auditoria;

□ Investimentos denominados “Custos Adicionais Decorrentes dos Serviços de Iluminação da Rodovia” e “Serviços Adicionais Demandados pela Comunidade”, e, parcialmente, “Condicionantes ambientais”: conforme parecer expedido pelo Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes - DERTES (fls. 14.970-14.973, volume LXVII) em análise do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro que gerou o 1º termo aditivo tais acréscimos foram negados, não tendo sido contemplados naquele aditivo. Não tendo sido admitidos tais investimentos pelo Poder Concedente, não haveria razão para considerá-los na valoração dos investimentos realizados;

□ Investimentos denominados “Condicionantes ambientais” e “Projeto”: estão contemplados em pleito de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessionária, consubstanciado no ofício CT/DIR/PRES/139/2012 (fls. 14.884-14.889, volume LXVI) que trata de “Pedido de revisão do Contrato de Concessão”, ainda não respondido pela Administração Pública por ocasião da Auditoria, portanto, não compunham o quadro de investimentos valorados e, por óbvio, não poderiam ter sido considerados na valoração paradigma dos investimentos.

Após o contraditório e a ampla defesa, a planilha final do desequilíbrio do Contrato 1/98 consta no Apêndice P desta ITC (Quadro 14).

A planilha supracitada demonstra que, com o impacto das ocorrências tratadas neste item, a equação econômico-financeira do empreendimento aponta para uma Taxa Interna de Retorno de projeto (não alavancada) de 24,59% (vinte e quatro por cento e cinquenta e nove centésimos por cento).

Ao se descontar os saldos anuais do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), obtém-se o Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 – “zero” (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a R\$ 17.383.274,75 (dezesete milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e setenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), com data-base em outubro de 1998.



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

Registre-se que, no Relatório de Auditoria, a Equipe capitalizou a diferença encontrada, de R\$ 22.637.724,97 (vinte e dois milhões, seiscentos e trinta e sete mil, setecentos e vinte e quatro reais e noventa e sete centavos), com data-base em outubro de 1998, pela TIR do contrato (16,80%), encontrando um valor de cerca de 798 milhões de reais, em 2014.

Após a realização do contraditório e da ampla defesa, a diferença caiu de R\$ 22.637.724,97 para R\$ 17.383.274,75, com data-base em outubro de 1998. Utilizando-se o mesmo procedimento do RA-E, capitalizando essa diferença pela TIR do contrato (16,80%) e atualizando monetariamente pela variação do índice paramétrico contratualmente previsto, encontramos o valor de R\$ 613.388.613,57 em 2014.

É importante deixar claro que o valor foi calculado apenas para fins de ilustração da situação. Isso porque não reflete a situação atual do contrato, mas apenas aquela analisada pela equipe de auditoria em outubro de 2012, levando em conta os argumentos da defesa. Os impactantes eventos ocorridos até a data de finalização desta ITC (por exemplo, diminuição do valor do pedágio por ordem judicial e até mesmo o fim da cobrança) não foram considerados no presente cálculo, cabendo à Arsi apurar o montante real, no momento oportuno, considerando todos os eventos.

Assim sendo, tendo a área técnica tratado do tema com profundidade, pugna o **Ministério Público de Contas** pela manutenção da irregularidade.

#### **IV - DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA**

Impõe-se a expedição de ordem liminar, nos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil, uma vez que estão plenamente caracterizados os seus pressupostos jurídicos, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

A verossimilhança da alegação e o *fumus boni juris* exsurge das máculas insanáveis do procedimento licitatório que incide na nulidade do procedimento licitatório e, por consectário, do contrato celebrado.

Ainda, não podemos olvidar dos descumprimentos contratuais, da ausência de fiscalização, do **sobrepreço tarifário, bem como do exponencial dano que se perpetua dia a dia, em detrimento dos usuários do sistema.**

Já quanto ao preenchimento do requisito do *periculum in mora*, bem como do receio de dano irreparável, observa-se que o dano perpetua-se dia a dia com a nefasta efetivação do contrato, clamando urgência e deve ocorrer com a presteza necessária para que, uma vez concluído, propicie, o quanto antes, o retorno da legalidade tanto para a



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

administração quanto para os usuários da ponte e da rodovia, um atendimento balizado pela real competitividade que deveria ter sido feita no certame e objetivamente compatível com “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”, referidas no art. 6º, §1º, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

## **V - CONCLUSÃO**

Ante o exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**:

**1 - seja deferida, de forma imediata *inaudita altera pars*, a tutela antecipada para determinar ao DIRETOR GERAL da AGÊNCIA DE REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO – ARSI a suspensão imediata do Contrato de Concessão 1/98, abarcando todo o sistema Rodovia do Sol;**

**2 - não cumprida à determinação dessa Corte de Contas, seja comunicado o fato à Augusta Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, sem prejuízo de multa, sendo que esta não tome as medidas cabíveis, o Tribunal de Contas decidirá a respeito<sup>43</sup>.**

**3 – anui em todos os seus termos à proposição da área técnica constante na Instrução Técnica Conclusiva 308/2015, bem como respectivas determinações.**

Vitória, 21 de agosto de 2015.

**LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA**  
Procurador de Contas

---

<sup>43</sup> Art. 71 O controle externo, a cargo da Assembléia (sic) Legislativa ou da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ao qual compete:

[...]

XI - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembléia (sic) Legislativa ou à Câmara Municipal;

[...]

§ 2º - Se a Assembléia Legislativa, a Câmara Municipal ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior o Tribunal de Contas decidirá a respeito.