



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO,

Processo: TC 12529/2014
Assunto: Representação
Data do Protocolo: 20/11/2014
Representante: Ministério Público de Contas
Conselheiro Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

O Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo (MPC-ES), por meio da 3ª Procuradoria de Contas, no exercício de suas funções institucionais, com fundamento no art. 3º, inciso III, da Lei Complementar Estadual 451/2008¹, nos art. 66, inciso IV, 157, 169 e 170 da Lei Complementar Estadual 621/2013² e nos art. 381, 415 e seguintes do Regimento Interno do TCE-ES³, vem interpor

-
- ¹ Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:
[...]
III - interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;
- ² Art. 66. Os prazos referidos nesta Lei Complementar são peremptórios e contam-se, independente da ordem sequencial, a partir da data:
[...]
V - da entrega dos autos, com vista pessoal ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.
Art. 157. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso.
[...]
Art. 169. Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias contado da data da ciência da decisão, na forma estabelecida no Regimento Interno.
Art. 170. A petição de agravo será dirigida diretamente ao Relator e conterá a exposição do fato e do direito, as razões de reforma da decisão e cópia da decisão agravada.
§ 1º Nos casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo pelo Relator, ou pelo Presidente do Tribunal de Contas na hipótese do artigo 127 desta Lei Complementar, *ad referendum* da Câmara ou do Plenário, na primeira sessão subsequente, observada a competência originária.
§ 2º Recebido o agravo, o Relator determinará, se necessária, a instrução do feito no prazo de até dez dias.
§ 3º Encerrada a instrução, e ouvido o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no prazo de até dez dias, o Relator submeterá o agravo à Câmara ou ao Plenário.
- ³ Art. 381. Da decisão que defere ou indefere a medida cautelar caberá agravo.
[...]
Art. 415. Das decisões interlocutórias e terminativas caberá agravo formulado uma só vez, por escrito, no prazo de dez dias.
[...]
Art. 419. A petição de agravo conterá obrigatoriamente:
I - a fundamentação de fato e de direito;
II - as razões de reforma da decisão;
III - cópia da decisão agravada;
IV - a notificação ou comunicação respectiva;



AGRAVO

em face do [Acórdão TC 777/2017](#)⁴, prolatado nos autos da Representação TC 12529/2014 em 14/03/2017 e publicado na edição de 31/03/2017 do Diário Oficial Eletrônico do TCE-ES, por meio do qual o Plenário desta Corte de Contas indeferiu as providências cautelares requeridas pelo MPC-ES e determinou o apensamento dos autos à Representação TC 5591/2013.

V - a procuração outorgada pelo agravante, quando houver interveniência de procurador;

VI - cópia das peças essenciais à compreensão da controvérsia.

⁴

Disponível em:

http://diario.tce.es.gov.br/Pesquisa/OpenSecao?edicaoJornal=DOETCEES_20170331&paginasEncontradas=2,3,4.

Acesso em: 21 abr. 2017.



Sumário

Preâmbulo	1
Sumário.....	3
1 SÍNTESE CRONOLÓGICA DOS FATOS.....	10
1.1 20/06/2013 – Manifestações populares pedem o fim do pedágio na Rodosol	10
1.2 05/07/2013 – Poderes públicos pedem ao Tribunal de Contas a realização de auditoria no contrato de concessão da Rodosol.....	10
1.3 16/07/2013 – Ministério Público de Contas promove aditamento à Representação TC 5591/2013	12
1.4 10/04/2014 – Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas constata graves irregularidades praticadas pela Concessionária Rodovia do Sol.....	16
1.5 22/04/2014 – Resolução da Agência Reguladora suspende a cobrança do pedágio na Terceira Ponte por tempo indeterminado.....	18
1.6 23/04/2014 – Suspensão da cobrança do pedágio é destaque no Diário Oficial do Estado	19
1.7 23/04/2014 – Grupos empresariais acionistas da Rodosol assediam ostensivamente o Tribunal de Contas por meio de informe publicitário	22
1.8 22/09/2014 – Presidente do Tribunal de Contas admite pressões sofridas em razão dos interesses envolvidos na fiscalização do contrato da Rodosol	27
1.9 20/11/2014 – Ministério Público de Contas formula pedido cautelar incidental, requerendo a suspensão imediata do contrato de concessão e a intervenção do Estado na Concessionária Rodovia do Sol	33
1.10 22/12/2014 – Relator determina a notificação da Agência Reguladora e da Concessionária Rodovia do Sol antes de examinar o pedido cautelar incidental	40
1.11 20/01/2015 – Instrução Técnica Conclusiva constata graves irregularidades cometidas pela Concessionária Rodovia do Sol	42
1.12 02/02/2015 – Agência Reguladora presta informações ao Tribunal de Contas, admitindo não possuir prerrogativas para extinguir o contrato de concessão	43
1.13 03/02/2015 – Concessionária Rodovia do Sol presta informações ao Tribunal de Contas	56
1.14 14/04/2015 – Tribunal de Justiça suspende a resolução da Agência Reguladora, determinando a volta da cobrança de pedágio na Terceira Ponte ..	57
1.15 21/08/2015 – Ministério Público de Contas emite parecer requerendo a suspensão imediata do contrato de concessão da Rodosol.....	59



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

1.16 23/02/2017 – Relator encaminha feito à Secex Engenharia para análise dos pressupostos para concessão da medida cautelar incidental	60
1.17 08/03/2017 – Secex Engenharia reconhece a existência dos pressupostos para concessão da medida cautelar incidental pleiteada pelo Ministério Público de Contas, porém propõe seu indeferimento	65
1.18 14/03/2017 – Relator acolhe proposta da Secex Engenharia, reconhecendo o preenchimento dos requisitos para concessão de medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção na Concessionária Rodovia do Sol, porém votando pelo indeferimento do pleito do Ministério Público de Contas	69
1.19 14/03/2017 – Tribunal de Contas segue voto do relator reconhecendo o preenchimento dos requisitos para concessão de medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção na Concessionária Rodovia do Sol, porém indefere o pleito do Ministério Público de Contas.....	75
1.20 03/04/2017 – Ministério Público de Contas recebe feito para ciência da decisão que indeferiu seu pedido cautelar incidental	81
1.21 18/04/2017 – Núcleo de Estudos Conclusivos não acolhe os novos argumentos oferecidos pela Concessionária Rodovia do Sol por ocasião da sustentação oral no Processo TC 5591/2013, mantendo todas as irregularidades	81
MANIFESTAÇÃO TÉCNICA 516/2017	82
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	82
2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA	86
3 QUESTÕES PRÉVIAS - PRELIMINARES	87
3.1 Da “suspensão impositiva” do presente processo em razão de ação judicial em curso – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII)	87
Alegações:	87
Análise:	88
3.2 Da violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa - “direitos constitucionais violados” – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII)	92
Alegações:	92
Análise:	92



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

3.3 Da Decadência – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) e na sustentação oral realizada perante o Plenário desta Corte	95
Alegações:	95
Análise:	113
3.4 Da Coisa Julgada Administrativa – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) e na sustentação oral realizada perante o Plenário desta Corte	128
Alegações:	128
Análise:	132
4 ANÁLISE DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES APONTADOS NA INSTRUÇÃO TÉCNICA INICIAL ITI 256/2014 – REFERENTES AO RELATÓRIO DE AUDITORIA RA-E 10/2014 - EM COTEJO COM AS RAZÕES APRESENTADAS NA OPORTUNIDADE DA SUSTENTAÇÃO ORAL	135
4.1 Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico.....	135
Dos Fatos/Auditoria:.....	135
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	149
Análise:	152
4.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado.....	156
Dos Fatos/Auditoria:.....	156
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	168
Análise:	171
4.3 Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno	174
Dos Fatos/Auditoria:.....	174
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	188
Análise:	190
4.4 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas	193
Dos Fatos/Auditoria:.....	193
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	196



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Análise:	198
4.5 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória	199
Dos Fatos/Auditoria:.....	199
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	201
Análise:	203
4.6 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame	205
Dos Fatos/Auditoria:.....	205
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	209
Análise:	211
4.7 Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação	214
Dos Fatos/Auditoria:.....	214
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	218
Análise:	219
4.8 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação ...	220
Dos Fatos/Auditoria:.....	220
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	222
Análise:	223
4.9 Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo	224
Dos Fatos/Auditoria:.....	224
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	226
Análise:	227
4.10 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte	229
Dos Fatos/Auditoria:.....	229
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	243
Análise:	245
4.11 Expedição ilegal de licença ambiental prévia	248
Dos Fatos/Auditoria:.....	248
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	264
Análise:	265



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

4.12 Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.....	268
Dos Fatos/Auditoria:.....	268
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	272
Análise:	273
4.13 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais.....	273
Dos Fatos/Auditoria:.....	273
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	280
Análise:	283
4.14 Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização	285
Dos Fatos/Auditoria:.....	285
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	289
Análise:	290
4.15 Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária.....	290
Dos Fatos/Auditoria:.....	291
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	295
Análise:	296
4.16 Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro	296
Dos Fatos/Auditoria:.....	296
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	302
Análise:	304
4.17 Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados.....	305
Dos Fatos/Auditoria:.....	305
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	306
Análise:	309
4.18 Obras executadas com qualidade inferior à contratada.....	309
Dos Fatos/Auditoria:.....	309
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	316
Análise:	319



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

4.19 Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio	319
Dos Fatos/Auditoria:.....	319
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	326
Análise:	328
4.20 Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol	328
Dos Fatos/Auditoria:.....	328
Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:	339
Análise:	344
5 ANÁLISE ACERCA DO LAUDO PERICIAL CONSTANTE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 1147553-37.1998.8.08.0024 JUNTADO PELA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A	350
5.1 Análise do “Laudo Econômico” apresentado pela Rodosol em contraponto aos cálculos apresentados no tópico 3.17 da ITC 308/2015	350
a) O primeiro fator ensejador da diferença de valores existente entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é a interpretação jurídica quanto à natureza contratual do risco dos investimentos, bem como o tratamento dado às alterações dos investimentos previstos.....	350
b) O segundo fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é a data de atualização dos valores e da realização da perícia.....	354
c) O terceiro fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é o tipo e a quantidade de eventos considerados pelas duas análises.	355
d) O quarto fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é que o TCEES aponta apenas um cenário	355
e) O quinto fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é que a perícia utiliza uma proposta comercial que não condiz com a constante na licitação, que foi utilizada pelo TCEES	355
5.1.1 Atraso na homologação de reajustes	357
5.1.2 Redução da tarifa da Terceira Ponte	359
5.1.3 Suspensão da cobrança de tarifa na Terceira Ponte	361



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

5.1.4 Isenção do pagamento de tarifa dos veículos do Sistema Transcol	361
5.1.5 Ganhos e perdas no arredondamento de tarifas	363
5.1.6 Ganhos da Concessionária com receitas acessórias	364
5.1.7 Alteração de alíquota de ISS	365
5.1.8 Alteração de alíquota do COFINS	365
5.1.9 Alteração de alíquota do PIS	366
5.1.10 Alteração de alíquota e prazo da CPMF	367
5.1.11 Eliminação da outorga variável e inclusão da TRV	368
5.1.12 Repasse à Polícia Rodoviária	369
5.1.13 Eventos de investimentos	370
5.1.14 Desapropriações	372
5.1.15 Eventos de infraestrutura	373
5.1.16 Outros investimentos – não previstos contratualmente: projeto ampliado	374
5.1.17 Outros investimentos – não previstos contratualmente	374
5.1.18 Cenários apresentados pela perícia	375
6 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS – ATUAÇÃO DESRESPEITOSA DA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A	377
7 CONCLUSÃO	380
2 FUNDAMENTAÇÃO	381
2.1 Da inadequação do apensamento da Representação TC 12529/2014 à Representação TC 5591/2013	381
2.2 Do reconhecimento, por parte do Tribunal de Contas, do preenchimento dos requisitos para concessão de medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção na Concessionária Rodovia do Sol	383
3 PEDIDOS	388
Rol de Documentos Anexos	394



1 SÍNTESE CRONOLÓGICA DOS FATOS

1.1 20/06/2013 – Manifestações populares pedem o fim do pedágio na Rodosol

Em **20/06/2013**, 100 mil pessoas ocupam as ruas para protestar contra a corrupção e exigir dos poderes públicos, uma vez mais, esclarecimentos definitivos acerca da exploração econômica das concessões da Terceira Ponte e do Sistema Rodovia do Sol, dentre outras pautas de igual relevância. Pontes e palácios da capital capixaba são tomados pelo povo na maior e mais bela manifestação democrática já vista em solo espírito-santense. **A pressão popular – enquanto não neutralizada ou estrategicamente desencorajada pelos meios ordinários de controle social – demonstraria ser a única força capaz de promover mudanças efetivas no Estado do Espírito Santo.**

1.2 05/07/2013 – Poderes públicos pedem ao Tribunal de Contas a realização de auditoria no contrato de concessão da Rodosol

Na sequência, em **05/07/2013**, em resposta ao insustentável clamor das manifestações populares, o Poder Executivo, o Ministério Público Estadual e a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI) requerem ao Tribunal de Contas a realização de Auditoria Extraordinária no Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol nos seguintes termos:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Estado do Espírito Santo

5591/13
LS. 02

**EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESPÍRITO SANTO**

O **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pelo Exmo. Senhor Governador, José Renato Casagrande, e pelo Exmo. Senhor Procurador Geral do Estado, Rodrigo Marques de Abreu Júdice, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pelo Exmo. Senhor Procurador Geral de Justiça e demais Promotores de Justiça que subscrevem, e a **AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO – ARSI**, representada pelo Ilmo. Senhor Diretor Geral, Luiz Paulo de Figueiredo, vem **REQUERER**, no exercício de suas competências constitucionais e legais, a instauração de **AUDITORIA EXTRAORDINÁRIA** nos termos que subseguem.

O presente requerimento tem como objetivo a instauração de auditoria extraordinária no Contrato de Concessão nº 001/1998, referente ao Sistema Rodovia do Sol e que engloba a Ponte Deputado Darcy Castelo de Mendonça (3ª Ponte) e a Rodovia ES-060.

A auditoria poderá ser integralmente acompanhada, inclusive na formulação dos quesitos a serem apreciados e na execução dos trabalhos técnicos, pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e pela Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo, que deverão designar os respectivos representantes para tal finalidade.

A auditoria deverá ter como objeto 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 - nº 0009022-02.2009.8.08.0024



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Estado do Espírito Santo

5591/13
LS. 03

(024.09.009022-6) e nº 0010720-43.2009.8.08.0024 (024.09.010720-2), que tramitam na 2ª
Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual de Vitória.

Vitória (ES), 05 de julho de 2013.

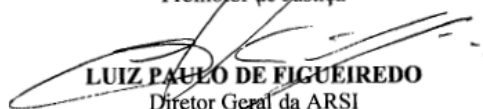

JOSÉ RENATO CASAGRANDE
Governador do Estado


RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE
Procurador Geral do Estado


EDER PONTES DA SILVA
Procurador Geral de Justiça


SANDRA LENG RUBER DA SILVA
Promotora de Justiça


MARCELO DEMOS VIEIRA
Promotor de Justiça


LUÍZ PAULO DE FIGUEIREDO
Diretor Geral da ARSI

O referido requerimento de Auditoria Extraordinária foi recebido pelo TCE-ES como Representação, sendo autuada sob o número TC 5591/2013.

1.3 16/07/2013 – Ministério Público de Contas promove aditamento à Representação TC 5591/2013

Em complemento ao pleito dos poderes públicos, em **16/07/2013** – portanto, há quase 4 anos – o Ministério Público de Contas formulou [Aditamento à](#)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

[Representação TC 5591/2013](#)⁵, pugnando ao TCE-ES que, caso o relatório conclusivo da auditoria a ser realizada no Sistema Rodovia do Sol apontasse para a existência de irregularidade que, de algum modo, tornasse ilegal, ilegítimo ou antieconômico, no todo ou em parte, o preço das tarifas dos pedágios do Sistema Rodovia do Sol, **determinasse ao órgão ou autarquia estadual competente, ao tempo do conhecimento do teor do relatório, a suspensão imediata da cobrança dos pedágios, no todo ou em parte, até deliberação final por parte desta Corte de Contas, preenchidos os requisitos para concessão da referida medida cautelar.** *In verbis*:

3 ADITAMENTO À REPRESENTAÇÃO TC-5591/2013

Pelas razões expostas, de forma não exaustiva e ciente das limitações cognitivas decorrentes da autonomia no exercício do controle externo constitucionalmente reservado a esta Corte de Contas, o Ministério Público de Contas apresenta pontos que, ao seu juízo, devem integrar o plano de auditoria do contrato de concessão da Rodovia do Sol, objeto da Representação TC-5591/2013, além de outras providências que entende serem pertinentes.

Considerando a imprescritibilidade dos danos ao erário, bem com a prerrogativa institucional desta Corte de Contas de exercer o controle externo com independência e transparência, o Ministério Público de Contas requer a este Tribunal que:

- 1) Com fundamento no inciso I do art. 3º da Lei Complementar Estadual n.º 451/2008, assim como no inciso VI do § 1º do art. 99 da Lei Complementar Estadual n.º 621/2012, conheça da presente como aditamento à Representação TC-5591/2013 ou, sucessivamente, como procedimento fiscalizatório autônomo, aplicando-lhe, neste caso, o mesmo procedimento especial de análise dos critérios de admissibilidade infligido àquela Representação;
- 2) Liminarmente, notifique o Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), autarquia responsável pela regulação, controle e fiscalização do Contrato n.º 001/1998, para apresentar, em prazo a ser definido pelo Plenário, cópia dos documentos fiscais fornecidos pela Concessionária Rodovia do Sol, referentes às despesas efetivamente realizadas com a manutenção da Terceira Ponte nos últimos doze meses, acompanhados de cópia do correspondente plano de manutenção preventiva e de eventuais manutenções não previstas, suficientes à comprovação da correção do valor reduzido e provisório do pedágio, apresentado pela ARSI ao juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública

⁵ Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/2013/07/ministerio-publico-de-contas-propoe-ao-tce-es-aditamento-a-auditoria-a-ser-realizada-no-contrato-da-rodosol/>. Acesso em: 22 abr. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Estadual de Vitória, em cumprimento à decisão liminar prolatada nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPEES), haja vista que, em regra, o cálculo da parcela da tarifa, referente às despesas com manutenção preventiva, deve ter como base valores reais e atuais, despendidos mensalmente pela concessionária, conquanto passíveis de reajustes periódicos que visem à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

3) Liminarmente, notifique o Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI) para apresentar, em prazo a ser definido pelo Plenário, cópia da documentação que serviu de suporte para o cálculo do valor provisório da tarifa do pedágio da Terceira Ponte, bem como a metodologia e procedimento utilizados, cuja aplicação resultou numa redução de 57,89% no preço da tarifa;

4) Liminarmente, notifique o Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI) para que, no prazo estabelecido pelo Plenário, publique no sítio eletrônico da autarquia – com link em destaque na página principal –, todos os documentos necessários à aferição, por parte da sociedade, da correção dos valores das tarifas dos pedágios do Sistema Rodovia do Sol, incluindo a íntegra do contrato de concessão, seus aditamentos e anexos, bem como todas as planilhas de custo que embasaram a definição dos preços cobrados dos usuários durante todo o período de concessão;

5) Liminarmente, delibere sobre a possibilidade de disponibilizar, por meio do Portal do TCEES, a íntegra dos documentos constantes nos autos da Representação TC-5591/2013, à medida que forem sendo encartados, como forma promover a transparência do controle externo realizado por este Tribunal de Contas não só aos seletos cidadãos que acompanharão os trabalhos da auditoria, mas a toda sociedade capixaba.

6) Inclua no plano de auditoria da Representação TC-5591/2013 os seguintes pontos:

6.1) Análise das despesas realizadas com a construção da Terceira Ponte, objetivando conhecer seu custo total, forma de financiamento, bem como eventual amortização ainda em curso que esteja impactando no preço da tarifa do pedágio, de modo a dar uma resposta definitiva à sociedade acerca do valor final da referida obra de engenharia;

6.2) Análise de todos os procedimentos licitatórios que ensejaram a celebração dos contratos de concessão da Terceira Ponte e do Sistema Rodovia do Sol como um todo – fases interna e externa – e não apenas o certame que culminou na formalização do Contrato de Concessão n.º 001/1998;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

6.3) Análise por parte do Núcleo de Engenharia e Obras Públicas (NEO) do custo efetivo de manutenção mensal da Terceira Ponte e de todo o sistema viário que compõe a Rodovia do Sol;

6.4) Análise da evolução histórica de todos os componentes econômicos que integram o preço da tarifa do pedágio da Terceira Ponte, dando-se especial ênfase à legalidade da inclusão, no valor cobrado, dos investimentos realizados pela concessionária na duplicação da Rodovia do Sol, estimados em R\$ 380 milhões, acrescidos dos R\$ 11 milhões originários da inclusão no contrato de concessão da dívida remanescente do Estado com a Organização de Rodovias Ltda. (ORL);

6.5) Análise quanto à legalidade, legitimidade e economicidade da inclusão do saldo da dívida adquirida com a ORL, decorrente da construção da Terceira Ponte, no contrato de concessão firmado com o consórcio que atualmente administra o Sistema Rodovia do Sol;

6.6) Análise dos relatórios das auditorias realizadas no Sistema Rodovia do Sol nos anos de 2003 e de 2008, cujos resultados subsidiaram as ações empreendidas pela Administração Pública Estadual em relação ao referido sistema viário, cotejando-os com o relatório conclusivo da auditoria a ser realizada pelo TCEES;

6.7) Análise quanto à legalidade da inclusão da Terceira Ponte no sistema viário Rodovia do Sol, fato que tem legitimado a cobrança do pedágio entre Vila Velha e Vitória, cuja receita auferida pela concessionária vem sendo utilizada para custear investimentos e manutenção em trecho diverso, já contemplado com praça de pedágio própria (Vila Velha/Guarapari);

6.8) Análise quanto à legalidade da negociação feita com a concessionária que resultou na exoneração de sua responsabilidade em relação às obras do Canal Bigossi, medida supostamente adotada com o propósito de manter congelada a tarifa do pedágio da Terceira Ponte;

7) Notifique a Diretora Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER-ES), autarquia estadual com personalidade jurídica própria e responsável pelo acompanhamento do contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol até o ano de 200923, para que, no prazo de 10 dias, apresente a esta Corte de Contas cópia de toda a documentação relacionada ao objeto da auditoria, porventura ainda mantida sob sua guarda, oportunizando-lhe, também, o direito de formular quesitos;

8) Caso o relatório conclusivo da auditoria a ser realizada no Sistema Rodovia do Sol aponte para a existência de irregularidade que, de algum modo, torne ilegal, ilegítimo ou antieconômico, no todo ou em parte, o preço das tarifas dos pedágios da mencionado sistema viário, determine ao órgão ou autarquia estadual competente, ao tempo do conhecimento do teor do relatório, a suspensão imediata da cobrança dos pedágios, no todo ou em parte, até deliberação final por parte desta Corte de Contas,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

preenchidos os requisitos para concessão da referida medida cautelar;

Vitória, 15 de julho de 2013.

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA
Procurador do Ministério Público de Contas

LUCIANO VIEIRA
Procurador do Ministério Público de Contas

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas

1.4 10/04/2014 – Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas constata graves irregularidades praticadas pela Concessionária Rodovia do Sol

Em **10/04/2014**, a equipe multidisciplinar de auditores de controle externo do TCE-ES conclui o [Relatório de Auditoria RA-E 10/2014](#)⁶ (fl. 10303 a 10889 do Processo TC 5591/2013), revelando à sociedade capixaba uma parcela significativa do universo de irregularidades praticadas pelos grupos empresariais **COIMEX**, **TERVAP PITANGA**, **A. MADEIRA** e **URBESA ARARIBOIA** – únicos acionistas da **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** – na exploração econômica da concessão do Sistema Rodovia do Sol:

⁶ Disponível em:

- <http://www.mpc.es.gov.br/2014/04/relatorio-de-auditoria-aponta-falhas-em-contrato-de-concessao-do-sistema-rodosol/>. Acesso em: 21/04/2017.
- <http://www.mpc.es.gov.br/2014/05/relatorio-de-auditoria-no-sistema-rodosol-e-detalhado-para-facilitar-busca-por-informacoes/>. Acesso em: 21/04/2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2	ACHADOS DE AUDITORIA	10355
2.1	Questão prévia: Prescrição	10355
2.2	Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico [QA02]	10358
2.3	Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado [QA03]	10372
2.4	Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno [QA04]	10382
2.5	Restrição ilegal do caráter competitivo do certame [QA5]	10396
2.5.1	Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas	10397
2.5.2	Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória	10399
2.5.3	Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame	10401
2.5.4	Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação	10406
2.5.5	Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação	10409
2.5.6	Exigência de garantia de manutenção de Proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo	10411
2.6	Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte [QA06]	10414
2.7	Expedição ilegal de licença ambiental prévia [QA08]	10428
2.8	Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro [QA12]	10443
2.9	Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais [QA16]	10447
2.10	Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização [QA17]	10453
2.11	Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária [QA18]	10458
2.12	Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro [QA21]	10463
2.13	Fiscalização deficiente do Poder Concedente [QA21]	10471
2.14	Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados [QA23]	10477
2.15	Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria [QA30]	10479
2.16	Obras executadas com qualidade inferior à contratada [QA13]	10483
2.17	Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio [QA13; QA15; QA24; QA25; QA26; QA27]	10490
2.18	Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol [QA31]	10498



1.5 22/04/2014 – Resolução da Agência Reguladora suspende a cobrança do pedágio na Terceira Ponte por tempo indeterminado

Motivada pelas gravíssimas irregularidades constatadas pela equipe multidisciplinar de Auditores de Controle Externo do TCEES, a Diretoria Colegiada da ARSI, instância maior de decisão dessa Agência Reguladora, expediu em **22/04/2014** a [Resolução nº 30/2014](#)⁷, suspendendo a cobrança de tarifa de pedágio **apenas** na Praça da Ponte Darcy Castello de Mendonça, a partir da zero hora do dia 23 de abril de 2013, e determinando a abertura de processo administrativo com o propósito de apurar supostas irregularidades cometidas pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.:**

⁷ Disponível em:
<http://ioes.dio.es.gov.br/busca/#/p=1&q=%22A%20Diretoria%20Colegiada%20da%20Ag%C3%A2ncia%22&di=20140423&df=20140423&f=true>. Acesso em: 22 abr. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

RESOLVE:

ART. 1º - Suspender a cobrança de tarifas de pedágio na Praça da Ponte Darcy Castello de Mendonça, a partir da zero hora do dia 23 de Abril de 2014;

Parágrafo Único. Apesar da suspensão da cobrança das tarifas, permanecem em vigor as obrigações contratuais da Concessionária Rodovia do Sol S/A no que tange a recuperação, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração do Sistema Rodovia do Sol.

ART 2º - Abrir processo administrativo em face da Concessionária Rodovia do Sol S/A a fim de apurar as supostas irregularidades atribuídas a esta, dando-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pela vigente Constituição Federal.

ART. 3º - Esta resolução entra em vigor a partir da data de sua assinatura.
Vitória/ES, 22 de Abril de 2014.

LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO
Diretor Geral

ISABELA FINAMORE FERRAZ
Diretora Administrativa e Financeira

FERNANDO ELIAS MIGUEL ASSAD
Diretor Técnico
Protocolo 45836

Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo - ARSI -

RESOLUÇÃO ARSI Nº 030/2014,
DE 22 DE ABRIL DE 2014.

ESTABELECE A SUSPENSÃO DA COBRANÇA DAS TARIFAS DE PEDÁGIO NA PRAÇA DA PONTE DARCY CASTELLO DE MENDONÇA.
A Diretoria Colegiada da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo - ARSI, no uso de suas atribuições legais e, nos termos do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 001/1998, e, no disposto no Inciso X do art. 6º e no art. 17 da Lei Complementar nº 477, de 29 de Dezembro de 2008,

Considerando a divulgação do Relatório Inicial da Auditoria do Tribunal de Contas de nº RA-E 10/2014, onde preliminarmente são apontadas diversas irregularidades no processo licitatório que deu origem ao Contrato de Concessão Rodoviária 01/98, entre o Estado do Espírito Santo e a Concessionária Rodovia do Sol;

Considerando o interesse dessa Agência Reguladora em preservar o erário público e os princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, em especial os princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da modicidade das tarifas;

1.6 23/04/2014 – Suspensão da cobrança do pedágio é destaque no Diário Oficial do Estado

A suspensão da cobrança do pedágio na Terceira Ponte foi destaque na edição de **23/04/2014** do Diário Oficial dos Poderes do Estado (DIO-ES), que atribuiu a decisão proferida pela Agência Reguladora ao então governador José Renato Casagrande. À época da publicação, a diretora presidente do DIO-ES era a Srª



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Miriam Scárdua, nomeada para o cargo pelo então governador José Renato Casagrande.

Conquanto S. Ex.^a tenha se pronunciado nesse sentido em diversas entrevistas concedidas aos veículos de comunicação locais⁸, este Órgão Ministerial não tem conhecimento de ato administrativo emitido pelo chefe do Poder Executivo determinando a suspensão do pedágio da Terceira Ponte:



[Entrevista concedida à Rádio CBN Vitória](#)



[Entrevista concedida no Palácio Anchieta](#)



[Debate TV Capixaba – Eleições 2014](#)



[Entrevista concedida no Palácio Anchieta](#)

⁸ Disponíveis em:

- <https://www.youtube.com/watch?v=YfQnQ-9DG8Y>;
- <https://www.youtube.com/watch?v=aBMywGG9p3E>;
- <https://www.youtube.com/watch?v=rDlwSKp2NUI>; e
- <https://www.youtube.com/watch?v=SHPVenkN3xE>. Acessos em: 23 abr. 2017.



MÚSICA

A Faculdade de Música do Espírito Santo (Fames) e a Secretaria Municipal de Cultura e Turismo de Vila Velha realizam, nesta quarta-feira (23), a segunda edição do Dia Nacional do Choro, no município. A Prainha foi o local escolhido para sediar o evento, celebrado na data de nascimento do músico Pixinguinha. A programação reunirá apresentações dos grupos Choro Jovem da Fames, Oficina de Choro da Fames, Raimundo Machado, Fernando Duarte e Carne de Gato. Toda a programação é gratuita. Página 6



ASCOM/FAMES

Mais de R\$ 5,8 mi em investimentos em São Gabriel e Vila Valério

Página 4

Moradores de Jacaraípe recebem a visita do Procon Móvel

Página 5

Aplicativo indica melhor opção de posto de combustível

Página 7

Governo do Espírito Santo suspende cobrança de pedágio na Terceira Ponte



CACÁ LIMA

>>> Terceira Ponte: pedágio suspenso

O anúncio foi feito na tarde de ontem pelo governador Renato Casagrande

>>> O Governo do Espírito Santo anunciou, na tarde de ontem, a suspensão da cobrança de pedágio na Terceira Ponte. Será realizado um estudo, no prazo máximo de 30 dias, do relatório preliminar divulgado pelo Tribunal de Contas para definir outras medidas administrativas cabíveis. As informações foram dadas à imprensa pelo governador Renato Casagrande, que estava acompanhado do diretor geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (Arsi) Luiz Paulo de Figueiredo e do secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas Fábio Damasceno. A suspensão da cobrança da tarifa na Praça de Pedágio da Terceira Ponte observou o relatório inicial da Auditoria do Tribunal de Contas, onde preliminarmente são apontadas diversas irregularidades no processo licitatório que deu origem ao contrato de concessão rodoviária 01/98 entre o Estado do Espírito Santo e a concessionária Rodovia do Sol. "A nossa decisão foi baseada na instrução técnica do Tribunal de Contas, que apontou desequilíbrio no Contrato da Ponte", afirmou o governador. Página 3

AÇÕES DE GOVERNO



Governador Renato Casagrande suspende pedágio na Terceira Ponte

Será realizado um estudo do relatório preliminar divulgado pelo TCES para definir outras medidas administrativas cabíveis

O Governo do Espírito Santo anunciou, na tarde de ontem, a suspensão da cobrança de pedágio na Terceira Ponte. Será realizado um estudo, no prazo máximo de 30 dias, do relatório preliminar divulgado pelo Tribunal de Contas para definir outras medidas administrativas cabíveis.

As informações foram dadas à imprensa pelo governador Renato Casagrande, que estava acompanhado do diretor geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (Arsi) Luiz Paulo de Figueiredo e do secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas Fábio Damasceno.

A suspensão da cobrança da tarifa na Praça de Pedágio da Terceira Ponte observou o relatório inicial da Auditoria do Tribunal de Contas, onde preliminarmente são apontadas diversas irregularidades no processo licitatório que deu origem ao contrato de concessão rodoviária 01/98 entre o Estado do Espírito Santo e a concessionária Rodovia do Sol.

"A nossa decisão foi baseada na instrução técnica do Tribunal de Contas, que apontou desequilíbrio no Contrato da Ponte. **Determinamos a suspensão do pedágio e a manutenção do sistema, ao mesmo tempo em que estudaremos em até 30 dias outras medidas administrativas cabíveis. O importante é que o Estado não ficará no prejuízo**



>>> Governador Renato Casagrande: "Determinamos a suspensão do pedágio e a manutenção do sistema, ao mesmo tempo em que estudaremos em até 30 dias outras medidas administrativas cabíveis. O importante é que o Estado não ficará no prejuízo"

juízo", afirmou o governador.

O governador lembrou ainda que a decisão preliminar foi tomada para proteger a população capixaba que usa os

serviços e que serão observados os dados finais da auditoria e a decisão da Justiça sobre o tema.

De acordo com o diretor geral da

Arsi, Luiz Paulo de Figueiredo, a medida permite a manutenção da prestação dos serviços oferecidos aos usuários do Sistema Rodovia do Sol.

1.7 23/04/2014 – Grupos empresariais acionistas da Rodosol assediam ostensivamente o Tribunal de Contas por meio de informe publicitário

Mediante suposto "informe publicitário" publicado no Jornal A Tribuna, edição de 23/04/2014, (posteriormente, também em A Gazeta, edição de 13/10/2016), os grupos empresariais **COIMEX, TERVAP PITANGA, A. MADEIRA e URBESA**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ARARIBOIA, únicos acionistas da **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**, assediam de forma ostensiva o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

A utilização de informes publicitários para veicular nota pública de desagravo dos grupos empresariais acionistas da **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** consubstancia inequívoco desvio de finalidade e uso indevido não só da aplicação das verbas destinadas às despesas com comunicação social da concessionária de serviço público, mas também, e principalmente, da própria sociedade de propósitos específicos por parte dos grupos **COIMEX, TERVAP PITANGA, A. MADEIRA e URBESA ARARIBOIA**, circunstância que corrobora as constatações do MPC-ES lançadas na Representação TC 8336/2016 – e objeto, inclusive de específico pedido cautelar⁹ –, segundo as quais a sociedade de propósitos específicos **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** vem sendo utilizada, desde a sua constituição, ocorrida em 30/11/1998, como “empresa de fachada” para camuflar irregularidades praticadas no processo licitatório e na exploração da concessão

⁹ “Devido à utilização indevida da **SPE Concessionária Rodovia do Sol S.A.** como instrumento para evitar a imputação de responsabilidades, nenhuma dessas 12 empresas foi efetivamente incomodada pelas fiscalizações realizadas na concessão até o momento, apesar de terem causado um prejuízo milionário aos usuários do Sistema Rodovia do Sol e ao Estado do Espírito Santo em razão da entrega de obras com qualidade inferior à contratada⁸⁴⁶, gerando um prejuízo que supera em muito os **R\$ 613 milhões** já calculados pelo TCEES.

Conforme já demonstrado, o **capital social** da **SPE Concessionária Rodovia do Sol S.A.** é mantido em **R\$ 48,1 milhões**, sendo, portanto, insuficiente para cobrir os danos já calculados (equivalentes a doze vezes o capital social), mesmo sem considerar os pendentes de apuração.

(...)

CONSIDERANDO que o **capital social** da **SPE Concessionária Rodovia do Sol S.A.**, empresa que atualmente opera a concessão do Sistema Rodovia do Sol **em nome e sob a responsabilidade do CONSÓRCIO LOCAL**, totalizava em 31 de dezembro de 2014 a quantia **R\$ 48.100.000,00** (quarenta e oito milhões e cem mil reais), não sendo, portanto, suficiente para arcar com a indenização que caberia ao Estado do Espírito Santo no caso de extinção da concessão em razão do irremediável desequilíbrio econômico-financeiro constatado, cujo montante em **outubro de 2013**, segundo cálculos realizados pelo Ministério Público de Contas com base em hipótese e metodologia constantes no **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**, alcançava aproximadamente **R\$ 62.457.450,00** (sessenta e dois milhões, quatrocentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e cinquenta reais), **valor no qual não foram consideradas as demais ocorrências de desequilíbrio econômico-financeiro verificadas pela equipe técnica no TCEES e pendentes de avaliação econômica**, nas quais se incluem, por exemplo, a quantia necessária à reconstrução de praticamente todas as obras viárias do Sistema Rodovia do Sol (cuja responsabilização pelo ressarcimento integra o objeto desta Representação), circunstâncias que, em seu conjunto, sinalizam a possibilidade de **requerimento de falência por parte da SPE Concessionária Rodovia do Sol S.A.** ante a **insuficiência do patrimônio da operadora para honrar com suas obrigações financeiras, calculadas e a calcular, medida extrema que, conquanto ineficaz, poderia ser utilizada pelos grupos econômicos integrantes do CONSÓRCIO LOCAL, controladores da SPE, para tentar se eximir de suas responsabilidades perante o Estado do Espírito Santo e os usuários do sistema;**

(...)

c) **Decretar a indisponibilidade de bens das pessoas físicas e jurídicas responsáveis**, objetivando assegurar o integral ressarcimento dos danos suportados pelo Estado do Espírito Santo decorrentes das obras entregues com qualidade inferior à contratada;”

Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/ministerio-publico-de-contas-denuncia-cartel-fraude-e-transferencia-irregular-na-concessao-da-rodosol/>. Acesso em: 25 abr. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

estadual, dentre elas a transferência irregular da concessão e a construção de obras com qualidade inferior à contratada, bem como para blindar os grupos econômicos acionistas dos riscos e das responsabilidades administrativas, civis, criminais e políticas.

Os detalhes da atuação dos grupos **COIMEX, TERVAP PITANGA, A. MADEIRA, URBESA ARARIBOIA** e **BANCO RURAL** se encontram minuciosamente descritos na [Representação TC 8336/2016](#) do MPC-ES e sintetizados sob a forma de [Apresentação em Power Point](#), disponibilizadas no portal deste Ministério Público de Contas na página da respectiva notícia¹⁰

O tom sobranceiro e descortês adotado pelos grupos capixabas nos informes publicitários divulgados em nome da empresa controlada **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** dá a exata dimensão da suposta autoridade de que desfrutam junto a algumas instituições e agentes públicos estaduais, constatação revelada em detalhes não apenas pela Representação do MPC-ES, mas também pelo Relatório Final da CPI da Rodosol de 2004 e pelo Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 do Tribunal de Contas:

¹⁰ Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/ministerio-publico-de-contas-denuncia-cartel-fraude-e-transferencia-irregular-na-concessao-da-rodosol/>. Acesso em: 25 abr. 2017.



INFORME PUBLICITÁRIO

ESTÃO MENTINDO PARA O POVO DO ESPÍRITO SANTO

A RodoSol recebeu **R\$ 632 milhões** em 14 anos

A RodoSol gastou **R\$ 520 milhões** em 14 anos

A RodoSol teve **um lucro de R\$ 112 milhões** em 14 anos

Ora, como pode uma empresa que recebeu R\$ 632 milhões ter levado vantagem de R\$ 800 milhões?

A SOCIEDADE PRECISA SABER DESSA MENTIRA.

As informações que serviram de base para a suspensão da cobrança do pedágio da Terceira Ponte, produzidas irresponsavelmente pelo Tribunal de Contas, são mentirosas e repletas de nulidades.

Entre as mais absurdas, está a afirmação fantasiosa de que a RodoSol teria levado vantagem de R\$ 798 milhões, soma que é muito superior aos R\$ 632 milhões recebidos pela empresa nos 15 anos da concessão.

É igualmente falsa a informação do relatório preliminar do Tribunal de que houve sobrepreço na tarifa básica da concessão. O preço apresentado na concorrência foi, inclusive, inferior ao valor estabelecido pelo Governo do Estado, no Edital da época.

Vale lembrar que o mesmo Tribunal de Contas, na auditoria realizada em 2010, nada de irregular apontou no mesmo contrato da RodoSol. Outros três estudos já realizados sobre o tema (CPI da Assembleia Legislativa, Fundação Getúlio Vargas e Auditoria Geral do Governo do Estado) igualmente nada encontraram de errado no contrato.

Uma das auditorias foi presidida e conduzida pelo hoje conselheiro do Tribunal de Contas Sebastião Ranna em 2005, na época Auditor Geral do Estado. Naquela auditoria, nenhuma irregularidade foi identificada, procedendo-se à assinatura de Termo Aditivo para reequilíbrio do contrato, com reconhecimento expresso de que a concessionária estava sendo prejudicada em R\$ 157 milhões.

Portanto, se agora o Tribunal de Contas aponta irregularidades no mesmo contrato, não poderia ter deixado de intimar o conselheiro Sebastião Hanna para apresentar defesa ou esclarecimento, a exemplo do que fez com as autoridades que participaram da elaboração e da fiscalização do contrato.

Sem ter tido direito de defesa, o que constitui grave violação de princípio básico de Direito, a RodoSol julga importante denunciar a conduta irresponsável do Tribunal de Contas na divulgação de um relatório preliminar repleto de nulidades, números irreais e desrespeito às leis.

Trata-se de uma autêntica e absurda condenação prévia, que tem como vítimas, além da própria empresa, os usuários do Sistema RodoSol, o Estado de Direito, a segurança jurídica, bem como os contribuintes do Estado do Espírito Santo.

RODOSOL



RODOSOL

BASTA DE MENTIRAS!!!

"Não há mentiras mais poderosas do que os mitos, e nem verdades mais frágeis do que aquelas que ninguém quer ouvir."

INFORME PUBLICITÁRIO

A partir do mantra de que "a Terceira Ponte já está paga" foi construída oposição, persistente, ao projeto de duplicação da Rodovia do Sol, que solucionou o grave problema de ligação rodoviária entre Vitória e Guarapari.

O último ataque a essa concessão é uma representação do Procurador de Contas, divulgada pela imprensa antes mesmo de seu protocolo ou notificação aos atingidos por ela, insultando a RODOSOL, seus acionistas e inúmeras pessoas, entidades, autoridades e servidores públicos, não poupando sequer os falecidos.

A postura desrespeitosa não surpreende, pois até o Poder Judiciário sofreu com suas ofensas, quando em manifestação recente, o Procurador de Contas classificou como "**excrescência jurídica**" a solicitação feita pela 2ª Vara de Fazenda Pública para que o Tribunal de Contas atuasse como auxiliar da Justiça.

Embora não passe de peça de ficção, montada sobre mentiras e grosseiros equívocos, a repercussão dada a essa representação exige pronta resposta da concessionária e de seus acionistas, ante seu evidente propósito de denegrir a imagem dos sócios, da empresa e de todas as autoridades que de qualquer forma participaram da concepção e execução desse projeto de concessão.

Como se detalha abaixo exemplificativamente essas ofensas partem de mentiras, incompatíveis com a seriedade e responsabilidade que se esperaria de alguém que exerce função tão relevante.

1) **Primeira mentira** - Alegação de que a Servix Engenharia seria empresa "laranja".

A verdade - A Servix (integrante do grupo Rural) era uma das maiores empresas de obras rodoviárias do Brasil, sediada em Minas Gerais. E ao tempo já participava de outras concessões rodoviárias, no Rio Grande do Sul e em São Paulo. Em 1998 venceu a concorrência e constituiu a Rodosol como sociedade de propósito específico para atuar como concessionária, como exigia o edital. Naquele momento implantou a empresa, que teve diretores, gerentes e técnicos, inclusive o Presidente do Conselho de Administração, trazidos pela Servix para o Espírito Santo.

As empresas locais adquiriram inicialmente ações preferenciais da Rodosol sem direito a voto, fato comunicado ao poder concedente, o DER-ES.

Com prévia autorização do Poder Concedente ampliaram sua participação na sociedade, vindo a concluir a aquisição do seu controle no final de 2001.

É lamentável que, mais de dez anos após esses fatos, se venha criticar e levantar suspeita, de forma escandalosa, sobre operação comercial transparente, feita com autorização prévia do poder concedente.

2) **Segunda mentira** - Alega supostas irregularidades na concorrência pública e no contrato de concessão.

A verdade - Ação popular proposta em 1998 para anulação da concorrência e do contrato foi **julgada improcedente** por sentença de mérito, confirmada por unanimidade pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado, **com parecer favorável do Ministério Público Estadual** e mantida pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça.

3) **Terceira mentira** - As obras de duplicação e prolongamento da rodovia teriam sido executadas com pavimento com menos de dez centímetros de espessura.

A verdade - A espessura da capa asfáltica constante do projeto executivo aprovado pelo DER-ES era de cinco centímetros e assim foi executada, espessura essa, acima das especificações de todas as rodovias estaduais.

A execução das obras foi minuciosamente acompanhada pelo DER-ES, e foram por ele recebidas em 2002, com reconhecimento de sua boa qualidade, conforme contratado.

Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Espírito Santo aprovaram, por unanimidade, em 28 de Janeiro de 2010, após a longa Auditoria Extraordinária TC 4574/09, todos os atos de fiscalização desse contrato de concessão, que competia ao DER-ES, dando quitação aos dirigentes daquela autarquia.

4) **Quarta mentira** - Aponta a existência de uma ação de improbidade administrativa contra um de seus acionistas por ter realizado obra emergencial com dispensa de licitação.

A verdade - Essa ação foi **julgada totalmente improcedente**.
A representação oculta isso.

5) **Quinta mentira** - Alega-se a existência de uma ação penal por alegado superfaturamento de obras de construção de ginásios esportivos, proposta contra sócio e administradores de uma de suas acionistas (ação penal nº 300 no STJ).

A verdade - O autor da representação sequer respeita a Corte de Contas a que serve, pois a lisura dessas obras foi aprovada pelo Tribunal de Contas do Estado (Acórdão TC-033/2013, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, publicado em 25 de Fevereiro de 2013).

A denúncia sequer foi recebida pelo Superior Tribunal de Justiça contra os sócios e administradores dessa acionista.

Outrossim, todas as demais pessoas denunciadas relativamente a essa acusação **foram recentemente absolvidas pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça**.

A representação mente, ocultando esses fatos.

6) **Sexta mentira** - O Procurador de Contas repete a acusação de que o contrato de concessão está desequilibrado em favor da Rodosol.

A verdade - Perícia judicial realizada por determinação da 2ª. Vara de Fazenda Pública Estadual de Vitória desmente totalmente essa afirmação, concluindo que a Rodosol é credora.

A representação mente, ocultando esse fato.

Essa representação, caluniosa e de motivação inexplicada, somente desfavorece a necessária recuperação do clima de segurança jurídica e de respeito aos contratos que o Espírito Santo precisa para recuperação da sua economia.

A RODOSOL adotará as providências judiciais e administrativas cabíveis ante essa irresponsável atitude.

Concessionária Rodovia do Sol S.A



1.8 22/09/2014 – Presidente do Tribunal de Contas admite pressões sofridas em razão dos interesses envolvidos na fiscalização do contrato da Rodosol

Por sua vez, em **22/09/2014**, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, por meio de seu presidente, conselheiro Domingos Augusto Taufner, primeiro relator para o Processo TC 5591/2013, ao fornecer informações ao Ministério Público Estadual para instruir o **Inquérito Civil MPES 2014.0026.5569-16**, procedimento investigatório instaurado com o propósito de apurar supostas irregularidades relacionadas à estrutura de cargos comissionados da Corte de Contas capixaba, **reconhece a existência de pressões sofridas pelo TCE-ES durante a fiscalização da concessão do Sistema Rodovia do Sol em razão dos interesses envolvidos, assinalando, ainda, a importância das manifestações e da pressão popular permanente para a conclusão bem sucedida da atividade fiscalizatória, in verbis:**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



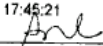
104



Ministério Público do Estado do Espírito Santo

Protocolo: 42627 / 2014

Data: 22/09/2014 17:45:21

Ass.: 
SUPERUSUÁRIO

OF.GPTC.Nº 473/2014

Vitória, 22 de setembro de 2014.

A Sua Excelência o Senhor
EDER PONTES DA SILVA
Procurador-Geral de Justiça

REFERÊNCIA: MP Nº 38741/2014

Senhor Procurador-Geral,

Em resposta ao Ofício/PGJ/Nº 2533/2014, recebido em 05 de setembro do corrente ano, oriundo dessa h. Procuradoria Geral de Justiça, vimos a ilustre presença de V.Exa., apresentar os seguintes fatos e argumentos jurídicos, que demonstram a legalidade dos atos praticados pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

Trata-se de representação articulada pela Comissão dos Aprovados no Concurso Público para provimento do cargo de Analista Administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, subscrita por 04 (quatro) candidatos aprovados no referido certame, acima do número de vagas previstos no instrumento convocatório, que visa induzir a ocorrência de supostas irregularidades quanto à existência de cargos comissionados na administração, na tentativa de obter as suas respectivas nomeações, mesmo classificados fora do número de vagas existentes e cientes, desde a inscrição no concurso, do referido quantitativo.

Inicialmente cabe tecer algumas considerações, que entendo oportunas e necessárias no presente caso.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



105

Desde o ano de 2008 o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo vem passando por um importante processo de reformulação, principalmente na composição do seu pleno, com a posse de um Conselheiro escolhido entre auditores substituto de Conselheiro. Em 2010 foi instituído o Ministério Público de Contas, sendo que em final de 2011 toma posse um Conselheiro oriundo desta carreira, sendo que os demais membros também foram renovados no período de 2008 a 2013, passando a atender os preceitos constitucionais em sua composição.

Cabe destacar que o Tribunal de Contas, que antes recebia uma série de questionamentos pela sociedade e também desse órgão ministerial quanto a legalidade e moralidade na sua atuação, teve a partir de meados de 2011 uma nova mentalidade administrativa, fruto de uma renovação da maioria do seu pleno, que é o responsável pela eleição do corpo dirigente. Desde então, várias providências foram adotadas para tornar este órgão de controle afinado com os anseios da sociedade e às normas constitucionais.

Para tanto, chefias foram alteradas, reformulações administrativas efetuadas e também aprovada uma nova Lei orgânica (Lei Complementar 621/2012) e um novo Regimento Interno (Resolução 261/2003). Além disso, foi adotada uma política de redução de cargos comissionados. No âmbito do controle externo, o julgamento dos processos de contas estão sendo agilizados, e também houve uma inovação com as auditorias integradas com o Tribunal de Contas da União nas áreas de Educação, Saúde e de Segurança.



Releva destacar outro ponto importante no controle externo, a conclusão da parte inicial da auditoria do sistema Rodosol, que se efetivou no ano de 2014, fruto de reivindicação contida nas manifestações populares nos meses de junho e julho de 2013. Entretanto, mesmo cessadas estas manifestações, o TCEES continuou firme no propósito de concluir a auditoria. Não apressou a sua realização como alguns queriam e pressionaram, pois isso poderia prejudicar a sua qualidade técnica. Também não a deixou cair no esquecimento, como muitos temiam já que muitas vezes a fiscalização



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

TCE ES TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Gabinete da Presidência

106



feita pelo poder público somente é concluída quando há uma pressão popular permanente.

A primeira fase da auditoria foi concluída em abril deste ano, a empresa já apresentou suas justificativas e atualmente encontra-se em fase de análise destas, sendo que o processo ainda não foi julgado. Trata-se de um trabalho muito complexo e que incomoda interesses, e somente um órgão com boa qualidade técnica e com determinação de esclarecer os fatos tem condições de realizar.

Essa auditoria e outras que estão em andamento, somente se tornaram possíveis devido a essa nova composição deste Tribunal, que a despeito de interesses diversos envolvidos, determinou a realização da auditoria, e muito trabalho ainda está para ser feito, mesmo com limitações que eventualmente podemos ter. Sendo certo que os avanços desta Corte de Contas, podem contribuir em muito com o trabalho desse órgão ministerial

No tocante ao mérito da presente representação, desde o ano de 2012 o Tribunal de Contas do Estado se propôs com o tempo extinguir 69 cargos em comissão. Alguns destes foram extintos imediatamente no referido ano e os outros foram sendo extintos gradativamente. Atualmente restam deste total, apenas 26 (vinte e seis) cargos de inspetor, que foram ainda mantidos por mais algum tempo para evitar solução de continuidade dos serviços até a nomeação do analistas administrativos, que já entraram em exercício, e a conclusão, implementação da reestruturação e modernização desta Corte, sendo que a extinção completa destes cargos tem data definida, 30/06/2016.

Conforme consta da exposição de motivos do projeto de Lei Complementar 001/2014, o órgão ainda necessita desses servidores para assessorarem os trabalhos realizados em diversos setores, em razão de um processo de informatização e de criação de novos procedimentos.

Desde o ano de 2004 o Tribunal de Contas não realizava concurso público. A nova gestão realizou um concurso para provimento do cargo de Auditor de Controle Externo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



107

em 2012, sendo que todos os aprovados dentro das vagas foram nomeados a partir de 2013, e neste ano foi realizado concurso para Analista administrativo, cargo efetivo recentemente criado, sendo que todos os aprovados dentro das vagas foram nomeados em 2014.

Recentemente o Tribunal de Contas foi procurado por comissões de servidores aprovados nos referidos concursos. O Diretor Geral e Chefe de Gabinete da Presidência os recebeu e prestaram verbalmente os esclarecimentos necessários, e formalmente foram encaminhadas as devidas respostas aos questionamentos formulados, consoante demonstram documentos anexos. Desta forma, não procedem as alegações de que não houve resposta por esta Corte de Contas.

É importante destacar, que nem sempre é possível uma resposta instantânea e positiva ao que é requerido, considerando que trabalhamos dentro de limitações, inclusive de tempo.

No tocante ao fato do Tribunal de Contas estar gastando com pessoal abaixo do limite estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal não pode ser motivo para que sejam aumentados até o teto máximo. O limite imposto pela LRF como dito, é um TETO, NÃO É UM PISO. O legislador inseriu os esses limites para que o dinheiro público não seja gasto somente com verba de pessoal, mas sim em setores essenciais como saúde, educação e investimentos.

Ressalta-se, que o poder público deve ser prudente no momento de ampliar o seu quadro de servidores efetivos. Tudo deve ser bem planejado, pois há despesas atuais (remuneração) que também são suportados no caso de cargos em comissão, como também há despesas futuras (aposentadoria, pensão) que são suportadas, no caso de servidores efetivos, pelo próprio Estado.

Releva-se o fato de que o Tribunal de Contas está avançando em seu processo de informatização e modernização de sistemas. Nos próximos anos serão implantados o processo eletrônico e a prestação de contas totalmente eletrônica, bem como, sistemas administrativos internos na área de infraestrutura e de pessoal. Isso pode reduzir a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



108

necessidade de servidores ou mesmo não comportar ampliação do seu quadro. Outra consequência será a celeridade na tramitação processual e rotinas administrativas.

No tocante aos cargos comissionados de inspetores, cuja existência foi prorrogada recentemente, estão em fase de extinção até 30/06/2016, e atualmente exercem a assessoria em diversos setores deste Órgão.

Registra-se, por oportuno, que os cargos comissionados exercem as funções de chefia, direção e assessoramento, sendo que os principais cargos de chefias são ocupados por servidores efetivos deste Tribunal.

Os cargos de Consultor de Finanças Públicas são resultantes de alteração de nomenclatura dos cargos de Assessor de Nível Superior que era exclusivo de gabinete de conselheiro; Assessor de Gabinete para Assuntos Econômicos e Assessor de Gabinete para Assuntos Planejamento. Assim, os cargos de Consultor de Finanças Públicas não são exclusivos de gabinete de conselheiro, exercem o assessoramento de gabinetes e chefias de outros setores do TCE-ES.

Cumprе esclarecer, que as publicações de interrupções de férias anexadas a representação, são em regra, de servidores exercentes de funções de confiança ou eventualmente solicitada pela chefia em razão de alguma demanda ou necessidade momentânea do setor, de forma esporádica e em percentual insignificante se comparado ao número de total de servidores deste Tribunal.

Os representantes alegam que o Projeto de Lei Complementar 001/2014 não teve a audiência do Ministério Público de Contas. Anexamos a presente cópia do Projeto de Lei enviado à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, em que consta na mensagem a assinatura do Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, Procurador Geral do Ministério Público Especial de Contas.

De qualquer forma, caso não tivesse a referida assinatura, vale mencionar também que a fase preparatória de um projeto de lei, isto é, a forma de como ele é elaborado e tramitado antes de sua apresentação, não faz parte do Processo Legislativo previsto na



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



109

Constituição e não invalida a sua aprovação, já que a casa legislativa estadual cumpriu todos os trâmites.

Além disso, o Ministério Público de Contas ainda que presente na Sessão Plenária não atua nas questões administrativas do Tribunal de Contas, conforme previsto no artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar 458/2008¹.

Sem mais para o momento, valemo-nos desta oportunidade para reiterar nossos protestos de elevada estima e consideração, colocando-nos à disposição para quaisquer informações.

Atenciosamente

Conselheiro DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1.9 20/11/2014 – Ministério Público de Contas formula pedido cautelar incidental, requerendo a suspensão imediata do contrato de concessão e a intervenção do Estado na Concessionária Rodovia do Sol

Em razão das graves irregularidades constatadas pela área técnica do TCE-ES na execução do contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol, divulgadas por meio do **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**, e dos vícios de legalidade existentes no processo de elaboração da **Resolução ARSI nº 30/2014**, em **20/11/2014** o Ministério Público de Contas protocolizou [petição](#)¹¹ (fl. 1 a 71 do Processo TC 12529/2014) formulando pedidos cautelares de forma incidental nos autos da Representação TC 5591/2013, pugnando, dentre outras medidas, pela

¹¹ Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/wp-content/uploads/2014/12/TC-5591-2013-Pedido-cautelar-do-MPC-pela-suspensão-total-do-contrato-da-Rodosol.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

suspensão total do Contrato de Concessão nº 1/1998, celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**, e pela **intervenção do Estado do Espírito Santo na CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**, reiterando, ainda, pedido de suspensão cautelar da cobrança dos pedágios feito em **16/07/2013** por ocasião do aditamento à Representação TC 5591/2013, proposto pelo MPC-ES, conforme se colhe dos pleitos acautelatórios transcritos a seguir¹²:

3 PEDIDOS CAUTELARES

Pelo exposto,

CONSIDERANDO que, de acordo com as Normas de Auditoria Governamental (NAG), ratificadas pela equipe multidisciplinar de Auditores de Controle Externo do TCEES, o Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 não constitui peça preliminar ou inicial, mas sim parecer final e conclusivo **da auditoria** realizada na concessão do Sistema Rodovia do Sol, haja vista ter subsidiado não só a imputação de responsabilidades às pessoas envolvidas, originando as citações promovidas nos autos da Representação TC 5591/2013, mas também a suspensão cautelar da cobrança do pedágio na Terceira Ponte por parte da ARSI;

CONSIDERANDO que a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI) instaurou o Processo Administrativo nº Processo nº 66375070 (Doc. 3), formalizado com suporte no art. 38, § 3º, da Lei Federal nº 8.987/1995, no art. 38, § 3º, na Lei Estadual nº 5.720/1998, e no item 12 da CLÁUSULA XXVIII do Contrato de Concessão nº 001/1998, tendo por objeto a análise das irregularidades cometidas pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, em razão da gravidade das constatações apresentadas no Relatório de Auditoria do TCEES;

CONSIDERANDO que Agência Reguladora promoveu, cautelarmente, por meio da Resolução ARSI nº 30/2014, nos autos do Processo Administrativo nº 66181208 (Doc. 1), a suspensão da cobrança da tarifa do pedágio na Ponte Darcy Castello de Mendonça, alterando substancialmente o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 001/1998 sem, contudo, considerar, em contrapartida e na mesma proporção, a redução das obrigações contratuais afetas à Concessionária Rodovia do Sol S/A;

CONSIDERANDO que, subsidiariamente à nulidade do Contrato de Concessão nº 001/1998 que decorre das graves e irremediáveis irregularidades constatadas pelo corpo técnico do TCEES, a Resolução ARSI nº 30/2014 apresenta indícios de ter sido editada sem adoção das cautelas formais necessárias e em desacordo com a legislação aplicável,

¹² Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/2014/12/ministerio-publico-de-contas-pede-a-suspensao-total-do-contrato-de-concessao-do-sistema-rodosol/>. Acesso em: 21 abr. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

a exemplo da rapidez com que, em menos de 24 horas, a Diretoria Colegiada da ARSI apresentou, deliberou e aprovou a mencionada Resolução; da não realização de Consulta Pública prévia a sua edição, condição *sine qua non* para a validade do ato normativo, prevista no art. 17, § 3º, da Lei Complementar Estadual nº 477/2008, e no art. 13, parágrafo único, do Regimento Interno da ARSI; do descumprimento, por parte do Diretor Relator do Processo Administrativo nº 66181208 (Doc. 1), da providência obrigatória contida no art. 39 do Regimento Interno da Agência Reguladora; e da ausência de pareceres técnicos prévios e específicos atestando a legalidade e a viabilidade econômico-financeira da proposta de suspensão da cobrança do pedágio na Terceira Ponte, circunstâncias que denotam uma possível predominância do caráter político na adoção da medida;

CONSIDERANDO que a ARSI não comprovou, nos autos do Processo nº 66181208 (Doc. 1), que a manutenção da cobrança de pedágio apenas na praça localizada na Rodovia do Sol, associada às receitas alternativas da concessionária, seriam suficientes para manter todas as obrigações da concessionária, conforme determinação contida no parágrafo único do art. 1º da referida Resolução, quando cotejada com a CLÁUSULA VI do mencionado contrato, fato que pode sinalizar conhecimento prévio dos lucros exorbitantes auferidos pela concessionária na exploração econômica do Sistema Rodovia do Sol;

CONSIDERANDO que a Concessionária Rodovia do Sol S/A ajuizou ação ordinária visando à declaração da nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 pelo Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que, caso declarada a nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 pelo Poder Judiciário, a decisão judicial produziria efeitos a partir da entrada em vigor da aludida resolução, isto é, **zero hora do dia 23 de abril de 2014**, gerando o possível direito da concessionária de ser indenizada pelo Estado do Espírito Santo desde aquela data até o momento em que a cobrança do pedágio na Ponte Darcy Castello de Mendonça seja efetivamente restabelecida;

CONSIDERANDO que a suspensão da cobrança do pedágio na Ponte Darcy Castello de Mendonça, por meio de Resolução com fortes indícios de nulidade, pode estar representando um **prejuízo mensal para o Estado do Espírito Santo estimado em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais)**, referentes às tarifas que estão deixando de ser arrecadadas, caso seja reconhecida sua nulidade pelo Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que, em sendo declarada a nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 pelo Poder Judiciário, seja no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) ou dos Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) –, os eventuais prejuízos econômicos suportados pelo Estado do Espírito Santo haveriam de ser ressarcidos pelos agentes públicos e privados que lhe deram causa, inserindo-se, portanto, na competência fiscalizatória desta Corte de Contas, consoante preconizam o art. 70, parágrafo único, da Constituição do Estado do Espírito Santo, assim como o art. 1º, inciso IX, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

CONSIDERANDO que o grau de lesividade dos achados de auditoria não só legitima como também autoriza a intervenção do Estado na Concessionária Rodovia do Sol S/A, principalmente após a empresa ter sonegado informações ao TCEES, circunstância que pode indicar ocultação de provas;

CONSIDERANDO que a intervenção do Estado do Espírito Santo na Concessionária Rodovia do Sol S/A não possuiria caráter punitivo, nem acarretaria a extinção do contrato. Tratar-se-ia, tão-somente, de medida acautelatória destinada a proporcionar a aferição, *in loco*, da legalidade dos procedimentos de gestão do interesse público delegados ao particular, mormente após a ARSI ter instaurado o Processo Administrativo nº 66375070 (Doc. 3) com o objetivo de apurar as irregularidades apontadas pelo Relatório de Auditoria RA-E 10/2014;

CONSIDERANDO que a possibilidade de abandono da prestação do serviço público por parte da Concessionária Rodovia do Sol S/A - possibilidade considerada, nos termos da Ata da Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada da ARSI (Processo Administrativo nº 66181208 - Doc. 1) - não pode ser admitida como argumento válido para legitimar a sua permanência à frente da exploração econômica do Sistema Rodovia do Sol, mormente diante do complexo arcabouço normativo que tutela as concessões de serviço público;

CONSIDERANDO que, salvo melhor juízo, a suspensão do pedágio na Terceira Ponte já constituiu uma violação ao Contrato de Concessão nº 001/1998, porquanto produziu profunda alteração no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, não se justificando o receio de que a suspensão total dos pedágios – possibilidade considerada no Processo Administrativo nº 66181208 (Doc. 1) – teria natureza jurídica distinta da medida já adotada, principalmente diante da afirmação constante na Análise Processual levada a efeito no Relatório do Diretor Geral da ARSI, realizada em 22 de abril de 2014, de que a permanência da cobrança de tarifa na praça de pedágio localizada na Rodovia ES 060, associada às receitas marginais auferidas pela concessionária, não são suficientes para cobrir todas as despesas de manutenção do Sistema Rodovia do Sol;

CONSIDERANDO ser inconcebível admitir a hipótese de que o Estado do Espírito Santo, na qualidade de poder concedente, não teria condições de retomar a prestação do serviço público delegado a uma empresa privada;

CONSIDERANDO que o argumento de uma eventual necessidade de contratação emergencial para substituição da Concessionária Rodovia do Sol S/A - possibilidade considerada, nos termos da Ata da Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada da ARSI (Processo Administrativo nº 66181208 - Doc. 1) - não pode ser utilizado para justificar a permanência de uma empresa que, de acordo com o Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, comprovadamente, descumpre, de forma reiterada, o contrato de concessão de serviço público de que é delegatária, e pelo qual já fora devidamente remunerada;

CONSIDERANDO que, além da injustificável sonegação de informações por parte da concessionária, a gravidade das irregularidades constatadas pela Comissão Multidisciplinar de Auditores de Controle Externo do TCEES, consignadas no Relatório de Auditoria RA-E 10/201489, a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

exemplo da construção de pavimentos rodoviários com metade da espessura prevista no contrato, à luz do que dispõe o art. 32 e seguintes da Lei nº 8.987/1995, dispositivos reproduzidos na CLÁUSULA XXVII do Contrato de Concessão nº 001/1998, mostram-se mais do que suficientes para autorizar a **INTERVENÇÃO do Estado do Espírito Santo na Concessionária Rodovia do Sol S/A**, bem como a **SUSPENSÃO TOTAL do Contrato de Concessão nº 001/1998**, haja vista que os fatos apurados sinalizam a existência de dano ao erário superior a R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), além de apresentarem indícios de crimes contra a Administração Pública, capitulados, notadamente, no art. 312 e seguintes do Código Penal Brasileiro, e no art. 92 e seguintes da Lei nº 8.666/1993;

CONSIDERANDO que, após a ocorrência do dano ao erário, **tem se mostrado extremamente difícil para a Fazenda Pública obter o ressarcimento do prejuízo sofrido, seja judicial ou extrajudicialmente, especialmente nos casos de valores expressivos;**

CONSIDERANDO que o **fumus boni iuris**, primeiro pressuposto para concessão das medidas cautelares propostas, encontra-se representado, neste momento processual, na gravidade das irregularidades constatadas pela equipe de auditores do TCEES, registradas no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, a exemplo:

- a) do desequilíbrio econômico-financeiro gerado pelas ocorrências identificadas, insusceptível de ser revertido, mesmo se a concessionária operasse o Sistema Rodovia do Sol com tarifa zero em ambas as praças de pedágio, a partir de 2013 até o final do contrato, previsto para ocorrer em 2023, hipótese absurda que, ainda assim, geraria um crédito em favor do Estado do Espírito Santo no valor de **R\$ 274.988.561,93** (duzentos e setenta e quatro milhões, novecentos e oitenta e oito mil, quinhentos e sessenta e um reais e noventa e três centavos), com data-base em outubro de 2013;
- b) da execução de obras rodoviárias com qualidade inferior à contratada, como a construção de pavimentos com metade da espessura prevista e a constatação de que os controles tecnológicos mostraram que todas as suas camadas construtivas, executadas pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, comprovadamente, apresentam problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem, irregularidade gravíssima cujos prejuízos ainda não foram contabilizados e, por isso, deixaram de ser considerados pela Equipe de Auditoria no cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato que, em outubro de 2013, totalizava aproximadamente R\$ 800 milhões; e
- c) da negativa de fornecimento de informações, por parte da Concessionária Rodovia do Sol S/A, aos auditores do TCEES, fato injustificável que desafiou a autoridade do Órgão Guardião das finanças públicas estaduais;

CONSIDERANDO que o **periculum in mora**, segundo pressuposto para concessão das medidas cautelares propostas, encontra-se presente, neste



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

momento processual, em razão da possibilidade de agravamento dos danos já suportados pelo Estado do Espírito Santo e pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol e os que poderão advir:

- a) da continuidade da cobrança da tarifa de pedágio na Rodovia do Sol;
- b) da eventual declaração de nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 pelo Poder Judiciário;
- c) do receio de que a Concessionária Rodovia do Sol S/A continue praticando ilegalidades na gestão do patrimônio público, representado pelo Sistema Rodovia do Sol, hipótese corroborada pela sonegação de informações ao corpo técnico do TCEES; e
- d) do tempo de tramitação da Representação TC 5591/2013, até decisão final, considerando seu volume e complexidade incomuns, além do vulto dos danos apurados que, certamente, ensejarão o esgotamento das vias recursais;

CONSIDERANDO que o indeferimento das medidas cautelares, ora propostas, pode significar o agravamento dos danos a serem suportados pelo Estado do Espírito Santo, caso o Poder Judiciário acolha o pedido de nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 por vício formal, formulado pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, ou o procedimento fiscalizatório em curso, Representação TC 5591/2013, seja ao final julgado procedente;

CONSIDERANDO a prerrogativa - constitucional, reiterada pela norma legal, e sedimentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) - deferida às Cortes de Contas em determinar, assinando prazo, para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, quando verificada ilegalidade, e, na qual, inelutavelmente, se insere a abstenção da prática de ato ilegal;

E CONSIDERANDO, por fim, que apesar da extrema gravidade das irregularidades constatadas pelo seu corpo técnico e da possibilidade de ampliação dos danos já suportados pelo Estado do Espírito Santo e pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol, este Tribunal de Contas ainda não adotou qualquer medida acautelatória,

O Ministério Público de Contas reitera, com adequações, o pedido formulado em **16 de julho de 2013**, por ocasião da oferta de aditamento à Representação TC 5591/2013 (fl. 831 a 848), pendente de apreciação, pugnando a este Tribunal de Contas que, **após ouvir a Área Técnica** na forma do art. 307, § 2º, do Regimento Interno¹⁰¹, **de forma incidental e em caráter cautelar**:

- a) Com fundamento no art. 125, incisos III, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁰², considerando o expressivo e irremediável desequilíbrio econômico-financeiro constatado pela Equipe de Auditoria do TCEES em desfavor do Estado do Espírito Santo, e no intuito de sanar, a partir de agora (*ex nunc*), possível nulidade presente na Resolução ARSI nº 30/2014, **determine**, assinalando prazo, à **Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI)**, autarquia em regime especial responsável pela regulação, controle



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

e fiscalização dos serviços de infraestrutura viária delegados pelo Poder Executivo Estadual, na condição de sub-rogada, em parte 103, nas obrigações e direitos contratuais firmadas entre o DER/ES e a Concessionária Rodovia do Sol S/A, bem como ao **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES)**, entidade do poder concedente, Estado do Espírito Santo, por intermédio do qual se contratou a concessão em tela, e, ainda titular de obrigações e direitos junto ao Contrato de Concessão nº 001/1998, que, observando o devido processo legal, promovam a **SUSPENSÃO TOTAL do Contrato de Concessão nº 001/1998**, por meio da edição de novo ato administrativo que se sobreponha à Resolução ARSI nº 30/2014;

- b) Na eventualidade de não atendimento, pela **Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI)**, bem como pelo **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES)**, da providência indigitada no prazo assinalado, comunique-se a ocorrência à **Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES)**, legítima representante do povo capixaba e corresponsável pelo controle externo da Administração Pública Estadual, de modo a proporcionar-lhe a adoção da **medida cautelar** prevista no art. 71, § 1º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, sem prejuízo de aplicação, pela Corte de Contas, da sanção pecuniária, nos moldes preconizados pelo art. 135, inciso IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo);
- c) Promova o acompanhamento da medida deliberada na alínea anterior, com vistas à adoção da prerrogativa conferida ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo pelo art. 71, § 2º, da Constituição estadual;
- d) Na hipótese de não acolhimento do pedido formulado na alínea 'a', por esta egrégia Corte, com fundamento no art. 29, inciso III, e no art. 32 da Lei nº 8.987/1995, bem como na CLÁUSULA XXIII, letra 'c' e CLÁUSULA XXVII do Contrato de Concessão nº 001/1998, e CLÁUSULA Segunda do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 001/1998, tendo em vista a injustificável sonegação de informações à Equipe Técnica desta Corte de Contas, relativas às receitas tarifárias e marginais auferidas pela empresa, desafiando a autoridade desta Corte de Contas, bem como o reiterado descumprimento de normas contratuais, regulamentares e legais por parte dessa empresa desde a celebração do contrato, conforme apontado exaustivamente no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, com o propósito, também, de verificar a legalidade da gestão da exploração econômica da concessão do Sistema Rodovia do Sol, **determine à Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI)** que, no exercício do poder de controle conferido pela Lei Complementar Estadual nº 477/2008, adote as medidas necessárias à **INTERVENÇÃO do Estado do Espírito Santo na Concessionária Rodovia do Sol S/A**;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

- e) Independentemente do deferimento ou não das medidas cautelares pleiteadas nos itens anteriores, comunique sua decisão:
- i. **à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES)**, legítima representante do povo capixaba e corresponsável pelo controle externo da Administração Pública Estadual, e autora do Requerimento nº 221/2013, requisitando ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a realização de Auditoria no Contrato de Concessão de Serviço Público nº 001/98 (Exploração do Sistema Rodovia do Sol) celebrado entre o Estado do Espírito Santo e a empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A.112;
 - ii. **ao Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (TJES)**, perante o qual tramitam ações que têm por objeto a concessão do Sistema Rodovia do Sol.
 - iii. **ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES)**, titular de obrigações e direitos junto ao Contrato de Concessão de Serviço Público nº 001/98 (Exploração do Sistema Rodovia do Sol);
 - iv. aos signatários iniciais desta Representação Processo TC 5591/2013: Governador do Estado do Espírito Santo, Sr. José Renato Casagrande, ao Procurador Geral do Estado, Sr. Rodrigo Marques de Abreu Júdice, ao Procurador **Geral de Justiça**, Sr. **Eder Pontes da Silva**, aos **Promotores de Justiça**, Sr.^a **Sandra Lengruber da Silva** e Sr. **Marcelo Lemos Vieira**, e ao **Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI)**, Sr. **Luiz Paulo de Figueiredo**.

Vitória, 19 de novembro de 2014.

HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA
Procurador Especial de Contas

1.10 22/12/2014 – Relator determina a notificação da Agência Reguladora e da Concessionária Rodovia do Sol antes de examinar o pedido cautelar incidental

Em 22/12/2014, por meio da **Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014** (fl. 151 a 155 do Processo TC 12529/2014), o conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo recebeu o pleito cautelar do MPC-ES como nova Representação, deixando “o exame da medida cautelar de urgência pleiteada e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

seus pressupostos para serem analisados após a oitiva prévia dos responsáveis [...]". Verbis:

2 FUNDAMENTAÇÃO

Verifico que o expediente preenche os requisitos legais, por isso recebo-o como representação na forma do art. 101 da Lei Complementar nº 621/2012 e art. 183 a 186 da Resolução TC nº 261/2013.

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado.

O art. 124, *caput* e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que no início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

Tendo em vista que o tema tratado nesta representação refere-se ao processo TC 5591/2013, e estando este em fase final de análise conclusiva na área técnica desta Corte de Contas, com prazo de conclusão para o mês de janeiro de 2015, **dada a magnitude dos valores envolvidos e por prudência, deixo o exame da medida de urgência pleiteada e seus pressupostos para serem analisados após a oitiva prévia dos responsáveis**, nos termos do artigo 307, § 1º do Regimento Interno do TCEES.

Considerando a complexidade do assunto e o volume de informações até agora produzidas, estendo excepcionalmente o prazo regimental de 5 (cinco) dias para 15 (quinze) dias.

3 DISPOSITIVO

Assim, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria, em atendimento à solicitação do Ministério Público de Contas, **DECIDO:**

3.1 Na forma do art. 288, inc. VII c/c art. 307 §1º, ambos da Resolução TC 261/2013, seja expedida **NOTIFICAÇÃO** aos responsáveis, Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI e Concessionária Rodovia do Sol S/A, inclusive com utilização de meio eletrônico ou fax, para que, no **PRAZO de 15 (quinze) dias**, tendo em vista a complexidade do tema, contados a partir do dia 20 de janeiro de 2015 quando volta a fruição dos prazos processuais nesta Corte de Contas, para que apresentem informações que entenderem necessárias acerca da representação oferecida. Seja ainda encaminhada aos agentes responsáveis cópia da representação, também por meio digital.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

3.2 Que sejam cientificados, com cópia da representação em meio digital, os representantes da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo - ALES, do Ministério Público de Estado do Espírito Santo, do Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo, do Governo do Estado do Espírito Santo, A Procuradoria Geral do Estado, ao Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (TJES), ao Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual – Comarca da Capital, bem como a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Estado do Espírito Santo – ARSI, Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, E a Concessionária Rodovia do Sol S.A.

Após manifestação dos responsáveis, sejam encaminhados os autos a este Gabinete.

À **Secretaria-Geral das Sessões** para os impulsos necessários.

Vitória, 22 de dezembro de 2014.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
Conselheiro Relator

1.11 20/01/2015 – Instrução Técnica Conclusiva constata graves irregularidades cometidas pela Concessionária Rodovia do Sol

Na sequência, em **20/01/2015**, sobreveio a [Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015](#)¹³ na Representação TC 5591/2013 (fl. 24628 do Processo TC 5591/2013), confirmando a nulidade do contrato de concessão, a inexistência do investimento denominado “Conservação Especial”, a construção de obras com qualidade inferior à contratada pelo Estado do Espírito Santo, um desequilíbrio econômico-financeiro de 613 milhões decorrente do descumprimento do contrato por parte da **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**, dentre outras irregularidades.

¹³ Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/2015/01/area-tecnica-do-tce-es-entrega-relatorio-conclusivo-e-opina-pela-nulidade-de-contrato-de-concessao-da-rodosol/>. Acesso em: 23 abr. 2017.



1.12 02/02/2015 – Agência Reguladora presta informações ao Tribunal de Contas, admitindo não possuir prerrogativas para extinguir o contrato de concessão

Devidamente notificados a ARSI e a **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** (fl. 166 e 167) – e cientificados os demais agentes públicos (fl. 168 a 174) –, foram apresentadas as justificativas solicitadas pelo conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo para analisar os pedidos cautelares formulados pelo MPC-ES.

Em sua resposta, apresentada em **02/02/2015**, a ARSI reconhece não possuir prerrogativas de extinção do contrato de concessão, conquanto o pedido cautelar do MPC-ES tenha sido pela suspensão total do contrato e não pela extinção:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



OF/ARSI/DG Nº 023/2015

Vitória, 02 de fevereiro de 2015.

Excelentíssimo Senhor
SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
Conselheiro Relator do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

Processo: TC 12529/2014

AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO – ARSI, autarquia de regime especial do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo, regularmente inscrita no CNPJ sob o nº 10.762.022/0001-42, com sede na av. Nossa Senhora dos Navegantes, nº 955, sala 401, Edifício Global Tower, Enseada do Suá, Vitória-ES, neste ato representada por seu diretor-geral, **LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO**, regularmente inscrito no CPF sob o nº 760.630.707-53, nomeado por meio do decreto nº 928 de 31/05/2012, vem, em tempo hábil, **APRESENTAR INFORMAÇÕES** à representação exarada pelo Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo, nos seguintes termos:

1. DAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS DA AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO – ARSI



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Processo TO 12.529/14

Folha(s) 119

A

A Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI é uma autarquia de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público e autonomias administrativa, patrimonial, técnica e financeira, vinculada à Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano – SEDURB e regida pela Lei Complementar Estadual nº 477/2008.

Segundo a referenciada Lei estadual, a ARSI tem por finalidade regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado do Espírito Santo, os serviços estaduais de infraestrutura viária com pedágio (art. 4º, caput).

O mencionado diploma legal dispõe ainda que **as atribuições da ARSI devem de ser exercidas com o objetivo de preservar o interesse público e buscar o equilíbrio econômico-financeiro quanto às delegações dos serviços sob sua jurisdição (art. 4º, § 2º).**

A atividade de fiscalização exercida pela ARSI tem por objetivo “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade” (art. 3º, inc. IV).

Compete ainda à ARSI, por delegação dos poderes competentes, atuar no sentido de impedir práticas abusivas que afetem os serviços públicos regulados, bem como receber, apurar e encaminhar soluções relativas às reclamações dos usuários (art. 6º, inc. X).

Trazendo à baila um breve reforço histórico, as agências reguladoras surgiram com a finalidade de estipular regras adequadas para a prestação dos serviços públicos, buscando um equilíbrio entre o Estado, os usuários e os delegatários do serviço. Para tanto, as agências reguladoras possuem o poder de editar normas abstratas infralegais; adotar decisões discricionárias e compor conflitos em um setor econômico. Suas decisões são vinculantes para os diversos setores estatais e não estatais.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Processo TC 12.529/14

Folha(s) 180

4

O conceito de regulação, embora controvertido quanto a sua extensão, é único em delimitar como sendo a intervenção estatal junto a setores privados, conjunta ou isoladamente, para impor normas de conduta que visem obriga-los a atingir o bem estar da comunidade.

A função regulatória é essencial para a eficiência do processo de desestatização, pois na maioria das vezes trata-se de processo complexo que são realizados mediante contratos de longo prazo.

A autonomia e independência concedidas às agências reguladoras são fundamentais para que a mesma possa exercer adequadamente suas funções, vez que o maior bem jurídico sob tutela é o interesse comum, não podendo estar sujeita às constantes intempéries políticas de regramento, conforme pretende o Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo.

2. A RESOLUÇÃO ARSI Nº 30/2014 E A SOBREPOSIÇÃO DE NOVO ATO ADMINISTRATIVO COM O INTUITO DE SUSPENDER TOTALMENTE O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Feitas tais considerações iniciais, deve-se ressaltar que existe uma celeuma no âmbito do Estado do Espírito Santo envolvendo a concessão do Sistema Rodovia do Sol. Destaca-se que qualquer notícia ou decisão envolvendo o assunto, causa enorme impacto social.

É sabido que houveram diversas "ações", tanto judiciais como extrajudiciais, tratando desse assunto.

Em uma dessas "ações extrajudiciais", o Tribunal de Contas do Estado Espírito Santo, a pedido do Governador do Estado à época, Sr. José Renato Casagrande,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Processo TC 12.529/14
Folha(s) 181

em conjunto com o Procurador Geral do Estado, Sr. Rodrigo Marques de Abreu Jádice, com o Procurador Geral de Justiça, Sr. Eder Pontes da Silva, com os Promotores de Justiça, Sr.^a Sandra Lengruher da Silva e Sr. Marcelo Lemos Vieira, e com o Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI, Sr. Luiz Paulo de Figueiredo, instaurou Auditoria Extraordinária com o intuito de analisar o Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 01/1998.

Neste processo, o Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, realizado por uma equipe multidisciplinar de Auditores de Controle Externo do TCEES e divulgado em 16 de abril de 2014, constatou a existência de um desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de concessão de serviços públicos nº 01/1998, com ganhos exorbitantes da Concessionária Rodovia do Sol S.A. em detrimento do interesse público, de maneira a revelar-se prudente a adoção de medidas administrativas imediatas tendentes a salvaguardar os gastos realizados pelos usuários da terceira ponte.

Destaca-se que a Instrução Técnica Conclusiva – ITC 308/2015, divulgada em 21 de janeiro de 2015, manteve o entendimento do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, de ganhos exorbitantes da Concessionária Rodovia do Sol S.A. em detrimento do interesse público, tão somente diminuído o importe financeiro em aproximadamente 200 milhões.

Há ainda o presente procedimento também instaurado no âmbito do Tribunal de Contas do Estado Espírito Santo, baseado na Representação do Ministério Público Especial de Contas, e se deu no sentido de buscar a edição de novo ato administrativo por parte da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo que sobreponha à resolução ARSI nº 30/2014, cujo o caráter tenha o condão de suspender o Contrato de Concessão nº 001/98 em sua integralidade.

Quanto a este ato, insta informar inicialmente que no contrato de concessão firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES, e a Concessionária Rodovia do Sol S/A, a atuação da agência limita-se a regular, controlar e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ARSI
Agência Reguladora de Saneamento Básico
e Infraestrutura Viária do Espírito Santo

fiscalizar os serviços públicos prestados, fixar tarifas e garantir o cumprimento dos contratos firmados pelo Poder Concedente.

Processo TC 12.529/14
Folha(s) 182



Melhor dizendo, podemos afirmar que a **ARSI não exerce o papel de poder concedente**, mas tão somente, em virtude da delegação de poderes, exerce a regulação e fiscalização, atuando no sentido de impedir práticas abusivas por parte do prestador de serviços e com o objetivo de preservar o interesse público.

Reforçando o entendimento de que a ARSI não é o poder concedente no contrato de concessão de serviços públicos nº 01/1998, o Doutor em Regulação, Marcos Juruena Villela Souto¹ leciona:

*Enquanto no plano federal, as agências de energia, petróleo e telecomunicações exercem funções de poder concedente, estabelecendo as condições em que se dará a transferência para a iniciativa privada, **no âmbito dos Estados, as agências só atuam numa etapa posterior, regulando, fiscalizando, mediando, arbitrando os conflitos, dentro das respectivas áreas de atuação (...)***



As agências estaduais não têm o poder concedente: nascem com a finalidade de, a partir de um contrato de concessão (com os condicionamentos nele previstos), exercer o poder regulatório e fiscalizador, funcionando como instância administrativa definitiva. Não formula políticas nem cria exigências que não sejam tradução das obrigações qualitativas e quantitativas definidas na lei e no contrato (Grifou-se).

Avigorando a ideia, conforme dicção do art. 6º da Lei Complementar Estadual nº 477/2008, resta clara que as competências da ARSI se deram em virtude da delegação dos poderes concedentes.



Reforçando a afirmação de que a **ARSI NÃO É PODER CONCEDENTE**, temos ainda o artigo 9º da Lei Complementar Estadual nº 477/2008, cujo trecho trazemos:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ARSI
Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo

Processo TC 12.529/14
Folha 183

Art. 9º Quanto à regulação e fiscalização dos serviços públicos regulados de infra-estrutura viária, com pedágio, compete à ARSI; atuando de acordo com a competência definida pela legislação estadual:

II - encaminhar à autoridade competente propostas de concessão, permissão ou autorização de serviços, bem como propor alteração das condições e das áreas de concessão, permissão ou autorização do serviço, ou mesmo a extinção dos respectivos contratos, quando necessário;

III - considerar as diretrizes gerais a serem definidas na política estadual de concessão de serviço de infraestrutura viária com pedágio. (Redação dada pela Lei Complementar nº 512, publicada em 08 de dezembro de 2009)

Parágrafo único. Para o cumprimento das competências contidas neste artigo, a ARSI participará junto aos órgãos de governo na definição da política estadual de concessões. (Incluído pela Lei Complementar nº 512, publicada em 08 de dezembro de 2009)

Ora, se a agência deve 'encaminhar' as propostas de concessão e 'participar' da definição da política estadual de concessões, por evidente que não pode ser considerada como Poder Concedente. Deve, aliás, distinguir-se deste, garantindo o perfeito equilíbrio entre as três pontas envolvidas no contrato: Poder Concedente, Concessionária e Usuário.

Em resumo, a atuação da agência limita-se a regular, controlar e fiscalizar os serviços prestados, fixar tarifas e garantir o cumprimento dos contratos firmados pelo Poder Concedente não se confundindo com este. Desta forma, **a ARSI não possui as prerrogativas de extinção do contrato** como requer o Ministério Público, senão aqueles previstos no contrato, não podendo ser obrigada a exercer atividades fora da área de sua competência legal.

3. DOS ALEGADOS VÍCIOS APONTADOS NA RESOLUÇÃO ARSI Nº 30/2014

De outro giro, na referenciada representação, o Ministério Público Especial de Contas aponta uma série de supostos vícios formais na Resolução ARSI nº 30/2014, citando preliminarmente que a diretoria colegiada na confecção da resolução tratou do tema como se fosse uma auditoria preliminar, quando na verdade era conclusivo.

Data vênha, assiste razão a autarquia em agir de fôrma a considerar que o relatório RA-E 10/2014 como parecer preliminar. Tanto é verdade que a instrução



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Processo TC 12.529/14
184
técnica conclusiva ITC 308/2015, só foi divulgada em 21/01/2015 e se sobrepôs ao entendimento técnico exarado no relatório RA-E 10/2014 com conclusão diversa, ainda que convergente.

Em abril de 2014, o Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 apontou o desequilíbrio econômico-financeiro de R\$ 798 milhões. Por sua vez, em 20 de janeiro de 2015, por intermédio da instrução técnica conclusiva - ITC 308/2015, a equipe de auditores do TCEES acabou por reduzir o valor apurado do desequilíbrio econômico-financeiro para o importe de R\$ 613 milhões.

Destarte, não resta nenhuma dúvida em concluir que a instrução técnica realizada em abril de 2014 teve caráter preliminar.

O *parquet* alega ainda que a suspensão parcial do contrato resultou uma alteração substancial no equilíbrio do contrato, ao ponto de suprimir totalmente a remuneração da concessionária sem, em contrapartida, reduzir proporcionalmente suas obrigações. Tal não é verdadeiro uma vez que o pedágio da Praia Sol continuou a ser cobrado.

Ademais, segundo a cláusula XX do contrato de concessão de serviços públicos nº 01/1998, o contrato será revisado "na hipótese de SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO PEDÁGIO ou redução do valor das tarifas de pedágio determinada por autoridade competente, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecadada pela concessionária no período da suspensão ou da redução tarifária". Desta forma, a decisão da ARSI não causou prejuízos definitivos e irremediáveis, uma vez que é possível o reequilíbrio, conforme previsão contratual.

Importante ressaltar que o momento exigia uma resposta rápida. O próprio Ministério Público, no corpo de sua representação reconhece o caráter cautelar da resolução 30/2014: "*Importante*² destacar o inequívoco caráter cautelar da Resolução



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



30/2014, embasado no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014..." assim como reconhece outras características da decisão expurgada: "Por mais³ justa e oportuna que pudesse ser a suspensão do pedágio na Terceira Ponte..." e reconhece ainda " "...por mais nobre que tenham sido as intenções daquela Diretoria."



Fica claro e inequívoco que a decisão foi reconhecidamente cautelar, justa, oportuna e nobre. No presente caso, o Motivo do ato administrativo era muito urgente. Existia uma grande comoção social, além do alto risco de que os prejuízos ao Estado fossem ampliados. Logo, a edição da Resolução 030/2014, exigiu que decisões tivessem que ser tomadas de forma rápida, o que suplantou algumas formalidades procedimentais, sem entretanto, configurar qualquer ilegalidade.

O Ministério Público Especial de Contas alega ainda que a Resolução ARSI nº 30/2014, além de não ter sido embasada com os devidos pareceres jurídico e econômico, não foi precedida de consulta pública.

Quanto ao tema, cumpre dizer que as agências reguladoras, diante de algumas situações de risco iminente, necessitam, desde que motivadamente, adotar providências acauteladoras sem as devidas formalidades legais de modo a coibir práticas abusivas por parte do prestador de serviços e preservar o interesse público.

Motivada pelas gravíssimas irregularidades apontadas pela equipe técnica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, a diretoria da ARSI, no uso de suas atribuições, expediu a resolução ARSI nº 30/2014, suspendendo a tarifa de pedágio na praça da ponte Darcy Castello de Mendonça, a partir da zero hora do dia 23 de abril de 2014, e determinando a abertura de processo administrativo visando a apuração de supostas irregularidades cometidas pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, tudo amparada pelo artigo 45 da lei 9784/1999.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Processo TC 12.529/14

Página(s) 186

1

Convém salientar que a Resolução ARSI nº 30/2014 teve por objetivo proteger o erário e a população espírito-santense diante do anúncio do TCEES de que o valor há mais pago pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol ostentaria cifra milionária, evitando com isso a ocorrência de novos danos ou a ampliação daqueles já constatados.

Ressalta-se ainda que a referenciada Resolução não negou à Concessionária Rodovia do Sol, em caráter definitivo, o direito à cobrança de pedágio. Tal Resolução tão somente suspendeu, temporariamente e parcialmente a exigência da tarifa até que o procedimento instaurado pelo TCEES pudesse chegar a seu termo e elucidar o efetivo desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do Estado e consumidores espírito-santenses.

Melhor dizendo, a Resolução ARSI nº 30/2014 colocou o interesse público em patamar mais elevado que o interesse meramente privado, decorrendo daí a razoabilidade e legalidade da medida de contenção de risco adotada pela Administração Pública Estadual, no sentido de aguardar o resultado da auditoria para balizar o que será feito: ou a rescisão do contrato, ou a intervenção, ou a encampação, ou o reequilíbrio econômico e financeiro.

Vale ainda mencionar que a Resolução ARSI nº 30/2014 encontra-se em perfeita consonância com o art. 45 da Lei federal nº 9.784/1999, que prevê que **"em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado"**.

Destaca-se, inclusive, no que tange a ausência dos pareceres jurídico e econômico, que não há, na legislação aplicável ao caso, dispositivo que torne obrigatório a apresentação dos aludidos pareceres antes da edição de uma resolução normativa.

É de bom alvedrio salientar ainda que não houve qualquer mudança ou alteração unilateral de cláusula contratual, muito menos a rescisão, intervenção ou encampação do contrato administrativo, providências administrativas estas que devem ser precedidas de observância do procedimento inserido na Lei federal nº 8.987/1995 e na Lei



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



estadual nº 5.720/1998. Houve tão somente a suspensão parcial e temporária da exigência de tarifa, até que o procedimento instaurado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo elucidasse, de forma definitiva, a existência ou não de efetivo desequilíbrio econômico financeiro em detrimento do Estado e dos consumidores do Estado do Espírito Santo.

Não menos importante, deve-se ainda lembrar que a Resolução ARSI nº 30/2014 não teve o propósito de imputar qualquer responsabilidade contratual a Concessionária Rodovia do Sol S.A., mas tão somente preservar o interesse público, nos termos do art. 4º, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 477/2008.

Importante destacar ainda que a questão já está *sub judice* com determinação diversa da pretendida pelo *Parquet*, pois o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por intermédio da desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreira nos autos do agravo de instrumento nº 0040338-57.2014.8.08.0024, decidiu, em caráter liminar, suspender os efeitos da Resolução ARSI nº 30/2014.

Destaca-se, inclusive, que a ARSI impetrou Mandado de Segurança (nº 0000427-76.2015.8.08.0000) contra a referenciada decisão interlocutória da desembargadora Eliana Junqueira Munhós Ferreir, de modo a obstar a volta do pedágio. Todavia, o desembargador relator, Dr. Namy Carlos de Souza Filho, indeferiu o pedido de medida liminar.

Nesse diapasão, não deve prosperar a representação oferecida pelo Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo que requer que a ARSI suspenda totalmente o contrato de concessão de serviço público por meio de edição de novo ato administrativo que sobreponha à Resolução ARSI nº 30/2014.

Primeiro, por que a Resolução ARSI nº 30/2014 se encontra, por ora, com seus efeitos suspensos por decisão judicial, não tendo, desta forma, como ser sobreposta, até mesmo em respeito ao princípio constitucional de separação dos poderes que devem ser independentes, porém harmônicos.





ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Agência Reguladora de Saneamento Básico
e Infraestrutura Viária do Espírito Santo

Processo TC 12.529/14

Folha 137

137

Desta forma se há uma decisão judicial, já em segunda instância, sobre o caso, não deve existir, decisão do Poder executivo ou do Poder Legislativo que a contrarie.

Segundo, por que a ARSI não possui competência legal para fazer o que se postula. Como já dito, a **ARSI NÃO É PODER CONCEDENTE**.

Não menos importante, ainda se faz necessário informar que o Estado do Espírito Santo, Poder Concedente, por intermédio de seu governador a época, Sr. Renato Casagrande, imputou a ARSI a responsabilidade de adotar medida administrativa apta a salvaguardar o interesse público.

É público e notório que o então governador postou em página oficial no facebook: *"Daqui a pouco, anuncio oficialmente a decisão de suspender a cobrança de pedágio na Terceira Ponte. Já determinei a minha equipe que analise em profundidade o relatório preliminar divulgado pelo Tribunal de Contas, que apontou desequilíbrio de quase 800 milhões de reais no contrato com a empresa operadora, para decidirmos outras medidas administrativas cabíveis. Dei o prazo de trinta dias para a conclusão deste estudo. E volto a afirmar: respeitaremos todos os trâmites legais, mas não permitiremos que o estado fique no prejuízo."*

Tal decisão foi amplamente divulgada pela imprensa e foi reforçada em diversas entrevistas dadas à época.

Por não se constituir em poder concedente, os diretores entenderam que à ARSI não restava outra alternativa naquele momento senão a de suspender a cobrança da tarifa, de forma parcial e temporária.

É de bom alvitre salientar que uma agência reguladora deve ter como premissa o poder de fiscalização permanente, mediante decisões rápidas e eficientes, pois o ambiente com quem lidam é muito dinâmico. Melhor dizendo, as agências reguladoras



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



Agência Reguladora de Saneamento Básico
e Infraestrutura Viária do Espírito Santo

Processo TC 12.529/14

Tomada 189

necessitam de instrumentos e ferramentas que possam ser aplicados de imediato diante de riscos sistêmicos.

Ademais, nunca é demais ressaltar que o reequilíbrio econômico e financeiro pode ser realizado sempre que necessário, e, que eventual prejuízo suportado pela Concessionária pode ser compensado por meio do reequilíbrio.

Por esta razão, buscando uma decisão rápida e eficiente, a diretoria da ARSI, exercendo suas competências legais, entendeu ser a suspensão do contrato a medida mais adequada a ser tomada no conturbando momento vivenciado pela sociedade espírito-santense diante da notícia veiculada pelo Tribunal de Contas do Estado e transmitida por diversos meios de comunicação em massa que narravam que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. se encontrava em superávit de R\$ 798 milhões em detrimento da sociedade espírito-santense.

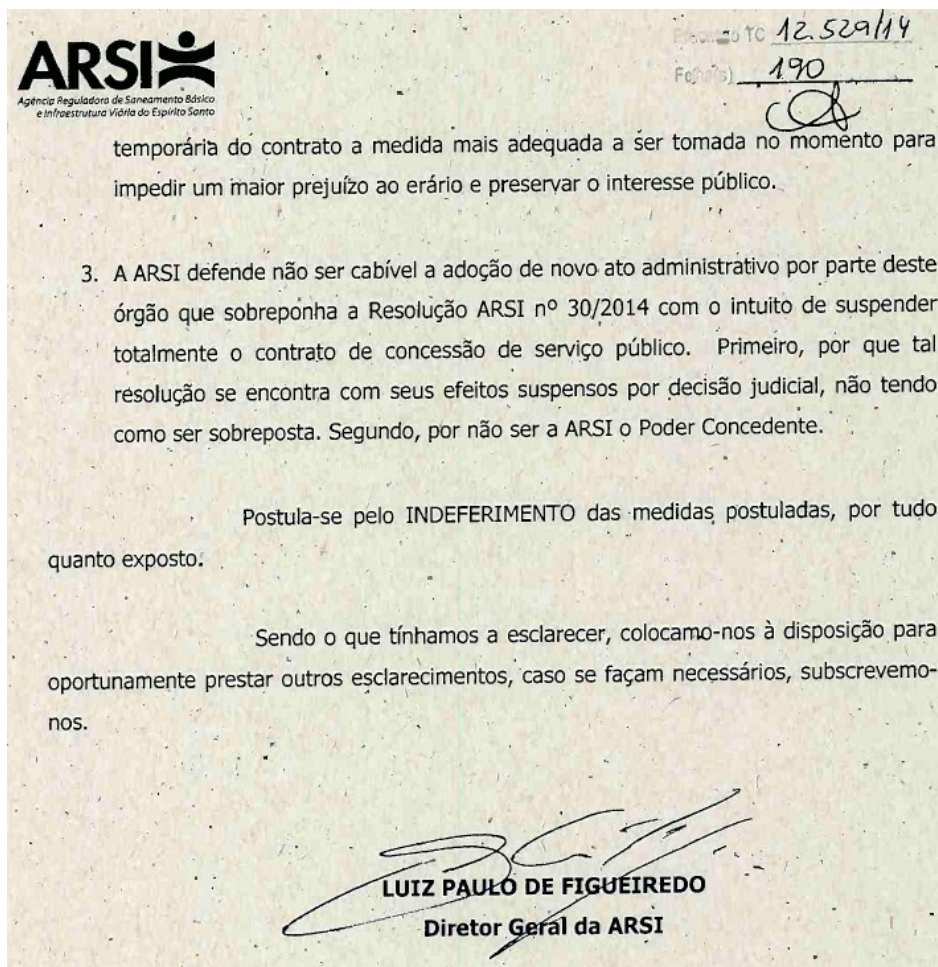
3. CONCLUSÃO

Diante o exposto, destaca-se as seguintes informações:

- 
1. A Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI não é o poder concedente no que tange ao contrato de concessão de serviços públicos nº 01/1998, limitando-se tão somente a regular, controlar e fiscalizar o serviço público de infraestrutura viária, fixar as tarifas atinentes e garantir o cumprimento dos contratos firmados pelo Poder Concedente.
 2. Que os alegados vícios formais da Resolução ARSI nº 30/2014 apontados pelo Ministério Público Especial de Contas não se configuram, uma vez que a edição da Resolução está amparada pelo artigo 45 da Lei 9784/1999 e pela cláusula XX do contrato 01/98, estando tal decisão devidamente motivada. A referida cláusula prevê a possibilidade do contrato ser suspenso, razão pela qual a diretoria da ARSI, na qualidade de ente fiscalizador contrato, entendeu ser a suspensão parcial e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas



1.13 03/02/2015 – Concessionária Rodovia do Sol presta informações ao Tribunal de Contas

Por seu turno, em **03/02/2015** a **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**, devidamente representada por seus advogados, protocolizou sua defesa (fl. 193 a 276 do Processo TC 12529/2014), arguindo, em síntese, que sejam *“julgados improcedentes todos e cada um dos pedidos formulados na medida cautelar ora respondida, diante da demonstrada carência de base legal e fática que os sustente”*.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

1.14 14/04/2015 – Tribunal de Justiça suspende a resolução da Agência Reguladora, determinando a volta da cobrança de pedágio na Terceira Ponte

Confirmando a tese lançada pelo MPC-ES, em **14/04/2015** a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo dá provimento ao **Agravo de Instrumento nº 0040338-57.2014.8.08.0024** – mencionado na resposta da ARSI –, interposto pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** nos autos da **Ação Civil Pública nº 1147553-37.1998.8.8.0024**, determinando a suspensão dos efeitos da Resolução ARSI nº 30/2014 **em razão da sua ilegalidade formal**, decisão que origina o direito da concessionária de ser indenizada pelo Estado do Espírito Santo e pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol, em relação aos prejuízos financeiros decorrentes da suspensão indevida da cobrança do pedágio da Terceira Ponte, circunstância que legitima esta Corte de Contas a aferir as responsabilidades dos agentes públicos envolvidos, conforme pleiteado pelo MPC-ES. Transcreve-se, a seguir, a ementa do acórdão prolatado no mencionado agravo de instrumento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº **0040338-57.2014.8.08.0024**

AGVTE: CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S/A – RODOSOL

AGVDO: AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E
INFRAESTRUTURA VIÁRIA – ARSI

JUIZ: DR. PAULO CÉSAR DE CARVALHO

RELATORA: DESª. **ELIANA JUNQUEIRA MUNHÓS FERREIRA**

A C Ó R D ã O

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESOLUÇÃO ARSI Nº 30/2014. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DO PEDÁGIO NA PONTE DARCY CASTELLO DE MENDONÇA. APARENTE NULIDADE FORMAL DO ATO ADMINISTRATIVO. CLÁUSULAS DE PRIVILÉGIO. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES. MECANISMOS DEFINIDOS EM LEI. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. ATO QUE CONTRARIA ORDEM JUDICIAL. REMUNERAÇÃO. DIERITO DA CONCESSIONÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1) A ação da qual se origina este recurso não encerra digressões a respeito da política tarifária prevista no Contrato de Concessão nº 01/98, firmado entre a Concessionária Rodovia do Sol S/A e o Estado do Espírito Santo, limitando-se a apontar a existência de irregularidades formais no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ato administrativo editado pela Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária (Resolução nº 30/2014) que determinou a suspensão da cobrança de tarifas em trecho que compõe o Sistema Rodovia do Sol.

2) Nos contratos administrativos é inequívoca a incidência das cláusulas de privilégio, ou exorbitantes, prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado, a exemplo da faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, a intervenção na concessão e a retomada do serviço pela encampação, fundada em motivos de interesse público. Não há, no entanto, margem para arbitrariedades: a lei fixa as diretrizes cuja inobservância implicará a nulidade de eventual ingerência do poder público.

3) O alegado desequilíbrio contratual, consistente na obtenção de lucro excessivo pela concessionária, aparentemente, teria decorrido do inadequado reajuste das tarifas ao longo dos anos, o que constitui, supostamente, hipótese de descumprimento contratual.

4) O descumprimento contratual pode render ensejo à extinção do contrato de concessão, fundada na caducidade (art. 38 da Lei nº 8.987/95), cuja declaração deve ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurada a ampla defesa (art. 38, inc. VII). Antes, impõe a lei que a concessionária seja notificada para, em cento e oitenta dias, apresentar documentação relativa à regularidade fiscal (art. 38, §1º). **Trata-se de atividade vinculada dos agentes da Administração, os quais não podem agir em detrimento da lei, subvertendo por inteiro a ordem procedimental ali prescrita.**

5) **O alegado caráter preventivo não é capaz de conferir contornos de legalidade à Resolução, na medida em que em casos de excepcional emergência, a lei faculta ao poder concedente intervir diretamente na prestação do serviço, com o fim de manter a adequada prestação a suas finalidades e para garantir o fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais.** A intervenção só se legitima diante da presença das formalidades previstas nos arts. 32 e 33 da Lei Federal nº 8.987/95 e da Lei Estadual nº 5.720/98, entre as quais se inclui a edição de decreto pelo Governador do Estado e a designação de interventor.

6) O controle e a fixação das tarifas dos serviços estaduais de infraestrutura viária, a teor da Lei Complementar nº 477, incluem-se no âmbito de atuação da ARSI, no entanto, a mera deliberação dessa entidade, sobretudo em detrimento da formalidade estabelecida no art. 17, § 3º, **não autoriza ingerências dessa ordem na execução do contrato, na medida em que impõe à concessionária o dever de cumprir suas obrigações não obstante a suspensão de sua principal fonte de recursos.**

7) O ato administrativo impugnado extravasa a ordem judicial lavrada nos autos da ação civil pública nº 1147553-37.1998.8.8.0024, a qual determinou apenas a suspensão parcial da tarifa no trecho da ponte Darcy Castello de Mendonça, assegurado a cobrança de valores suficientes a manter a adequada prestação do serviço, até a conclusão da auditoria do Tribunal de Contas. Em que pese o poder-dever de autotutela da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Administração, os fatos que ensejaram a decisão administrativa estão sob o crivo do Poder Judiciário, não lhe sendo facultado adotar medidas que vão de encontro à deliberação judicial, **excetuadas aquelas autorizadas por lei, a exemplo da intervenção ou caducidade da concessão.**

8) A principal fonte de recursos da concessionária advém da cobrança de tarifa e não é razoável, à míngua de processo administrativo regular ou de ordem judicial que assim determine, impor à concessionária o ônus de arcar, com recursos próprios, a manutenção dos trechos que integram a área de concessão, em prejuízo das cláusulas financeiras do contrato.

9) A remuneração constitui direito da concessionária pela prestação do serviço público. **Se vislumbra o poder concedente indícios de descumprimento contratual ou se dissipado o interesse público que justificava a concessão, é dever do Estado, e não mera faculdade, apurar irregularidades e, se for o caso, promover a extinção do contrato, atento aos rigorosos ditames legais.**

10) **Recurso conhecido e provido para deferir a antecipação de tutela, suspendendo os efeitos da Resolução ARSI nº 30/2014, e, em consequência, restabelecer a decisão liminar determinada nos autos da ação civil pública nº 1147553-37.1998.8.8.0024, a qual ordenou a manutenção da tarifa no trecho da ponte Darcy Castello de Mendonça em patamar suficiente à prestação adequada do serviço público.**

ACORDA a Egrégia Terceira Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, **conhecer e dar provimento ao recurso**, nos termos do voto da relatora.

Vitória/ES, 14 de abril de 2015.

DESEMBARGADOR PRESIDENTE

DESEMBARGADORA RELATORA

1.15 21/08/2015 – Ministério Público de Contas emite parecer requerendo a suspensão imediata do contrato de concessão da Rodosol

Em **21/08/2015**, após a elaboração da Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2013, peça técnica que encerrou a instrução processual da Representação TC 5591/2013, o Ministério Público de Contas emitiu o [Parecer 4365/2015](#)¹⁴, requerendo, **pela terceira vez**, a suspensão imediata do contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol em razão da gravidade dos fatos apurados pelas duas comissões multidisciplinares de auditores de controle externo do TCE-ES:

¹⁴ Disponível em: <http://www.mpc.es.gov.br/2015/08/parecer-do-mpc-segue-conclusao-da-area-tecnica-e-pede-suspensao-imediata-do-contrato-de-concessao-da-rodosol/>. Acesso em: 23 abr. 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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 respeito⁴³.

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

1.16 23/02/2017 – Relator encaminha feito à Secex Engenharia para análise dos pressupostos para concessão da medida cautelar incidental

Dando continuidade ao procedimento para apreciação dos pedidos cautelares formulados pelo MPC-ES nos autos da Representação TC 12529/2014, o conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo profere em **23/02/2017** o **Despacho nº 8411/2017** (fl. 314 a 320 do Processo TC 12529/2014), encaminhando o feito à Secretaria Geral de Controle Externo do TCE-ES para análise e manifestação dos pedidos cautelares, alertando a área técnica quanto à *“estreita relação do processo objeto dos autos (TC 12529/2014) com o processo TC 5591/2013, que se encontra instruído com a respectiva ITC e procedida a devida sustentação oral”*.

Despacho 08411/2017-1

Processo: 12529/2014-3
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
Criação: 23/02/2017 17:38



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Origem: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

ASSUNTO: Representação

REPRESENTANTE: Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo

JURISDICIONADO: Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI

REFERÊNCIA: Concessão nº. 001/1998

À Secretaria-Geral de Controle Externo,

Trata-se de representação, protocolada nesta Corte de Contas pelo **Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo**, representado pelo Doutor Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, na data de 19 de novembro de 2014, protocolo eletrônico nº 50157/2014-9 (fl.147) (anteriormente protocolado com o nº 16526/2014, f.1) **pleiteando, em caráter incidental ao processo TC 5591/2013, a concessão de medidas cautelares no Contrato de Concessão nº 001/1998**, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES, e a Concessionária Rodovia do Sol S/A - RODOSOL, cuja fiscalização é a cargo da Agência Reguladora de saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo - Arsi¹⁵.

Este expediente tão logo chegou ao meu Gabinete foi solicitado pelo Procurador Geral de Contas, senhor Luis Henrique Anastácio da Silva, o qual foi imediatamente a ele encaminhado conforme despacho (fl.148), na data de 20 de novembro de 2014, tendo este retornado ao meu Gabinete na data de 22 de dezembro de 2014, véspera do recesso de final de ano dessa Corte de Contas, quando solicitei sua autuação.

Traz a peça de representação uma exposição detalhada dos fatos que iniciaram os trabalhos de fiscalização na Concessão, e os fundamentos dos achados de auditoria registrados no **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**, consignado nos autos do processo TC 5591/2013.

Tendo em vista que o tema tratado nesta representação refere-se ao processo TC 5591/2013, que à época, estava em fase final de análise conclusiva na área técnica desta Corte de Contas bem como, dada a magnitude dos valores envolvidos e por prudência, deixei o exame da medida de urgência pleiteada e seus pressupostos para serem analisados após a oitiva prévia dos responsáveis, nos termos do artigo 307, § 1º do Regimento Interno do TCEES.

Neste sentido esta Relatoria prolatou, em 22/12/2014, a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014** (fls. 151-155), cujo dispositivo ora se reproduz:

3 DISPOSITIVO

¹⁵ A Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (Arsi) e a Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo (Aspe) fundiram-se e criaram a Agência de Regulação de Serviços Públicos (**ARSP**) nos termos da Lei Complementar nº 827 de 1º de julho 2016.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Assim, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria, em atendimento à solicitação do Ministério Público de Contas, **DECIDO**:

3.1 Na forma do art. 288, inc. VII2 c/c art. 307 §1º, ambos da Resolução TC 261/2013, seja expedida **NOTIFICAÇÃO** aos responsáveis, Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI e Concessionária Rodovia do Sol S/A, inclusive com utilização de meio eletrônico ou fax, para que, no **PRAZO de 15 (quinze) dias**, tendo em vista a complexidade do tema, contados a partir do dia 20 de janeiro de 2015 quando volta a fruição dos prazos processuais nesta Corte de Contas, para que apresentem informações que entenderem necessárias acerca da representação oferecida.

Seja ainda encaminhada aos agentes responsáveis cópia da representação, também por meio digital.

3.2 Que sejam cientificados, com cópia da representação em meio digital, os representantes da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo - ALES, do Ministério Público de Estado do Espírito Santo, do Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo, do Governo do Estado do Espírito Santo, A Procuradoria Geral do Estado, ao Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (TJES), ao Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual – Comarca da Capital, bem como a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Estado do Espírito Santo – ARSI, Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, E a Concessionária Rodovia do Sol S.A.

Após manifestação dos responsáveis, sejam encaminhados os autos a este Gabinete.

À **Secretaria-Geral das Sessões** para os impulsos necessários.

Nesse passo foram emitidos os Termos de Notificações TC 2.899/2014 e TC 2.900/2014 (fls. 156-157) fixando o prazo de 15 (quinze) dias para que a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI e Concessionária Rodovia do Sol S/A, apresentassem informações que entendessem necessárias acerca da representação oferecida.

Em atendimento à Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014, a **Arsi**, por meio do ofício OF/ARSI/DG nº 023/2015 (fls. 178-190), datado de **02/02/2015**, encaminhou documentos impressos contendo informações.

Em atendimento à Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014, a **RODOSOL**, por meio de seus procuradores, protocolizou em **03/02/2015** documentos impressos que se encontram juntados às fls. 193-312. Em **05/02/2015** os autos foram encaminhados a este gabinete para instrução.

Não obstante e considerando que a representação objeto dos autos (processo TC 12529/2014) pleiteia, **em caráter incidental ao processo TC 5591/2013, a concessão de medidas cautelares no Contrato de**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Concessão nº 001/1998, saliente, a título de informação, a cronologia dos fatos que repercutiram no andamento dos mesmos.

Conforme é de conhecimento público, em **08/07/2013** foi dada entrada neste Tribunal de Contas o expediente (Protocolo 08680/2013), **Processo TC 5591/2013**, que trata de Representação enviada a esta Corte de Contas pelo **Estado do Espírito Santo**, juntamente com o **Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Ministério Público de Contas, Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo e a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo - ARSI**, com pedido de instauração de fiscalização no Edital de Concorrência Pública e execução da **Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** do DER/ES, referente ao Sistema Rodovia do Sol que engloba a Ponte Deputado Darcy Castelo de Mendonça (3ª Ponte) e a Rodovia ES-060.

Em 24/03/2014, foi protocolizada pela RODOSOL Concessionária Rodovia do Sol S/A Questão de Ordem (Processo TC 1921/2014), arguindo: (a) o meu impedimento na relatoria da auditoria (Processo TC 5591/2013); (b) a declaração de coisa julgada administrativa com relação ao procedimento licitatório e respectivo Contrato de Concessão n.º 01/1998; e, (c) o reconhecimento do cerceamento de defesa, fundamentando que a auditoria foi instaurada por determinação judicial com o escopo de perícia técnica, incorrendo notificação da empresa RODOSOL para manifestar-se nos autos.

Em 13/05/2014, foi publicado o Acórdão TC 210/2014 (Processo TC 1921/2014), que preliminarmente, negou seguimento à arguição de impedimento, e, quanto à declaração de coisa julgada administrativa e cerceamento de defesa, **não conheceu da questão de ordem**.

Em 06/06/2014, foi impetrado o **Mandado de Segurança (MS 0015699-47.2014.8.08.0000)** pela RODOSOL, alegando inobservância do procedimento previsto nos artigos 340 a 345 do RITCES, referente ao Incidente de Impedimento.

Somente em **01/06/2015** foi publicada **decisão judicial concedendo a segurança**, e determinando a repetição do procedimento referente ao Incidente de Impedimento, em razão da necessidade de observância do devido processo legal.

Nesse interim e dando sequência aos trabalhos, o Núcleo de Estudos e Análises Conclusivas – NEC elaborou a Instrução Técnica Conclusiva - **ITC 308/2015 do Processo TC 5591/2013** (fls. 24.628 - 25.757, vols. CXII - CXVI). Na sequência a SEGEX encaminhou a referida ITC ao gabinete do Relator, **em 20/01/2015**.

Após as providências de estilo, foram os autos encaminhados ao Ministério público de Contas - MPC para manifestação, em **21/01/2015**.

Em **23/03/2015**, Excelentíssimo Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, Doutor Luis Henrique Anastácio da Silva, encaminhou ao Relator o Ofício nº 126/MPC/GAB/LHAS-2015 (fl. 25.762, vol. CXVI), nos seguintes termos:

“Informo a que conclusão dos trabalhos, qual seja, análise e emissão do parecer escrito nos autos do Processo TC 5591/2013, não será



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

possível dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, conforme previsto, tendo em vista à extensão e a complexidade empreendida”

Ato contínuo, o Plenário foi devidamente cientificado da referida comunicação na 8ª Sessão Ordinária realizada em **24/03/2015**, por meio de Comunicação Plenária (fl. 25.763, vol. CXVI).

Em 23/06/2015, os autos do **Processo TC 5591/2013** foram instruídos com a juntada de cópia da decisão preliminar proferida nos autos do processo TC-6489/2015, que determinou a **suspensão do Processo TC 5591/2013**, a partir da emissão de parecer pelo Ministério Público de Contas, até a decisão definitiva do incidente de impedimento ou deliberação em contrário do Plenário desta Corte.

Em conformidade com a Decisão Preliminar supramencionada o Processo **TC 5591/2013** ficou suspenso até a 41ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 15/12/2015, quando o Plenário deste Tribunal de Contas **DECIDIU**, por maioria, nos termos do voto do Relator, Senhor Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel, **pela rejeição do incidente de impedimento proposto pela Concessionária Rodovia do Sol S.A.** (processo TC-6489/2015 - **Acórdão TC 2027/2015**, publicado em 26/01/2016).

Em **05/02/2016**, RODOSOL interpôs **Agravo (Processo TC 990/2016)**, em face do **Acórdão TC 2027/2015** (Processo TC 6489/2015), com pedido de atribuição de **efeito suspensivo**.

Logo após, porém, em **15/02/2016**, a RODOSOL impetrou **Mandado de Segurança**, autuado no Tribunal de Justiça sob o nº **0003666-54.2016.8.08.0000**, no qual foi, **na mesma data** proferida decisão liminar determinando a **suspensão do trâmite do processo TC 5591/2013**.

Diante do fato e, em cumprimento da decisão judicial, o **processo TC 5591/2013** foi **retirado da pauta** de julgamento prevista para 16/02/2016.

No dia **15/09/2016** o **Mandado de Segurança nº 0003666-54.2016.8.08.0000** foi **julgado** pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ocasião em que foi **DENEGADA A SEGURANÇA e REVOGADA A LIMINAR anteriormente concedida**, nos termos do acórdão publicado no dia 29/09/2016.

Diante de tais fatos foi autorizada judicialmente a continuidade do julgamento dos autos dos processos **TC 5591/2013**.

Foi impetrado em **20/10/2016**, pela RODOSOL, **Recurso Ordinário** em face da decisão que denegou a segurança no MS nº 0003666-54.2016.8.08.0000.

Em **29/11/2016**, o pedido de efeito suspensivo, elaborado pela RODOSOL no Agravo (Processo TC 990/2016), **foi apreciado pelo Plenário** desta Corte de Contas na 42ª Sessão Plenária, que decidiu pelo **indeferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao Agravo interposto** – Decisão 3510/2016, publicado no Diário Oficial Eletrônico do TCEES em 06/12/2016.

Diante do exposto encaminho os autos a esta Secretaria Geral para **análise e manifestação atentado para o fato da estreita relação do processo objeto dos autos (TC 12529/2016) com o processo TC**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

5591/2013 que se encontra instruído com a respectiva ITC e procedida a devida sustentação oral.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
Conselheiro Relator

1.17 08/03/2017 – Secex Engenharia reconhece a existência dos pressupostos para concessão da medida cautelar incidental pleiteada pelo Ministério Público de Contas, porém propõe seu indeferimento

Recebidos os autos pela Secretaria Geral de Controle Externo (Segex), esta unidade técnica encaminha o feito à Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia (Secex Engenharia) para análise quanto ao preenchimento dos requisitos necessários à concessão dos pedidos cautelares formulados pelo MPC-ES (fl. 322 do Processo TC 12529/2014), quais sejam, a suspensão total do contrato de concessão e a intervenção da Estado do Estado do Espírito Santo na **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**

Ao examinar os fundamentos lançados pelo Parquet de Contas mediante **Manifestação Técnica 207/2017** produzida em **08/03/2017**, a **Secex Engenharia reconhece expressamente a existência dos requisitos para concessão das medidas cautelares propostas pelo MPC-ES.**

No entanto, de forma atípica e peculiar, conquanto atenta à observação feita pelo conselheiro relator (de que o Processo TC 12529/2014 possui estreita relação com Processo TC 5591/2013), a Secex Engenharia concluiu pelo **indeferimento dos pedidos cautelares** por entender que a concessão das medidas cautelares pleiteadas deveria ser promovida por meio de cognição exauriente, e não de forma perfunctória, sugerindo que a decisão seja tomada pelo Plenário do TCE-ES por ocasião do julgamento final do feito, o qual fora interrompido para análise dos novos elementos apresentados pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL** por ocasião da sustentação oral proferida por seu representante legal.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Reproduz-se, adiante, a íntegra da referida manifestação técnica:

MANIFESTAÇÃO TÉCNICA

PROCESSO TC: 12.529/2014
ASSUNTO: Representação
REPRESENTANTE: Ministério Público Especial de Contas do Espírito Santo
JURISDICIONADO: Agência de Regulação de Serviços Públicos – ARSP (criada com fusão da Arsi e da Aspe)
EXERCÍCIOS: 1983 a 2013
REFERÊNCIA: Concessão 1/1998
RELATOR: Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

1. INTRODUÇÃO

O presente processo refere-se a pedido em caráter incidental de “**CONCESSÃO DE MEDIDAS CAUTELARES**” nos autos da **Representação TC 5591/2013**” (fl. 3), protocolizado nesta Corte de Contas pelo Ministério Público Especial de Contas do Estado do Espírito Santo, representado pelo Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, relativamente ao Contrato de Concessão 1/1998, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES, e a Concessionária Rodovia do Sol S/A, cuja fiscalização está, atualmente, a cargo Agência de Regulação de Serviços Públicos – ARSP (criada com a fusão da Arsi e da Aspe).

2. SÍNTESE PROCESSUAL

O presente pedido foi protocolizado em 20 de novembro de 2014, tendo sido acostado às fls. 1/71, com documentação suporte de fls. 72/146.

Na Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014, de 22/12/2014, fls. 151/155, o Conselheiro Relator recebeu o pedido cautelar como representação, por entender presentes os requisitos dos artigos 101 da LCE 621/2012 (LOTCEES) e 183 a 186 da Res. TC 261/2013 (RITCEES), deixando o exame da medida de urgência pleiteada para momento posterior à oitiva prévia dos responsáveis, nos termos do artigo 307, § 1º, do RITCEES, tendo em vista que o tema tratado referia-se ao Processo TC 5591/2013, o qual estava, à época, em fase final de análise conclusiva na área técnica do Tribunal.

Os Responsáveis foram regularmente notificados para em 15 dias prestarem informações, conforme Termo de fls. 165, que certificou a juntada, em 5/1/2015, das contrafés dos Termos de Notificações da Rodosol e da Arsi.

A Arsi protocolizou suas informações em 2/2/2015 (fl. 177) e a Rodosol em 3/2/2015 (fl. 193), tempestivamente, conforme certidão de fls. 192.

Na sequência processual, no Despacho 08411/2017-1 (de 23/2/2017 – fls. 314/320), o Conselheiro Relator justificou os motivos que levaram a não apreciação do pedido cautelar até o presente momento, chamando, ainda, a atenção para o fato da estreita relação entre o objeto deste feito e o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

daquele tratado no Processo TC 5591/2013, que se encontra instruído com ITC e sustentação oral.

Assim, vieram os autos a esta Secex Engenharia, para manifestação preliminar sobre os pressupostos das cautelares (art. 307, §2º, do RITCEES), conforme Despachos 8949/2017-1 e 08411/2017-1.

3. ANÁLISE DE ADMISSIBILIDADE COMO REPRESENTAÇÃO

A DECM 2165/2014 recebeu o presente pedido cautelar como representação, entendendo presentes os requisitos de admissibilidade.

Contudo, o presente processo versa sobre pedido cautelar e tem como fundamento o Processo TC 5591/2013.

Diante disso, o mais acertado teria sido recebê-lo como simples petição no Processo TC 5591/2013 e não como processo autônomo.

4. DA CAUTELAR

4.1 DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DE CAUTELARES

O art. 376 do RITCEES prevê dois pressupostos específicos para a concessão de cautelares no âmbito desta Corte de Contas, quais sejam: I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

4.1.1. Do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*)

O fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio está evidente no caso dos autos, pois as irregularidades apontadas na ITC 308/2015-1, do Processo TC 5591/2013, apontam prejuízos econômicos da ordem de R\$ 613.388.613,57 até a data-base de outubro de 2013.

Oportuno frisar que o processo TC 5591/2013 já possui Instrução Técnica Conclusiva, que, mesmo após a apreciação dos argumentos de defesa, entendeu pela manutenção das irregularidades apontadas, inclusive, com determinação de anulação do contrato e promoção de sua avaliação econômico-financeira na data da efetiva extinção (item 5.2.2.3.2).

Assim, passados poucos mais de três anos da data-base de outubro de 2013, e continuando o contrato vigente – com a cobrança das tarifas de pedágio, com a manutenção dos valores de investimentos constantes nas planilhas da proposta da concessionária e com a não realização dos investimentos na conservação especial da rodovia –, é evidente que ainda persistem os prejuízos econômicos apontados pela auditoria, mesmo se considerados o período de suspensão da cobrança do pedágio e a redução de seus valores.

4.1.2. Do risco de ineficácia da decisão de mérito



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

De outro norte, **a perpetuação no tempo das irregularidades apontadas no Processo TC 5591/2013, traz dia a dia a ineficácia da decisão de mérito**, entendida esta eficácia como a capacidade de a decisão produzir o resultado dela esperado: a descontinuidade do ato lesivo ao erário.

Considerado dessa maneira, **entende-se presente o risco de ineficácia da decisão de mérito em razão da continuidade da lesão diária ao erário**.

5. DO APENSAMENTO DOS AUTOS

Como o presente processo trata de pedido cautelar incidental ao Processo TC 5591/2013, **referente aos mesmos fatos lá analisados, é imperativo o apensamento definitivo dos autos**, na forma disciplinada pelo artigo 277, § 1º, do RITCEES, a fim de se evitarem decisões conflitantes nos dois processos.

Não se verificam os impedimentos ao apensamento, elencados no artigo 279 do RITCEES, **pois não resultará prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos – haja vista que o presente processo não requer instrução própria, além da que já foi produzida, por ser uma cautelar incidental ao Processo 5591/2013** –, não há risco de prescrição e nenhum dos processos está em grau de recurso.

6. CONCLUSÃO

Verifica-se a presença do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e do risco de ineficácia da decisão de mérito, o que autoriza a concessão da medida cautelar pretendida, nos termos do artigo 376 do Regimento Interno do TCEES (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261/2013.

Contudo, pelo adiantado estágio de instrução do Processo TC 5591/2013, que se encontra em fase de elaboração de Manifestação Técnica para análise dos argumentos trazidos com a sustentação oral, entende-se que, por esta peculiaridade do caso, o mais prudente seja adotar as providências cautelares requeridas nesses autos – que representam nada mais que as providências previstas no artigo 111 da LOTCEES e no artigo 208, §§ 2º a 4º, do RITCEES para a sustação de contratos – não através de uma cognição perfunctória, mas na decisão de cognição exauriente do feito.

7. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, na forma do artigo 311 do RITCEES, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- O apensamento dos autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, § 1º, do RITCEES; e
- **O indeferimento, nos termos da fundamentação contida no item 6, das providências cautelares requeridas neste processo**, determinando-se a oitiva das partes, para que se pronunciem em até dez dias, na forma do artigo 307, § 3º do RITCEES.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

DILMAR GARCIA MACEDO
AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO
MAT. 203.596

1.18 14/03/2017 – Relator acolhe proposta da Secex Engenharia, reconhecendo o preenchimento dos requisitos para concessão de medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção na Concessionária Rodovia do Sol, porém votando pelo indeferindo do pleito do Ministério Público de Contas

Por ocasião da Sessão Plenária realizada em 14/03/2017, o ilustre conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo proferiu **Voto do Relator nº 1266/2017** na Representação TC 12259/2014 (fl. 329 a 325), acolhendo integralmente a Manifestação Técnica da SecexEngenharia, propôs ao Plenário do TCE-ES o indeferimento das providência cautelares requeridas pelo MPC-ES e o apensamento dos autos ao Processo TC 5591/2013. *In verbis*:

Voto do Relator 01266/2017-2

Processo: 12529/2014-3
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
Criação: 15/03/2017 12:14
Origem: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Processo TC: 12.529/2014
Assunto: Representação
Representante: Ministério Público Especial de Contas do Espírito Santo
Jurisdicionado: Agência de Regulação de Serviços Públicos – ARSP (criada com fusão da ARSI e da ASPE)
Exercícios: 1983 a 2013
Referência: Concessão 001/1998

Exmo. Senhor Presidente,
Exmos. Senhores Conselheiros,
Exmo. Senhor Representante do Ministério Público Especial de Contas.

VOTO

1 HISTÓRICO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Trata-se de representação protocolada nesta Corte de Contas pelo **Ministério Público Especial de Contas**, representado pelo Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, na data de 19 de novembro de 2014, protocolo eletrônico nº 50157/2014-9 (f.147) (anteriormente protocolado com o nº 16526/2014, f.1) pleiteando, em caráter incidental ao processo TC 5591/2013, a concessão de medidas cautelares no Contrato de Concessão nº 001/1998, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES, e a Concessionária Rodovia do Sol S/A, cuja fiscalização ficou a cargo da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), depois sucedida Agência de Regulação de Serviços Públicos – ARSP.

Este expediente tão logo chegou ao meu Gabinete foi solicitado pelo Procurador Geral de Contas, senhor Luis Henrique Anastácio da Silva, o qual foi imediatamente a ele encaminhado conforme despacho de folhas 148, na data de 20 de novembro de 2014, tendo este retornado ao meu Gabinete na data de 22 de dezembro de 2014, quando solicitei sua autuação.

Traz a peça de representação uma exposição detalhada dos fatos que iniciaram os trabalhos de fiscalização na Concessão, e os fundamentos dos achados de auditoria registrados no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, consignado nos autos do processo TC 5591/2013.

Na ocasião, alegou o Ministério Público de Contas que, considerando que o Estado do Espírito Santo não teria condições de retomar a prestação dos serviços delegados, a existência de *fumus boni iuris* demonstrado no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, e o *periculum in mora* pelo agravamento dos danos, pela continuidade de cobrança da tarifa de pedágio na Rodovia do Sol, pela eventual declaração de nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 pelo Poder Judiciário, pelo receio da continuidade de práticas ilegais na gestão do patrimônio público, e pelo tempo de tramitação do processo TC 5591/2013 até decisão final considerando sua complexidade, dentre outros, **requereu**:

- 1 – Que se determine à ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, bem como ao Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES), que promovam a **SUSPENSÃO** total do Contrato de Concessão nº 001/1998 por meio da edição de novo ato administrativo que se sobreponha à Resolução ARSI nº 30/2014;
- 2 – Em caso de não atendimento à determinação anterior pela ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, ou pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES), no prazo assinalado, comunicar o fato à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES) para que esta adote cautelarmente o disposto no artigo 71, § 1º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, sem prejuízo de aplicação de sanção pecuniária desta Corte de Contas nos moldes do artigo 135, inciso IV, e § 2º da LC 621/2012;
- 3 – Promova o acompanhamento da medida deliberada com vistas à adoção da prerrogativa conferida ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo pelo artigo 71, § 2º, da CE;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

4 – Na hipótese de não acolhimento do pedido formulado de suspensão total do Contrato de Concessão, por esta egrégia Corte, tendo em vista a injustificável sonegação de informações à Equipe Técnica desta Corte de Contas relativas às receitas tarifárias e marginais auferidas pela empresa, bem como o reiterado descumprimento de normas contratuais, regulamentares e legais por parte da empresa desde a celebração do Contrato, que se DETERMINE à ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES que adote medidas de INTERVENÇÃO do Estado do Espírito Santo na Concessionária Rodovia do Sol S/A, e

5 – independentemente do deferimento ou não das medidas cautelares pleiteadas, que seja a decisão comunicada à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo - ALES, ao Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (TJES), ao Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES), e aos signatários iniciais da Representação consignada no processo TC 5591/2014 (Governador do Estado do Espírito Santo Sr. Renato Casagrande; Procurador Geral do Estado Sr. Rodrigo Marques de Abreu Judice; Procurador Geral de Justiça, Sr. Eder Pontes da Silva; aos Promotores de Justiça, Sra. Sandra Lengruber da Silva e Sr. Marcelo Lemos Vieira; Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, Sr. Luiz Paulo de Figueiredo.

Na Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014, de 22/12/2014, fls. 151/155, este Conselheiro Relator recebeu o pedido cautelar como representação, por entender presentes os requisitos dos artigos 101 da LCE 621/2012 (LOTCEES) e 183 a 186 da Res. TC 261/2013 (RITCEES), deixando o exame da medida de urgência pleiteada para momento posterior à oitiva prévia dos responsáveis, nos termos do artigo 307, § 1º, do RITCEES, tendo em vista que o tema tratado referia-se ao Processo TC 5591/2013, o qual estava, à época, em fase final de análise conclusiva na área técnica do Tribunal.

Procedidos os chamamentos processuais, vieram aos autos as informações apresentadas pela ARSI, em 2/2/2015 (fl. 177) e pela Rodosol, em 3/2/2015 (fl. 193), tempestivamente, conforme certidão de fls. 192.

Na sequência procedimental, no Despacho 08411/2017-1 (de 23/2/2017 – fls. 314/320), justifiquei os motivos pelos quais levaram a não apreciação do pedido cautelar até o presente momento, a cronologia dos fatos que repercutiram no andamento do feito, chamando, ainda, a atenção para o fato da estreita relação entre o objeto deste feito e o daquele tratado no Processo TC 5591/2013, que se encontra instruído com instrução técnica conclusiva, parecer ministerial e em fase de sustentação oral.

Assim foram os autos remetidos à Secex Engenharia, para manifestação preliminar sobre os pressupostos das cautelares (art.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

307, § 2º, do RITCEES¹⁶), conforme Despachos 8949/2017-1 e 08411/2017-1.

De posse dos autos, a Secex Engenharia fez acostar ao feito Manifestação Técnica 00207/2017-3 com o seguinte teor:

4.1 DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DE CAUTELARES

O art. 376 do RITCEES prevê dois pressupostos específicos para a concessão de cautelares no âmbito desta Corte de Contas, quais sejam: I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

4.1.1. Do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*)

O fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio está evidente no caso dos autos, pois as irregularidades apontadas na ITC 308/2015-1, do Processo TC 5591/2013, apontam prejuízos econômicos da ordem de R\$ 613.388.613,57 até a data-base de outubro de 2013.

Oportuno frisar que o processo TC 5591/2013 já possui Instrução Técnica Conclusiva, que, mesmo após a apreciação dos argumentos de defesa, entendeu pela manutenção das irregularidades apontadas, inclusive, com determinação de anulação do contrato e promoção de sua avaliação econômico-financeira na data da efetiva extinção (item 5.2.2.3.2).

Assim, passados poucos mais de três anos da data-base de outubro de 2013, e continuando o contrato vigente – com a cobrança das tarifas de pedágio, com a manutenção dos valores de investimentos constantes nas planilhas da proposta da concessionária e com a não realização dos investimentos na conservação especial da rodovia –, é evidente que ainda persistem os prejuízos econômicos apontados pela auditoria, mesmo se considerados o período de suspensão da cobrança do pedágio e a redução de seus valores.

4.1.2. Do risco de ineficácia da decisão de mérito

De outro norte, a perpetuação no tempo das irregularidades apontadas no Processo TC 5591/2013, traz dia a dia a ineficácia da decisão de mérito, entendida esta eficácia como a capacidade de a decisão produzir o resultado dela esperado: a descontinuidade do ato lesivo ao erário.

¹⁶ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

§ 1º Se o Relator entender que, antes de ser adotada a medida cautelar, o responsável deva ser ouvido, determinará a sua notificação, por decisão monocrática preliminar, para prestar informações, no prazo de até cinco dias.

§ 2º Antes ou após a prestação das informações, o Relator poderá apreciar o pedido de medida cautelar ou, caso entenda necessário, determinar a instrução preliminar do feito para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Considerado dessa maneira, entende-se presente o risco de ineficácia da decisão de mérito em razão da continuidade da lesão diária ao erário.

5. DO APENSAMENTO DOS AUTOS

Como o presente processo trata de pedido cautelar incidental ao Processo TC 5591/2013, **referente aos mesmos fatos lá analisados**, é imperativo o apensamento definitivo dos autos, na forma disciplinada pelo artigo 277, §1º, do RITCEES, a fim de se evitarem decisões conflitantes nos dois processos.

Não se verificam os impedimentos ao apensamento, elencados no artigo 279 do RITCEES, **pois não resultará prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos – haja vista que o presente processo não requer instrução própria, além da que já foi produzida, por ser uma cautelar incidental ao Processo 5591/2013** –, não há risco de prescrição e nenhum dos processos está em grau de recurso.

6. CONCLUSÃO

Verifica-se a presença do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e do risco de ineficácia da decisão de mérito, o que autoriza a concessão da medida cautelar pretendida, nos termos do artigo 376 do Regimento Interno do TCEES (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261/2013.

Contudo, pelo adiantado estágio de instrução do Processo TC 5591/2013, que se encontra em fase de elaboração de Manifestação Técnica para análise dos argumentos trazidos com a sustentação oral, entende-se que, por esta peculiaridade do caso, o mais prudente seja adotar as providências cautelares requeridas nesses autos – que representam nada mais que as providências previstas no artigo 111 da LOTCEES e no artigo 208, §§ 2º a 4º, do RITCEES para a sustação de contratos – não através de uma cognição perfunctória, mas na decisão de cognição exauriente do feito.

7. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, na forma do artigo 311 do RITCEES, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- O apensamento dos autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, §1º, do RITCEES; e
- O indeferimento, nos termos da fundamentação contida no item 6, das providências cautelares requeridas neste processo, determinando-se a oitiva das partes, para que se pronunciem em até dez dias, na forma do artigo 307, §3º do RITCEES.

É o relatório.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2 - FUNDAMENTAÇÃO

Sustenta a área técnica que o presente processo trata de pedido cautelar incidental ao Processo TC 5591/2013, referente aos mesmos fatos lá analisados, razão pela qual entende ser imperativo o apensamento definitivo dos autos, na forma disciplinada pelo artigo 277, §1º, do RITCEES, a fim de se evitarem decisões conflitantes nos dois processos.

Ainda sobre esse aspecto assinala o órgão de instrução que, no caso vertente, não se verificam os impedimentos ao apensamento, elencados no artigo 279 do RITCEES, pois não resultará prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos – haja vista que o presente processo não requer instrução própria, além da que já foi produzida, por ser uma cautelar incidental ao Processo 5591/2013 –, não há risco de prescrição e nenhum dos processos está em grau de recurso.

Em face disso, acolho a sugestão de apensamento dos autos deste processo ao procedimento TC 5591/2013.

Sobre o pedido de medidas cautelares do Ministério Público de Contas, a unidade técnica deste Tribunal concluiu que, pelo adiantado estágio de instrução do Processo TC 5591/2013, que se encontra em fase de elaboração de Manifestação Técnica para análise dos argumentos trazidos com a sustentação oral, entende-se que, por esta peculiaridade do caso, o mais prudente seja adotar as providências cautelares requeridas nesses autos – que representam nada mais que as providências previstas no artigo 111 da LOTCEES e no artigo 208, §§ 2º a 4º, do RITCEES para a sustação de contratos – não através de uma cognição perfunctória, mas na decisão de cognição exauriente do feito, entendimento que também corroboro, por entender bem razoável e fundamentada a motivação apresentada na Manifestação Técnica 00207/2017-3.

3 DISPOSITIVO

Assim, ante o exposto e tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, acolho a proposta da unidade técnica deste Tribunal de Contas e VOTO pelo:

- 3.1 Apensamento dos autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, §1º, do RITCEES; e
- 3.2 Indeferimento das providências cautelares requeridas neste processo, nos termos da fundamentação aqui apresentada, dando-se ciência ao representante, consoante o disposto no § 7º do art. 307 do Regimento Interno deste Tribunal.

À Secretaria-Geral das Sessões para os impulsos necessários.

Após manifestação que couberem, sejam encaminhados os autos a este Gabinete.

Vitória, 14 de março de 2017.

Sebastião Carlos Ranna de Macedo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Conselheiro Relator

1.19 14/03/2017 – Tribunal de Contas segue voto do relator reconhecendo o preenchimento dos requisitos para concessão de medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção na Concessionária Rodovia do Sol, porém indefere o pleito do Ministério Público de Contas

A proposta de voto do conselheiro relator foi acompanhada à unanimidade pelo Plenário do TCE-ES, lavrando-se a **Decisão nº 777/2017**, cuja íntegra colaciona-se a seguir, além de instruir este recurso em anexo próprio:

Decisão 00777/2017-2

Processo: 12529/2014-3
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
Criação: 21/03/2017 14:59
Origem: SGS - Secretaria-Geral das Sessões

Responsáveis: Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, Concessionária Rodovia do Sol S.A.

Procuradores: Guilherme Valderato Mathias, Rodrigo Loureiro Martins, João Pedro Bion, Matheus Pinto de Almeida, Frederico Ferreira, Sérgio Bermudes.

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – JURISDICIONADO: ARSI - AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO – 1) APENSAR AO PROCESSO TC-5591/2013 – 2) INDEFERIR CAUTELAR – 3) DAR CIÊNCIA AO REPRESENTANTE.

O SENHOR RELATOR, CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de representação protocolada nesta Corte de Contas pelo **Ministério Público Especial de Contas**, representado pelo Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, na data de 19 de novembro de 2014,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

protocolo eletrônico nº 50157/2014-9 (f.147) (anteriormente protocolado com o nº 16526/2014, f.1) pleiteando, em caráter incidental ao processo TC 5591/2013, a concessão de medidas cautelares no Contrato de Concessão nº 001/1998, firmado entre o Estado do Espírito Santo, por intermédio do DER/ES, e a Concessionária Rodovia do Sol S/A, cuja fiscalização ficou a cargo da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), depois sucedida Agência de Regulação de Serviços Públicos – ARSP.

Este expediente tão logo chegou ao meu Gabinete foi solicitado pelo Procurador Geral de Contas, senhor Luis Henrique Anastácio da Silva, o qual foi imediatamente a ele encaminhado conforme despacho de folhas 148, na data de 20 de novembro de 2014, tendo este retornado ao meu Gabinete na data de 22 de dezembro de 2014, quando solicitei sua autuação.

Traz a peça de representação uma exposição detalhada dos fatos que iniciaram os trabalhos de fiscalização na Concessão, e os fundamentos dos achados de auditoria registrados no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, consignado nos autos do processo TC 5591/2013.

Na ocasião, alegou o Ministério Público de Contas que, considerando que o Estado do Espírito Santo não teria condições de retomar a prestação dos serviços delegados, a existência de *fumus boni iuris* demonstrado no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, e o *periculum in mora* pelo agravamento dos danos, pela continuidade de cobrança da tarifa de pedágio na Rodovia do Sol, pela eventual declaração de nulidade da Resolução ARSI nº 30/2014 pelo Poder Judiciário, pelo receio da continuidade de práticas ilegais na gestão do patrimônio público, e pelo tempo de tramitação do processo TC 5591/2013 até decisão final considerando sua complexidade, dentre outros, **requereu**:

1 – Que se determine à ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, bem como ao Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES), que promovam a SUSPENSÃO total do Contrato de Concessão nº 001/1998 por meio da edição de novo ato administrativo que se sobreponha à Resolução ARSI nº 30/2014;

2 – Em caso de não atendimento à determinação anterior pela ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, ou pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES), no prazo assinalado, comunicar o fato à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES) para que esta adote cautelarmente o disposto no artigo 71, § 1º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, sem prejuízo de aplicação de sanção pecuniária desta Corte de Contas nos moldes do artigo 135m inciso IV, e § 2º da LC 621/2012;

3 – Promova o acompanhamento da medida deliberada com vistas à adoção da prerrogativa conferida ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo pelo artigo 71, § 2º, da CE;

4 – Na hipótese de não acolhimento do pedido formulado de suspensão total do Contrato de Concessão, por esta egrégia Corte, tendo em vista a injustificável sonegação de informações à Equipe Técnica desta Corte de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Contas relativas às receitas tarifárias e marginais auferidas pela empresa, bem como o reiterado descumprimento de normas contratuais, regulamentares e legais por parte da empresa desde a celebração do Contrato, que se DETERMINE à ARSI – Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES que adote medidas de INTERVENÇÃO do Estado do Espírito Santo na Concessionária Rodovia do Sol S/A, e

5 – independentemente do deferimento ou não das medidas cautelares pleiteadas, que seja a decisão comunicada à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo - ALES, ao Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (TJES), ao Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES), e aos signatários iniciais da Representação consignada no processo TC 5591/2014 (Governador do Estado do Espírito Santo Sr. Renato Casagrande; Procurador Geral do Estado Sr. Rodrigo Marques de Abreu Judice; Procurador Geral de Justiça, Sr. Eder Pontes da Silva; aos Promotores de Justiça, Sra. Sandra Lengruber da Silva e Sr. Marcelo Lemos Vieira; Diretor Geral da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do ES, Sr. Luiz Paulo de Figueiredo.

Na Decisão Monocrática Preliminar DECM 2165/2014, de 22/12/2014, fls. 151/155, este Conselheiro Relator recebeu o pedido cautelar como representação, por entender presentes os requisitos dos artigos 101 da LCE 621/2012 (LOTCEES) e 183 a 186 da Res. TC 261/2013 (RITCEES), deixando o exame da medida de urgência pleiteada para momento posterior à oitiva prévia dos responsáveis, nos termos do artigo 307, § 1º, do RITCEES, tendo em vista que o tema tratado referia-se ao Processo TC 5591/2013, o qual estava, à época, em fase final de análise conclusiva na área técnica do Tribunal.

Procedidos os chamamentos processuais, vieram aos autos as informações apresentadas pela ARSI, em 2/2/2015 (fl. 177) e pela Rodosol, em 3/2/2015 (fl. 193), tempestivamente, conforme certidão de fls. 192.

Na sequência procedimental, no Despacho 08411/2017-1 (de 23/2/2017 – fls. 314/320), justifiquei os motivos pelos quais levaram a não apreciação do pedido cautelar até o presente momento, a cronologia dos fatos que repercutiram no andamento do feito, chamando, ainda, a atenção para o fato da estreita relação entre o objeto deste feito e o daquele tratado no Processo TC 5591/2013, que se encontra instruído com instrução técnica conclusiva, parecer ministerial e em fase de sustentação oral.

Assim foram os autos remetidos à Secex Engenharia, para manifestação preliminar sobre os pressupostos das cautelares (art. 307, §2º, do RITCEES), conforme Despachos 8949/2017-1 e 08411/2017-1.

De posse dos autos, a Secex Engenharia fez acostar ao feito Manifestação Técnica 00207/2017-3 com o seguinte teor:

4.1 DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DE CAUTELARES



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O art. 376 do RITCEES prevê dois pressupostos específicos para a concessão de cautelares no âmbito desta Corte de Contas, quais sejam: I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

4.1.1. Do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*)

O fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio está evidente no caso dos autos, pois as irregularidades apontadas na ITC 308/2015-1, do Processo TC 5591/2013, apontam prejuízos econômicos da ordem de R\$ 613.388.613,57 até a database de outubro de 2013.

Oportuno frisar que o processo TC 5591/2013 já possui Instrução Técnica Conclusiva, que, mesmo após a apreciação dos argumentos de defesa, entendeu pela manutenção das irregularidades apontadas, inclusive, com determinação de anulação do contrato e promoção de sua avaliação econômico-financeira na data da efetiva extinção (item 5.2.2.3.2).

Assim, passados poucos mais de três anos da data-base de outubro de 2013, e continuando o contrato vigente – com a cobrança das tarifas de pedágio, com a manutenção dos valores de investimentos constantes nas planilhas da proposta da concessionária e com a não realização dos investimentos na conservação especial da rodovia –, é evidente que ainda persistem os prejuízos econômicos apontados pela auditoria, mesmo se considerados o período de suspensão da cobrança do pedágio e a redução de seus valores.

4.1.2. Do risco de ineficácia da decisão de mérito

De outro norte, a perpetuação no tempo das irregularidades apontadas no Processo TC 5591/2013, traz dia a dia a ineficácia da decisão de mérito, entendida esta eficácia como a capacidade de a decisão produzir o resultado dela esperado: a descontinuidade do ato lesivo ao erário.

Considerado dessa maneira, entende-se presente o risco de ineficácia da decisão de mérito em razão da continuidade da lesão diária ao erário.

5. DO APENSAMENTO DOS AUTOS

Como o presente processo trata de pedido cautelar incidental ao Processo TC 5591/2013, referente aos mesmos fatos lá analisados, é imperativo o apensamento definitivo dos autos, na forma disciplinada pelo artigo 277, § 1º, do RITCEES, a fim de se evitarem decisões conflitantes nos dois processos.

Não se verificam os impedimentos ao apensamento, elencados no artigo 279 do RITCEES, pois não resultará prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos – haja vista que o presente processo não requer instrução própria, além da que já foi produzida, por ser



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

uma cautelar incidental ao Processo 5591/2013 –, não há risco de prescrição e nenhum dos processos está em grau de recurso.

6. CONCLUSÃO

Verifica-se a presença do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e do risco de ineficácia da decisão de mérito, o que autoriza a concessão da medida cautelar pretendida, nos termos do artigo 376 do Regimento Interno do TCEES (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261/2013.

Contudo, pelo adiantado estágio de instrução do Processo TC 5591/2013, que se encontra em fase de elaboração de Manifestação Técnica para análise dos argumentos trazidos com a sustentação oral, entende-se que, por esta peculiaridade do caso, o mais prudente seja adotar as providências cautelares requeridas nesses autos – que representam nada mais que as providências previstas no artigo 111 da LOTCEES e no artigo 208, §§ 2º a 4º, do RITCEES para a sustação de contratos – não através de uma cognição perfunctória, mas na decisão de cognição exauriente do feito.

1. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, na forma do artigo 311 do RITCEES, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- O apensamento dos autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, §1º, do RITCEES; e
- O indeferimento, nos termos da fundamentação contida no item 6, das providências cautelares requeridas neste processo, determinando-se a oitiva das partes, para que se pronunciem em até dez dias, na forma do artigo 307, § 3º do RITCEES.

É o relatório.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

Sustenta a área técnica que o presente processo trata de pedido cautelar incidental ao Processo TC 5591/2013, referente aos mesmos fatos lá analisados, razão pela qual entende ser imperativo o apensamento definitivo dos autos, na forma disciplinada pelo artigo 277, §1º, do RITCEES, a fim de se evitarem decisões conflitantes nos dois processos.

Ainda sobre esse aspecto assinala o órgão de instrução que, no caso vertente, não se verificam os impedimentos ao apensamento, elencados no artigo 279 do RITCEES, pois não resultará prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos – haja vista que o presente processo não requer instrução própria, além da que já foi produzida, por ser uma cautelar incidental ao Processo 5591/2013 –, não há risco de prescrição e nenhum dos processos está em grau de recurso.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Em face disso, acolho a sugestão de apensamento dos autos deste processo ao procedimento TC 5591/2013.

Sobre o pedido de medidas cautelares do Ministério Público de Contas, a unidade técnica deste Tribunal concluiu que, pelo adiantado estágio de instrução do Processo TC 5591/2013, que se encontra em fase de elaboração de Manifestação Técnica para análise dos argumentos trazidos com a sustentação oral, entende-se que, por esta peculiaridade do caso, o mais prudente seja adotar as providências cautelares requeridas nesses autos – que representam nada mais que as providências previstas no artigo 111 da LOTCEES e no artigo 208, §§ 2º a 4º, do RITCEES para a sustação de contratos – não através de uma cognição perfunctória, mas na decisão de cognição exauriente do feito, entendimento que também corroboro, por entender bem razoável e fundamentada a motivação apresentação na Manifestação Técnica 00207/2017-3.

3 DISPOSITIVO

Assim, ante o exposto e tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, acolho a proposta da unidade técnica deste Tribunal de Contas e **VOTO** pelo:

- 3.1 Apensamento dos autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, §1º, do RITCEES; e
- 3.2 Indeferimento das providências cautelares requeridas neste processo, nos termos da fundamentação aqui apresentada, dando-se ciência ao representante, consoante o disposto no § 7º do art. 307 do Regimento Interno deste Tribunal.

À Secretaria-Geral das Sessões para os impulsos necessários.

Após manifestação que couberem, sejam encaminhados os autos a este Gabinete.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo TC-12529/2014-3, **DECIDE** o Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, na 6ª sessão ordinária, realizada no dia quatorze de março de dois mil e dezessete, sem divergência, nos termos do voto do relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

1. **Apensar os autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013**, em cumprimento ao artigo 277, § 1º, do RITCEES¹⁷;

¹⁷ Art. 277. O apensamento de processos, em caráter definitivo ou temporário, decorrente da conexão ou continência, observará as disposições específicas do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

Redação Anterior:

Art. 277. O apensamento de processos, em caráter definitivo ou temporário, decorrente de dependência, conexão ou continência, observará as disposições específicas do Código de Processo Civil.

§ 1º O apensamento definitivo dos processos poderá se efetivar quando ocorrer a conexão ou continência, a fim de evitar decisões conflitantes, observado o princípio da segurança jurídica. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2. **Indeferir** as providências cautelares requeridas neste processo, nos termos da fundamentação aqui apresentada;

3. **Dar** ciência ao representante, consoante o disposto no § 7º do art. 307 do Regimento Interno deste Tribunal;

Absteve-se de votar, por suspeição, o conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Sala das Sessões, 14 de março de 2017.

Conselheiro JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL
Vice-Presidente

1.20 03/04/2017 – Ministério Público de Contas recebe feito para ciência da decisão que indeferiu seu pedido cautelar incidental

Em **31/03/2017**, os autos da Representação TC 1259/2014 foram remetidos pela Secretaria Geral das Sessões a este Parquet de Contas para ciência da **Decisão 777/2017**, conforme registrado no **Despacho 15099/2017** (fl. 346), sendo recebidos pela Secretaria do Ministério Público de Contas em **03/04/2017**, consoante certificação aposta na mesma folha (Anexo I).

1.21 18/04/2017 – Núcleo de Estudos Conclusivos não acolhe os novos argumentos oferecidos pela Concessionária Rodovia do Sol por ocasião da sustentação oral no Processo TC 5591/2013, mantendo todas as irregularidades

Por fim, como resultado da análise das teses e dos documentos juntados pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** por ocasião da sustentação oral, em **18/04/2017** o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC) emitiu a **Manifestação Técnica 516/2017** (Anexo II) na Representação TC 5591/2013 (fl. 26078 a 26360 da Representação TC 5591/2013), reiterando *in totum* as análises,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

conclusões e proposta de encaminhamento constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015**. *In verbis*:

MANIFESTAÇÃO TÉCNICA 516/2017

[...]

À Coordenadora do Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC),

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tratam os autos sobre a Representação¹⁸ proposta pelo Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Governador, senhor Renato Casagrande, e pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado, senhor Rodrigo Marques de Abreu Júdice; em conjunto com o Ministério Público do Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Procurador-Geral de Justiça, senhor Eder Pontes da Silva, e pelos Promotores de Justiça, Drs. Sandra Lengruber da Silva e Marcelo Lemos Vieira; e Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (Arsi), representado pelo seu Diretor Geral, Ilmo. senhor Luiz Paulo de Figueiredo.

O feito já conta com a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** (fls. 24628-25274, vols. CXII ao CXIV), acompanhada dos Apêndices “A” até “S” (fls. 25275-25757, vols. CXIV ao CXVI), na qual se concluiu pela “[...] **nulidade do Contrato de Concessão de Serviço Público 1/98, diante dos vícios insanáveis apurados, e o patente desequilíbrio econômico-financeiro da relação contratual**”, sendo sugerida, dentre outras propostas de encaminhamento, que este Tribunal assine prazo para que a Arsi proceda à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol). Registre-se que a conclusão e proposta de encaminhamento da ITC 308/2015 encontram-se às fls. 25248-25274.

Após a prolação da ITC 308/2015 foram os autos encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que ofertou o **Parecer PPJC 4365/2015** (fls. 25768-25829, vol. CXVI), datado de 21/08/2015, no qual corrobora as proposições contidas na ITC 308/2015, bem como **requer a concessão de tutela antecipada, inaudita altera pars, para que seja determinado “[...] ao Diretor Geral da Agência 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”**.

Em paralelo à tramitação destes autos foi protocolizado, pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, em 03/06/2015, expediente autuado em apenso (TC 6489/2015) como “Incidente de Impedimento”, no qual a

¹⁸ Conforme Despacho de fl. 1.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ora terceira interessada requereu¹⁹ o reconhecimento, por esta Corte de Contas, do impedimento do Exmo. Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo para atuar como Relator do presente processo de fiscalização.

Com o recebimento do Incidente de Impedimento (TC 6489/2015, em apenso) determinou²⁰ o então Presidente do TCEES, Conselheiro Domingos Augusto Taufner, através da Decisão Preliminar datada de 23/06/2015 (fls. 25766-25767, vol. CXVI), a suspensão do Processo TC 5591/2013 “[...] a partir da emissão de parecer pelo Ministério Público de Contas, até decisão definitiva do incidente de impedimento [...]” (Cópia da Decisão Preliminar às fls. 25766-25767, vol. CXVI).

O Incidente de Impedimento (TC 6489/2015, em apenso) foi submetido a julgamento na sessão realizada em 15/12/2015, tendo o Plenário desta Corte, por maioria de votos²¹, decidido pela sua rejeição conforme ementa do Acórdão TC 2027/2015²² ora reproduzida:

ACÓRDÃO TC 2027/2015

EMENTA

**INCIDENTE DE IMPEDIMENTO – CONCESSIONÁRIA
RODOVIA DO SOL S/A – REJEITAR INCIDENTE DE
IMPEDIMENTO – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR (g.n).**

Com a rejeição do incidente de impedimento determinou a Presidência desta Corte (fl. 25838, vol. CXVI), em 17/12/2015, o encaminhamento destes autos ao Exmo. Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

Entretanto, os autos retornaram ao Gabinete de Presidência por despacho do Exmo. Conselheiro Relator (fl. 25844, vol. CXVI), datado de 18/02/2016, tendo em vista a interposição, em 05/02/2016, de recurso de Agravo pela Concessionária (Processo TC 990/2016) em face do Acórdão TC 2027/2015, bem como o deferimento, pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), de liminar no Mandado de Segurança nº 0003666-54.2016.8.08.0000²³, impetrado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, no qual foi determinada a este Sodalício a suspensão do presente processo.

No recurso de Agravo (Processo TC 990/2016), além da reforma do *decisum* proferido nos autos do Incidente de Impedimento, requereu a Concessionária a concessão de efeito suspensivo ao recurso, pedido este que foi rejeitado pelo Plenário desta Corte na Decisão 3510/2016 publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES em 06/12/2016.

Importante registrar que a Decisão 3510/2016 (Plenário), constante do TC 990/2016, além de rejeitar o pedido de efeito suspensivo ao agravo interposto pela Rodosol, cuidou de noticiar fato extrínseco relevante a estes autos, qual seja, o julgamento do mérito discutido no Mandado de

¹⁹ Petição às fls. 02-25 do Proc. TC 6489/2015 (em apenso).

²⁰ Fls. 55-56 do Proc. TC 6489/2015 (em apenso).

²¹ Votou pelo acolhimento do incidente de impedimento o Exmo. Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges (fls. 115-128 do TC 6489/2015, em apenso).

²² Fls. 138-160 do TC 6489/2015 (em apenso).

²³ Informação constante na Decisão Plenária 3510/2016 passada nos autos do TC 990/2016.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Segurança nº 0003666-54.2016.8.08.0000, tendo o Tribunal de Justiça deste estado, em sessão realizada em 15/09/2016, decidido pela denegação da segurança e revogação da liminar, anteriormente concedida, que havia determinado a suspensão do Processo TC 5591/2013. Eis a ementa do acórdão proferido pelo Egrégio TJES:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINAR DE PREVENÇÃO - INCIDÊNCIA APENAS QUANDO SE TRATAM DE RECURSOS RELATIVOS AO MESMO PROCESSO ORIGINÁRIO OU A PROCESSOS FUNCIONALMENTE LIGADOS - CONEXÃO DE AÇÕES FIRMADA APENAS QUANDO HÁ RISCO DE DECISÕES CONTRADITÓRIAS - APLICAÇÃO DA SÚMULA 235 DO STJ PRELIMINAR REJEITADA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO SEM EFEITO SUSPENSIVO TÍPICO AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO PELA ADMINISTRAÇÃO NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 5º, I, DA LEI Nº 12.016/2009 PRELIMINAR REJEITADA **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARTICIPAÇÃO DE JULGADOR QUE JÁ OCUPOU O CARGO DE AUDITOR-GERAL DO ESTADO ART. 289 DO RITCES ART. 144 DO NCPC ART. 134 DO CPC/73 REGRAS OBJETIVAS DE IMPEDIMENTO INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - IMPOSSIBILIDADE - SEGURANÇA DENEGADA.**

I - A prevenção prevista no § 1º do artigo 164, do RITJES, não se aplica em feitos oriundos de processos distintos e que não sejam funcionalmente ligados, ainda que haja similaridade de matéria. Precedente do E. TJES.

II - A teor da Súmula 235 do STJ, a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado. Preliminar de prevenção rejeitada.

III A carência de ação, nos termos do art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009, somente ocorre quando efetivamente obtido o efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto concomitantemente à impetração do mandado de segurança. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada.

IV - O instituto do impedimento, diferentemente da suspeição, caracteriza-se por ter natureza jurídica de ordem objetiva, o que acarreta na presunção absoluta (*juris et de jure*) de parcialidade do julgador.

V As hipóteses de impedimento elencadas no art. 144 do NCPC, outrora previstas no art. 134 do CPC/73, são taxativas, inadmitindo-se interpretação extensiva. Precedentes.

VI Na espécie, não se vislumbra o impedimento de Conselheiro do Tribunal de Contas Estadual para julgar processo que tem por objeto o contrato de concessão envolvendo a Impetrante, eis que não demonstrado que atuara como mandatário ou perito nos aludidos autos ou em processo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

conexo, não havendo, pois, violação ao art. 289 do Regimento Interno do e. Tribunal de Contas deste Estado.

VII **Segurança denegada** (Mandado de Segurança nº 0003666-54.2016.8.08.0000, Data do Julgamento: 15/09/2016, Data da Publicação: 29/09/2016, Relator: Des. Robson Luiz Albanez) (g.n).

De acordo com o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) a Concessionária Rodovia do Sol S.A, irresignada com o julgamento do Mandado de Segurança nº 0003666-54.2016.8.08.0000, interpôs, em 20/10/2016, Recurso Ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), não havendo, até o momento, informações acerca de atribuição de efeito suspensivo ao recurso²⁴.

Dessa forma, afastada a suspensão, retornou a presente relação processual ao seu trâmite normal sendo juntado aos autos, em 21/12/2016, o Relatório de Voto do Exmo. Conselheiro Relator (fls. 25851-25905, vol. CXVI) no qual noticia a existência de requerimentos de sustentação oral, senão vejamos:

Há pedidos de sustentação oral, conforme o requerimento do **senhor EDUARDO ANTÔNIO M. GIMENES** (protocolo nº 6962/2014), o requerimento da **senhora MARIA PAULA DE S. MARTINS** (protocolo nº 8059/2014), o requerimento do **senhor LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO** (protocolo nº 8060/2014), o **requerimento da CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A** (protocolos nºs 7955/2014 e 17954/2016) e o requerimento do **senhor José Eduardo Pereira** (protocolo nº 2400/2016), todos os pedidos deferidos, nos termos regimentais (g.n).

O processo foi colocado em julgamento, perante esta E. Corte de Contas, na 45ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 20/12/2016, na qual foi proferida sustentação oral pelo Dr. Rodrigo Loureiro Martins, advogado da Concessionária Rodovia do Sol S.A regularmente constituído nos autos²⁵. Registre-se que os demais solicitantes não empreenderam sustentação oral.

Às fls. 25906-25912 (vol. CXVI) encontram-se as notas taquigráficas referentes à sustentação oral do patrono da Concessionária Rodovia do Sol S.A. Já às fls. 25923-26004 (vol. CXVII) encontram-se juntados: i) o documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), intitulado pela Rodosol como “[...] *complementação das suas razões de defesa* [...]”²⁶; ii) o documento de fls. 26006-26057 referente ao “Laudo Econômico” que, por sua vez, consubstancia os resultados da perícia avaliativa sobre o “[...] *impacto econômico- financeiro de eventos ocorridos no Contrato Nº 01/98* [...]” determinada pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Vitória-ES nos autos da ação civil pública nº 024.980.193.312.

Importante esclarecer que o julgamento do processo havia sido pautado originalmente para a 3ª Sessão Ordinária de 2016, do Plenário desta

²⁴ Conforme pesquisa, realizada em 15/02/2017, no sítio eletrônico do STJ.

²⁵ Instrumento procuratório à fl. 25862 (vol. CXVI).

²⁶ Conforme requerimento de fls. 25920-25921 (CXVII).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Corte, que se realizou em 16/02/2016. Entretanto, com a interposição do recurso de agravo e do ajuizamento, perante o TJES, do Mandado de Segurança nº 0003666-54.2016.8.08.0000, o julgamento nesta Corte de Contas foi adiado, vindo a ter seu início, como já se disse, na 45ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 20/12/2016, quando se deu a sustentação oral da Concessionária Rodovia do Sol S.A.

O prosseguimento da oportunidade de produção de defesa oral pelas demais partes do processo se deu na 1ª Sessão Ordinária do Plenário em 2017, realizada em 31/01/2017, sem que houvesse a sustentação dos demais solicitantes, razão pela qual, na forma do § 6º do art. 327 do RITCEES, o Relator, no Despacho 4837/2017²⁷, emitido na mesma data, declarou preclusa a oportunidade dos requerentes faltantes, bem como, solicitou a juntada da documentação produzida na fase de defesa oral, sendo então incluídos os documentos de fls. 25923-26004 e 26006-26057 (vol. CXVII), suprarreferidos, que haviam sido apresentados pela Concessionária Rodovia do Sol S.A em 15/02/2016²⁸, ou seja, na véspera da sessão plenária então designada para o julgamento da presente Representação, então marcada para 16/02/2016.

No Despacho 4837/2017, foi ainda determinado, pelo Exmo. Conselheiro Relator, o encaminhamento dos autos, para análise e manifestação, à equipe que outrora fora responsável pela Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015.

Dessa forma, vieram os autos a este Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC) para apreciação dos argumentos tecidos pela Concessionária Rodovia do Sol S.A na oportunidade da sustentação oral, na forma do Regimento Interno desta Corte de Contas.

2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

Após a sustentação oral realizada por causídico da Concessionária Rodosol na 45ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida em 20/12/2016, cujas notas taquigráficas encontram-se às fls. 25906-25912 (vol. CXVI), foi determinada, pela Relatoria (fl.26058, vol. CXVII), a juntada das notas taquigráficas e da documentação anteriormente²⁹ apresentada pela Concessionária e que se encontra às fls. 25920-26057 (vol.CXVII).

Na documentação apresentada pela Concessionária tem-se o requerimento de fls. 25920-25921, protocolizado em 15/02/2016, no qual a Concessionária, além de informar que havia interposto recurso de Agravo contra o acórdão que havia rejeitado o Incidente de Impedimento, teceu o seguinte pedido:

2. Ademais, em conformidade com o disposto no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno desta e. Corte de Contas, que autoriza as partes, antes do início do julgamento, **apresentar novos documentos**, a suplicante requer V. Exa. Se digne determinar a juntada: **(a) da complementação das suas razões de defesa, tendo em vista que a RODOSOL não foi**

²⁷ Despacho de fl. 26061 (vol. CXVII).

²⁸ Conforme "Recibo" do NCD à fl. 25919 (vol. CXVII).

²⁹ A documentação foi protocolizada nesta Corte em 15/02/2016 conforme "Recibo" do NCD à fl. 25919.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

intimada para contraditar a Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 (doc. 01); e (b) do laudo pericial apresentado nos autos ação civil pública nº 1147553-37.1998.8.08.0024, que evidencia o absurdo das conclusões da ³⁰abjeta ITC 308/2015 (doc. 2) (g.n).

Como se pode ver do excerto acima, os documentos juntados aos autos pela Concessionária Rodosol, e que seguiram para análise e manifestação da Área Técnica, se referem: i) à “*complementação de suas razões de defesa*” (fls. 25923-26004); ii) ao laudo pericial apresentado na Ação Civil Pública (nº 1147553-37.1998.8.08.0024) em trâmite na justiça estadual (fls. 26006-26057, vol. CXVII).

Entretanto, tendo em vista: i) que a Concessionária Rodovia do Sol S.A apresentou a peça contestatória de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) cujas teses foram exaustivamente apreciadas na ITC 308/2015; ii) a ocorrência do fenômeno da preclusão, aperfeiçoado quando da apresentação das justificativas em resposta à citação, tem-se que serão analisadas, nesta peça, matérias de defesa apresentadas por oportunidade da sustentação oral e eventualmente ignoradas pela ITC 308/2015, bem como, documentos novos, produzidos após a apresentação das justificativas (ou aqueles a que a parte só teve acesso em momento posterior).

Além desses tópicos, serão apreciadas eventuais matérias de ordem pública, visto que não precluem.

Cabe observar que não serão reexaminadas as anomalias tratadas nos tópicos 3.12 (*Fiscalização deficiente do Poder Concedente*) e 3.14 (*Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria*) da ITC 308/2015, uma vez que a Rodosol não trouxe nenhuma argumentação quanto a estes itens, valendo rememorar que o indício de irregularidade retratado no tópico 3.14 restou afastado na ITC 308/2015.

3 QUESTÕES PRÉVIAS - PRELIMINARES

3.1 Da “suspensão impositiva” do presente processo em razão de ação judicial em curso – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII)

Alegações:

Sustenta a Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “1” ao “4” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), em tópico intitulado “Suspensão Impositiva”, que este processo (TC 5591/2013) deveria ter o seu curso suspenso em razão da tramitação, perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Vitória, de ação civil pública (tombada sob o número de ordem 1147553-37.1998.8.08.0024) ajuizada pelo Ministério Público

³⁰ Abjeto é sinônimo de canalha, sórdido, sujo, repelente, nojento, nauseabundo, imundo, ignóbil, desprezível, asqueroso, torpe, baixo, vil.
Para maiores informações acerca da extensão conceitual do signo “*abjeta*”, confira em: <https://www.dicio.com.br/abjeto/>. Acesso em 25 abr 2017.
Nota de Rodapé não constante no texto original.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Estadual em face do Estado do Espírito Santo e na qual se questiona o procedimento licitatório que culminou no contrato de concessão da Rodovia do Sol.

Alega, ainda, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, que pelo fato de ter o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Vitória determinado a realização de perícia, nos autos da ação civil pública suprarreferida, estaria este Tribunal de Contas Estadual obrigado a suspender a presente relação processual, “[...] até a decisão final da referida ação civil pública, pois [...] qualquer decisão contrária dessa e. Corte de Contas sobre a questão não teria eficácia contra a CONCESSIONÁRIA, caso sua conclusão seja distinta daquela adotada na instância judicial”.

Análise:

Aduz a Concessionária Rodovia do Sol S.A que haveria a necessidade premente de suspensão deste feito em razão da existência de Ação Civil Pública (nº 1147553-37.1998.8.08.0024) em trâmite na justiça estadual. Ou seja, na ótica da Concessionária o processo judicial prevaleceria sobre os processos de competência destas Corte de Contas de modo a causar-lhes a suspensão até decisão final no Poder Judiciário, mormente quando adviesse a determinação, pelo juízo, de perícia para a instrução da ação judicial.

Ora, não assiste qualquer razão à Concessionária Rodovia do Sol S.A em sua pretensão de suspensão processual eis que este TCEES, a exemplo dos demais Tribunais de Contas, tem competência fixada constitucionalmente e constitui instância independente do Judiciário, nesse sentido segue esclarecedor julgado emanado do Tribunal de Contas da União, vejamos:

Contratação pública – Licitação – Fiscalização – Competência do TCU – Instância independente – TCU

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que **a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte (de Contas) cumpra sua missão constitucional**. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão. (TCU, Acórdão nº 2/2003, 2ª Câmara, Rel. Min. Adilson Motta, DOU de 05.02.2003) (g.n).

Em julgados mais recentes o TCU reforça o posicionamento no sentido de que a submissão do feito ao Poder Judiciário não interfere na competência constitucional do Tribunal de Contas no processamento de processos de sua alçada:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ACÓRDÃO 2470/2009 ATA 44 - PLENÁRIO [texto original]

Relator: RAIMUNDO CARREIRO - AGRAVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. **PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO DA TCE.** DENEGADO PELO RELATOR, EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. MATÉRIA QUE TRANSITOU EM JULGADO NO TRIBUNAL. **INEXISTENTE O RISCO DE DUPLA OBRIGAÇÃO AO PAGAMENTO DO MESMO DÉBITO. INDEPENDÊNCIA DAS DEMAIS SANÇÕES ORIUNDAS DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DA TCE.** CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS E À PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DETERMINAÇÃO À UNIDADE TÉCNICA PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS À CONSTITUIÇÃO DOS PROCESSOS DE COBRANÇA EXECUTIVA. 1. Não incide efeito suspensivo em recurso de agravo contra despacho que denega pedido de sobrestamento. 2. **A existência de ação judicial com o mesmo objeto de tomada de contas especial não justifica o sobrestamento do processo no âmbito do Tribunal de Contas da União, pois, além de serem instâncias independentes,** a eventual quitação da dívida elide o débito em ambos os processos Diário Oficial da União: 23/10/2009 21/10/2009 (g.n).

GRUPO I – CLASSE I – SEGUNDA CÂMARA

TC 021.161/2010-0 [Apenso: TC 013.932/2006-0]

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade: Município de Muqui/ES.

Recorrente: José Paulo Viçosi (CPF 069.411.887-74).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CORRETA APLICAÇÃO DOS RECURSOS. **LITISPENDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.** IMPROPRIEDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PRÉVIA PESQUISA DE PREÇOS NA LICITAÇÃO PELO VALOR FIXADO NO PLANO DE TRABALHO DO CONVÊNIO. SUPERFATURAMENTO. ARGUMENTOS QUE NÃO AFASTAM A IRREGULARIDADE APONTADA. NÃO PROVIMENTO.

1. **Não há litispendência entre processos em curso no TCU e outros em tramitação no Poder Judiciário, em face do princípio da independência das instâncias e da jurisdição própria e privativa do TCU em sede constitucional.**

2. O montante fixado no plano de trabalho aprovado pelo órgão concedente serve apenas para fins de definição de valor a ser repassado ao futuro conveniente, não se prestando a substituir a devida pesquisa de preço prevista na Lei de Licitações (g.n).

Cabe acrescentar que o próprio Supremo Tribunal Federal, analisando a questão da competência constitucional dos Tribunais de Contas, já reconheceu, inclusive, a atribuição para a adoção de medidas cautelares, conforme Acórdão assim ementado:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

[...] a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público. Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que **a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.** (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao TCU, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria CR. ([MS 24.510](#), Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 19-11-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004) (g.n).

Com mais especificidade, em julgamento de mandado de segurança no qual se questionava a prejudicialidade do advento da proposição de ação civil pública sobre processo de competência do Tribunal de Contas da União, **assentou o Supremo Tribunal Federal (STF) inexistir óbice à continuidade do processamento pela Corte de Contas haja vista o princípio da independência entre as instâncias.** Vejamos a ementa do julgado com os devidos destaques:

[MS 25880](#) / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 07/02/2007

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA.** ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. **AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA.** DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. 1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92]. 2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005]. 3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92. 4. **O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.** 5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias (gn).

Assevere-se que este TCEES tem sua competência fixada constitucionalmente (art. 71 e incisos da Constituição Estadual), assim como as competências atribuídas ao Poder Judiciário, tudo em conformidade com o Princípio da Independência de Instâncias, segundo o qual um mesmo ato poderá repercutir simultânea e independentemente nas esferas penal, civil e administrativa, nada obstando o conhecimento e julgamento dos feitos por cada órgão que detenha competência para tanto.

Resta noticiar que **esta Corte de Contas tem entendimento pacificado no sentido de nada obstar o julgamento por este Tribunal de atos também discutidos em processos judiciais**, vejamos, por exemplo, o Acórdão TC 1137/2014 do Plenário deste Sodalício:

O ingresso na via judiciária não interfere na competência constitucional do Tribunal de Contas em julgar aqueles que causaram prejuízo ao erário tendo em vista o princípio da independência de instâncias.

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial para apuração de irregularidades na folha de pagamento de inativos e pensionistas do Município de Ecoporanga. Transcorrido o prazo estabelecido no Acórdão TC-194/2013, o responsável informou a não conclusão da tomada de contas tendo em vista o ajuizamento de ação civil pública tratando das irregularidades apontadas. **O relator manifestou entendimento no sentido de que a submissão da matéria ao poder judiciário não interfere na competência constitucional atribuída às Cortes de Contas para julgar as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

prejuízo ao erário. Dispôs que: “esta Corte de Contas exerce as atribuições constitucionais expressamente previstas no artigo 70 da Carta Magna Federal, em conformidade com o Princípio da Independência das Instâncias, de forma que um mesmo ato poderá repercutir simultânea e independentemente nas esferas penal, civil e administrativa”. Ficou determinado o prazo para conclusão do procedimento e, acompanhando o relator, acordou o Plenário em aplicar multa por descumprimento de decisão deste Tribunal. Acórdão TC-1137/2014-Plenário, TC 9910/2014, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicado em 21/01/2015 (g.n).

Assim sendo, **opinamos pela rejeição da preliminar de “suspensão impositiva” do presente processo** suscitada pela empresa notificada Concessionária Rodovia do Sol S.A.

3.2 Da violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa - “direitos constitucionais violados” – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII)

Alegações:

Aventa a Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “5” ao “16” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), precisamente nos tópicos intitulados “Esclarecimento Necessário” e “Direitos Constitucionais Violados”, que este Tribunal teria inobservado os princípios do contraditório e da ampla defesa consagrados no art. 5º, LV, da CF/88.

Motiva a Concessionária sua irresignação no fato de que não foi “[...] intimada para apresentar defesa acerca da ITC 308/2015, mas tão somente da Instrução Técnica Inicial [...]”.

Análise:

No parágrafo “11” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) a Concessionária Rodovia do Sol S.A queixa-se de não ter sido notificada para contraditar a Instrução Técnica Conclusiva **ITC 308/2015** após a sua emissão. Segue-se reproduzida a alegação da ora defendente:

11. Verifica-se, portanto, que **as garantias ao contraditório e à ampla defesa deverão ser respeitadas no processo administrativo, de modo que seja oportunizada a possibilidade de apresentar defesa**, que deverá ser apreciada. No entanto, repita-se: **após a apresentação da Instrução Técnica Conclusiva, o processo foi remetido ao Ministério Público e, em seguida, incluído em pauta para julgamento sem que se tenha oportunizado à RODOSOL contraditar o relatório que poderá fundamentar eventual decisão contrária aos seus interesses.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Primeiramente cabe destacar que a Concessionária Rodovia do Sol S.A, após regularmente notificada para exercer, no prazo de 30 (trinta)³¹ dias, seu direito de defesa na qualidade de terceira interessada, apresentou extensa peça contestatória (fls. 14.329-14.431, vol. LXIV) cujas teses e documentos de sustento (fls. 14.433-15.034, vols. LXIV ao LXVII) foram percurcientemente apreciados na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 (fls. 24628-25274, vols. CXII ao CXIV), acompanhada dos Apêndices “A” até “S” (fls. 25275-25757, vols. CXIV ao CXVI).

Portanto, **não assiste qualquer razão à Concessionária quando afirma que não lhe foi garantida a ampla defesa e o pleno exercício do contraditório, valendo destacar, que lhe foi deferida, inclusive, a prorrogação de prazo**, por mais 30 (trinta) dias, **para apresentação de sua peça contestatória**, requerimento este atendido pela Decisão Monocrática Preliminar DECM 463/2014 (fls. 14.237-14.240, vol. LXIV).

Depreende-se do excerto do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), acima reproduzido, que a Concessionária pretendia que este Tribunal lhe oportunizasse a apresentação de razões de defesa em contraponto às análises e conclusões contidas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015. Tal intento fica mais claro no parágrafo “5” do aludido documento (pretensamente intitulado “*complementação às suas razões de defesa*”), quando a Concessionária afirma, com destaque, que “[...] *não foi sequer intimada para apresentar defesa acerca da ITC 308/2015, mas tão somente da Instrução Técnica Inicial [...]*”.

Tal pretensão da Concessionária – de oferecer defesa em face da ITC 308/2015 - além de totalmente descabida, revela, data máxima vênia, o total desconhecimento, por parte dos patronos da sustentante, do rito procedimental desta Egrégia Corte de Contas consagrado em seu Regimento Interno (Res. TC 261/2013).

O Regimento Interno deste Tribunal é claro ao definir a elaboração das instruções técnicas (iniciais e conclusivas) como uma das “etapas do processo”, revelando a necessidade de sua emissão para o aperfeiçoamento do rito procedimental que devem seguir os feitos de competência desta Corte. Eis o que dispõe o art. 287 do RITCEES:

Art. 287. São etapas do processo:

I - a instrução técnica;

II - o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, nas hipóteses previstas em lei ou neste Regimento;

III - a apreciação ou o julgamento;

IV - os eventuais recursos.

Parágrafo único. Considera-se resultado dos processos de que trata este título a publicação da decisão, do acórdão ou do parecer respectivo (g.n).

Portanto, a Instrução Técnica Conclusiva não detém natureza jurídica de “documento novo” a ser replicado, como parece acreditar a Concessionária, mas sim formalidade essencial aos processos que tramitam nessa Corte de Contas.

³¹ Conforme Decisão Monocrática Preliminar DECM 360/2014 (fls. 14.158-14.161, vol. LXIII) e Termo de Notificação 544/2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

De se notar que o presente feito tomou o rito ordinário, que é previsto na Seção VI, do Capítulo II, do RITCEES, precisamente, entre os seus artigos 295 e 305, sendo o § 1º do art. 301, bastante claro ao dispor que *“O prazo para apresentação de razões de justificativa e alegações de defesa será de trinta dias na forma da Lei Orgânica do Tribunal e deste Regimento”*. Ressalte-se que, além do disposto no § 1º do art. 301, o Regimento Interno dedica a Seção IX, do mesmo Capítulo, para regulamentar a apresentação das alegações de defesa e as razões de justificativa estabelecendo que estas *“[...] serão admitidas dentro do prazo determinado na citação”*. Vejamos a íntegra dos dispositivos:

Seção IX

Da Apresentação de Alegações de Defesa e Razões de Justificativa

Art. 322. As alegações de defesa e as razões de justificativa serão admitidas dentro do prazo determinado na citação.

§ 1º A juntada de documentos novos e a entrada de memoriais serão admitidos na forma do art. 328 deste Regimento.

§ 2º O Relator não conhecerá de alegações de defesa ou razões de justificativas que contrariem o disposto neste artigo.

Art. 323. A interposição de uma peça de defesa por outra não impede a apreciação, pelo Tribunal, das razões ou das alegações das partes.

Art. 324. Havendo mais de um responsável pelo mesmo fato, a defesa apresentada por um deles aproveitará a todos, mesmo ao revel, no que concerne às circunstâncias objetivas, e não aproveitará no tocante aos fundamentos de natureza exclusivamente pessoal ou se distintos os seus interesses (g.n).

Observa-se, do disposto nos seus artigos 295 até 305 e 322, caput e § 2º, que o Regimento Interno desta Corte de Contas não contempla fase de “defesa” ou de “réplica” à Instrução Técnica Conclusiva. Vale dizer que a ITC 308/2015 não se trata de “documento novo” a ser contraditado pela defesa, trata-se, isto sim, de etapa processual a ser cumprida pela Área Técnica nos feitos de competência do TCEES conforme preconizado no art. 287, I³² do RITCEES. Registre-se, outrossim, que não se pode ter a Área Técnica deste Tribunal, no exercício de suas atribuições legais (dentre elas a elaboração de relatórios de auditoria e instruções técnicas), como parte *ex adversa* com a qual estaria a Rodosol competindo pela formação do convencimento dos magistrados de contas.

Retornando-se ao disposto no *caput* do art. 322 do RITCEES tem-se que as razões de defesa devem ser apresentadas *“dentro do prazo determinado na citação”*, cabendo rememorar que a Rodosol teve a concessão, pela Relatoria, de prazo em dobro para a apresentação de sua peça contestatória, cabendo o registro de que a Concessionária não foi “citada”, mas sim “notificada” para a apresentação de suas teses de

³² Art. 287. São etapas do processo:
I - a instrução técnica (g.n);



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

defesa, vez que figura como terceira interessada na presente relação processual.

Equivale dizer que a Concessionária Rodovia do Sol S.A, na forma regimental, precisamente os artigos 301, § 1º e 322, *caput*, do RITCEES, teve oportunizada a produção de suas razões de defesa e o fez, contando inclusive com a prorrogação do prazo deferida pela Relatoria. Longe, portanto, de qualquer ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Não pode a Concessionária Rodovia do Sol S.A pretender que as normas procedimentais estabelecidas no Regimento Interno desta Corte (Res. TC 261/2013) se adaptem aos seus interesses. Como já aqui se enfatizou, o RITCEES não contempla “defesa” ou “réplica” em face dos fundamentos e conclusões adotados na Instrução Técnica Conclusiva que, por sinal, é a peça processual produzida pela Área Técnica na qual se dá a análise das teses de defesa apresentadas pela parte³³ em contradição aos indicativos de irregularidade que lhe estão sendo imputados (responsável) ou cujo reconhecimento poderão lhe afetar a esfera jurídica (interessado). Desse modo, admitir-se a “defesa” da ITC equivaleria na aceitação de uma “defesa da análise da defesa”, o que, data vênha, soa absurdo.

Assim sendo, **opinamos pela rejeição da preliminar de “direitos constitucionais violados” do presente processo** suscitada pela empresa notificada Concessionária Rodovia do Sol S.A.

3.3 Da Decadência – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) e na sustentação oral realizada perante o Plenário desta Corte

Alegações:

Argumenta a Concessionária Rodovia do Sol S.A, em sede de preliminar, que teria ocorrido decadência do direito de autotutela da administração pública em anular o Contrato de Concessão 1/98. A Rodosol baseia sua pretensão na seguinte exposição contida nos parágrafos “17” ao “69” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII):

ULTRAGE (sic) À SEGURANÇA JURÍDICA

17. Como já mencionado pela concessionária em sua defesa, o relatório preliminar e o conclusivo encontram-se sob os efeitos da decadência, haja vista que foram praticados em período superior a 5 (cinco) anos. Todos os “Achados”, descritos no Capítulo 3 da Instrução Técnica Conclusiva 308/2015 são anteriores a julho de 2008 e esta representação foi instaurada em 9.06.2013.

³³ Art. 291. São partes no processo o **responsável** e o **interessado**.
§ 1º **Responsável** é aquele assim qualificado, nos termos das Constituições Federal e Estadual, da Lei Orgânica do Tribunal e da respectiva legislação aplicável.
§ 2º **Interessado** é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo Relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir nos autos, ou quando a lei assim estabelecer (g.n).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

18. O instituto da decadência, como é cediço, tem por objetivo tutelar a segurança jurídica à qual todo e qualquer cidadão tem direito. No âmbito da contratação pela Administração, como no caso em tela, se mostra ainda mais relevante, haja vista a proteção aos direitos do administrado, o melhor cumprimento dos fins da Administração e os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade, do interesse público e da eficiência.

19. Não se pode conceber que questionar e, até mesmo, declarar nulo um ato administrativo, quando transcorrido tamanho lapso de tempo, possa traduzir um comportamento lícito. Além disso, revolver atos que trouxeram inequívocos benefícios à população, ignorando a boa fé do administrado, viola a sua legítima expectativa de que o contrato de concessão seria respeitado ao longo de toda a duração prevista.

CONTRATO DE CONCESSÃO CELEBRADO HÁ MAIS DE 15 ANOS

20. Como visto e revisto, o Contrato de Concessão 01/98 e o Edital de Licitação para Concessão Pública 01/98, objeto desta fiscalização, datam, respectivamente, de 04.9.98 e 21.12.98, período este, por consequência, referência para os Achados nº 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5., 3.13 e 3.16. Já os demais Achados correspondem a atos administrativos ocorridos antes de julho de 2008.

21. À luz do que dispõe o ordenamento, tais atos administrativos estão sob os efeitos da decadência, não podendo mais ser objeto de questionamento, tampouco de anulação ou extinção, como sugere o Relatório da Equipe de Auditoria, vez que ocorridos há mais de 5 (cinco) anos.

22. De acordo a equipe técnica, a pretensão de "declarar a nulidade do contrato" não estaria "prescrita", porque, conforme o seu entendimento, d.v., equivocado, "a existência de vício pode ser reconhecida em qualquer momento da execução do contrato, pois tal perdura até o encerramento da outorga" (cf. fls. 10.356).

23. Para fundamentar o errôneo entendimento, a Instrução técnica insiste no precedente do e. Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "(...) a prorrogação de contrato de concessão de serviço público, sem a realização de prévia licitação, macula o negócio jurídico com nulidade absoluta, de maneira que o vício perdura até o encerramento do pacto, quando se inicia o prazo prescricional da pretensão de anulá-lo (EResp 1079126/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, DJe 06.05.2011)" (fls. 10.356 grifou-se).

24. Todavia, como se extrai da simples leitura do excerto da ementa transcrita, a hipótese de "prorrogação de contrato de concessão de serviço público, sem a realização de prévia licitação" não guarda relação alguma com o caso dos autos. Não há que se falar, portanto, em prorrogação e, tampouco, em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

nulidade absoluta do contrato por falta de licitação na espécie, razão pela qual é inaplicável a conclusão do referido julgado ao caso da RODOSOL.

25. Igualmente equivocado é o posicionamento adotado pelo Relatório no sentido de que a Administração poderia exercer sua prerrogativa de autotutela em relação a quaisquer atos praticados no procedimento licitatório durante toda a vigência do contrato de concessão que lhe seguiu, sustentando que o termo inicial do prazo prescricional da pretensão anulatória da licitação corresponderia à data final da execução do Contrato.

26. Em sentido diametralmente oposto, estabelece o art. 54 da Lei nº 9.784/99 que "o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

27. O prazo decadencial, por expressa previsão legal, inicia-se na data da prática do ato eventualmente viciado, evitando, dessa forma, o alargamento demasiado do limite temporal imposto pela lei ao exercício da autotutela em detrimento de terceiros de boa-fé, exatamente como no caso dos autos.

TUTELA DA SEGURANÇA JURÍDICA E PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ

(i) A Prescritibilidade Como Regra

28. Às fls. 24.692, a Instrução Técnica Conclusiva defende a inaplicabilidade do art. 54 da Lei nº 9.784/99, considerando que "O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo não tem poder de autotutela sobre o Contrato de Concessão 1/98, podendo apenas sustá-lo futuramente nos termos da legislação aplicável".

29. Segundo a tese sustentada, a natureza opinativa do controle externo exercido pelos tribunais de contas não lhes submeteria aos limites impostos aos demais entes do Estado, pois, argumenta, "A determinação para a extinção do contrato por parte do Tribunal de Contas tem efeito mandamental e não caráter constitutivo (...)". Com isso, a Instrução Técnica Inicial defende veladamente a "imprescritibilidade" da sua prerrogativa de instaurar processos e determinar que as autoridades competentes, sob pena de cominação de multa, declarem nulos atos que repercutam na esfera privada dos administrados, ainda que não tratem de procedimentos que importem dano ao erário.

30. Contudo, ainda que não fosse aplicável ao caso o art. 54 da Lei nº 9.784/99, quod non, é inequívoco que o controle externo dos atos administrativos exercidos pelos Poderes Judiciário e Legislativo devem obedecer igualmente aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, em atendimento à necessidade de estabilização das relações entre os administrados e a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Administração, sobretudo em hipóteses como a dos autos, que não versam sobre dano ao erário.

31. A Constituição de 1988 adotou a prescritibilidade como regra, e o fez no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, explicitando as exceções, que são os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLII e XLIV). Também ressalvou as "ações de ressarcimento" por prejuízos causados ao erário (art. 37, § 5º).

32. Se somente tais crimes e "ações" são imprescritíveis, é imperioso admitir a "prescrição" da pretensão punitiva exercida pelo Estado contra o responsável pela prática de supostos ilícitos administrativo, contábil, financeiro, orçamentário, operacional, patrimonial etc, sob pena de ofensa à Constituição Federal.

33. Nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec-Lei nº 4.657, de 4.9.42), "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

34. Diante disso, a melhor doutrina, defendida por HELY LOPES MEIRELES e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, defende que nos casos em que a lei não fixa os prazos de prescrição e/ou decadência no âmbito administrativo, esta deve ocorrer em cinco anos por analogia às ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/1932), às punições dos profissionais liberais (Lei nº 6.838/1980) e à cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174). Para os servidores federais a prescrição também é de cinco anos, dois anos e meio e cento e oitenta dias, conforme a gravidade da pena (Lei nº 8.112/1990, art. 142). Ainda no âmbito federal, de acordo com a Lei nº 9.873, de 23.11.1999, prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública, direta e indireta, decorrente do poder de polícia, objetivando apurar infrações.

35. Transcreva-se, nesse sentido, a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação (...) é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado a muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que 'a regra é a prescritibilidade'. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança das ações pessoais contra a Fazenda Pública." (Direito Administrativo Brasileiro, 24a ed., Malheiros, São Paulo, p. 558 - grifou-se).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

36. De modo semelhante, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO defende que a "prescrição administrativa", ocorrerá sempre em prazo igual ou menor ao prazo para o ajuizamento da respectiva ação judicial contra o administrado. Veja-se, nesse sentido, a sua doutrina:

"Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para decadência do direito de constituir o crédito tributário.

No passado (até a 11ª edição deste Curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis.

Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em terna de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte.

Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.

Nestas, encontram-se duas orientações com tal caráter:

a) a relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público. Como dantes se viu, o diploma normativo pertinente (Decreto 20.910, de 6.1.32, texto com força de lei, repita-se, pois editado em período no qual o Poder Legislativo estava absorvido pelo Chefe do Executivo) fixa tal prazo em cinco anos. Acresça-se que é este também o prazo que o administrado dispõe para propor ações populares, consoante o art. 21 da Lei da Ação Popular Constitucional (Lei 4.717, de 29.6.65). Em nenhuma se faz discrimen, para fins de prescrição, entre atos nulos e anuláveis. O mesmo prazo, embora introduzido por normas espúrias (as citadas medidas provisórias expedidas fora dos pressupostos constitucionais), também é o previsto para propositura de ações contra danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos, assim como para as ações de indenização por apossamento administrativo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ou desapropriação indireta ou por danos oriundos de restrições estabelecidas por atos do Poder Público;

b) a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadencial para constituir o crédito tributário. Está fixado em cinco anos, conforme há pouco foi mencionado. Também já foi referido que, a teor da Lei 9.873, de 23.11.99 (resultante da conversão da Medida Provisória 1.859-17, de 22.10.99), foi fixado em cinco anos o prazo para prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, a menos que esteja em pauta conduta criminosa, hipótese em que vigorará o previsto para ela. É, outrossim, de cinco anos o prazo para a Administração, por si própria, anular seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado, salvo comprovada má-fé (o que, entretanto, faz presumir prazo maior quando houver comprovada má-fé) consoante dispõe o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo. Também aí não se distingue entre atos nulos e anuláveis.

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra em ambas as partes de relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis." (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 905).

37. Solução idêntica foi adotada pelo e. Superior Tribunal de Justiça em relação ao prazo prescricional para o ajuizamento de ações civis públicas, para as quais, na ausência de previsão expressa na legislação, foi fixado analogamente ao prazo da ação popular. Confira-se, a título de exemplo, a seguinte ementa:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

"Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Precedentes do STJ:REsp 890552/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp 406.545/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002." (REsp 910.625/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, DJe. 04.09.08, grifou-se)

38. Destaque-se, por oportuno, conforme destacado no precedente citado, que se aplica o prazo prescricional quinquenal igualmente às ações cíveis públicas e às ações populares, cujas finalidades precípuas se prestam analisar supostos ilícitos referentes à "moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas", a semelhança das questões suscitadas nesta representação.

39. Pelo exposto, é premente reconhecer que o decurso do prazo quinquenal fulminou qualquer direito desse e. Tribunal de Contas do Estado propor a nulidade do contrato de concessão com base em supostos fatos ocorridos há mais de 15 anos, sob pena violação dos princípios da segurança jurídica e boa-fé.

(ii) Segurança e estabilidade jurídicas

40. A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça se lastreia na evolução doutrinária sobre o tema, que, há muito, reconhece a segurança e a estabilidade jurídicas como princípios basilares do Direito Administrativo e do próprio Estado Democrático de Direito, os quais impõem o temperamento da busca pela pretensão e estrita legalidade, permitindo, inclusive, a convalidação de eventuais nulidades em virtude do decurso do tempo.

41. Permita-se, nesse sentido, transcrever o ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, exarado antes da edição do referido dispositivo legal, no qual faz referência à lição de ALMIRO DO COUTO E SILVA, ambos sobre o limite temporal para o exercício da autotutela como corolário da segurança jurídica:

"A doutrina tem sustentado que não há prazo para anulação do ato administrativo, mas a jurisprudência vem atenuando o rigor dessa afirmativa, para manter atos ilegítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial arrima-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração. Também não se justifica a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

anulação de atos defeituosos na sua tramitação interna, pois ao particular não se impõe a obrigação de fiscalizar a conduta do Poder Público. Aplicam-se, em tais casos, a presunção de legitimidade e a doutrina da aparência, que leva o administrado a confiar na legalidade dos atos da Administração.

Em substancioso artigo na RDA 204/21, Almiro do Couto e Silva sustenta que se deve adotar como prazo de preclusão ou de decadência do direito de a Administração invalidar os próprios atos aquele previsto para a prescrição da ação popular, ou seja, cinco anos (art. 21 da Lei 4.717, de 29.6.65). O Autor já defendia o prazo prescricional de cinco anos, com fundamento em que esse prazo é o da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda: v. cap. XI, 'Prescrição Administrativa'." (HELY LOPES MEIRELLES, Direito Administrativo Brasileiro, 26ª Edição, Malheiros Editores, p. 193).

42. Também nesse sentido, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, a respeito do art. 54 da Lei nº 9.784/99, apontou a ainda maior importância da aplicação da regra para a revisão de contratos administrativos supostamente viciados:

"Além disto, conforme importante regra introduzida pelo art. 54 da lei federal de processo administrativo, decai em cinco anos o direito da administração de anular ato do qual decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé. Entendemos que dito prazo também se aplica aos contratos administrativos, pois, se é impositivo perante atos unilaterais, quando o particular, então, sequer concorreu para a integração deles, maiormente deverá sê-lo se estes são fruto de vontades que se transfundem para lhes dar nascimento" (Curso de Direito Administrativo, 15a Ed., p. 905).

43. A tutela da segurança e estabilidade jurídicas, como se verifica, baseia-se na proteção dos interesses dos administrados e na defesa do princípio da boa-fé, e, em virtude disso, é errônea interpretação atribuída pela Instrução Técnica Conclusiva, quando assevera que *"a convalidação tácita do ato administrativo pelo decurso do tempo, a qual não é permitida nos atos administrativos nulos, mas apenas nos anuláveis"* (fls. 24.683).

44. Diversamente do que ocorre no âmbito Direito Civil em que os atos nulos não geram quaisquer efeitos, não são insuscetíveis de sanar ou convalescerem, podendo ser reconhecidos de ofício pelo Judiciário —, no âmbito do Direito Administrativo, ainda que sejam considerados nulos, os atos que repercutam no patrimônio dos administrados geram efeitos e, exatamente por isso, podem convalescer, em atendimento ao interesse público,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

consubstanciado na defesa da segurança e estabilidade jurídicas.

45. Veja-se, nesse sentido, a lição de ALMIRO DO COUTO E SILVA, extraída de substancioso artigo publicado na Revista de Direito Administrativo:

"Ora, esses traços que compõem o quadro geral da invalidade dos atos jurídicos no direito privado não podem ser deslocados por inteiro para o direito público porque a noção de interesse público ou de utilidade pública, em torno da qual se estrutura e gira todo aquele setor do direito, pode exigir, em certas situações, a permanência no mundo jurídico do ato originariamente inválido, pela incidência do princípio da segurança jurídica. Quer isso signifique, em outras palavras, que no direito público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou a convalidação do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo o mundo, com pequenas modificações de país para país.

Bem se vê, portanto, que iguais razões militam no sentido de repelir-se, via de regra, no Direito Administrativo, a imprescritibilidade das pretensões do Poder Público com relação aos particulares, especialmente no que se refere à decretação de nulidade de seus atos administrativos que tenham aqueles por destinatários. Alias, mesmo nas relações de direito privado, a tendência jurisprudencial tem sido no sentido de sujeitar à prescrição vintenária as pretensões que visam a obter a decretação de nulidade de ato jurídico, quando não se cogita de direito real" (ALMIRO DO COUTO E SILVA, Prescrição Quinquenária da Pretensão Anulatória da Administração Pública com Relação a seus Atos Administrativos, in Constituição Federal (Teoria e Prática), Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, abr-jan 1996, pp. 24/25/grifou-se).

46. É também essa a lição do eminente doutrinador JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

"Entretanto, se essa deve ser a regra geral, há que se reconhecer que, em certas circunstâncias especiais, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido. Nesses casos, porém, não haverá escolha discricionária para o administrador, mas a única conduta juridicamente viável terá que ser a de não invalidar o ato e deixá-lo subsistir e produzir seus efeitos.

Tais situações consistem em verdadeiras limitações ao dever de invalidação dos atos e podem apresentar-se sob duas formas: 1) o decurso do tempo; 2) consolidação dos efeitos produzidos. O decurso do tempo, como é sabido, estabiliza certas situações fáticas, transformando-as em situações jurídicas. Aparecem aqui as hipóteses da prescrição e da decadência para resguardar o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Desse modo, se o ato é inválido e se torna ultrapassado o prazo adequado para invalidá-lo, ocorre a decadência, como adiante veremos, e o ato deve permanecer como estava.

Adota-se tal orientação, por exemplo, em alguns casos de anulação de atos administrativos, quando estiverem em jogo interesses de pessoas, contrários ao desfazimento do ato. Para permitir melhor avaliação da conduta administrativa a ser adotada, tem-se exigido que se confira aos interessados o direito ao contraditório, outorgando-se-lhes o poder de oferecerem as alegações necessárias a fundamentar seus interesse e sua pretensão, no caso o interesse à manutenção do ato. Na verdade, como bem acentua ADILSON DALLARI: **'não se aniquila esse prerrogativa; apenas as condiciona a validade da desconstituição de ato anteriormente praticado à justificação cabal da legitimidade dessa mudança de entendimento, arcando a Administração Pública oca "nus da prova"'**. (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, 178 edição revista, ampliada e atualizada até 05.01.2007, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 142/144/grifou-se).

47. Consagrou-se essa orientação doutrinária por meio do art. 55 da Lei. nº 9.784/99, segundo o qual *"Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração"*.

48. A referência legal ao interesse público permite o saneamento de vícios sérios e graves, inclusive de nulidades absolutas, desde que essa seja a solução mais razoável e proporcional, conforme já reconheceu a jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

"ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc". (ACO 79/MT, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal. Pleno, DJ. de 28.05.12, grifou-se).

49. Diante do decurso de mais de quinze anos dos atos praticados durante o processo licitatório, assim como o transcurso de mais de cinco anos desde a prática dos atos relacionados aos demais Achados de Auditoria, é inequívoco que a pretensão anulatória do Contrato de Concessão 01/98 está caduca. Repise-se: este procedimento foi instaurado em 09.07.13, ou seja, após o decurso do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

(iii) Ofensa à boa fé do administrado

50. Durante todo o período de mais de 15 (quinze) anos, ou seja, desde que o procedimento licitatório foi encerrado e o Contrato de Concessão 01/98 celebrado até a instauração desta auditoria extraordinária, a Administração Pública sempre defendeu a higidez da licitação e do ajuste entre o Estado e a Concessionária.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

51. Prova disso são as defesas apresentadas pelo Estado do Espírito Santo na ação civil pública nº 024.98.019331-2, em trâmite perante a 2ª Vara de Fazenda Pública de Vitória, na ação popular nº 024.98.019759-4, em curso perante a 3ª Vara de Fazenda Pública de Vitória, propostas sob a alegação de haver supostos vícios na licitação e no contrato de concessão, tal qual pretende a auditoria técnica deste e. Tribunal de Contas. (fls. 14.613/14.635, dos autos da representação 5591/2003).

52. Ademais, ajuizou a ADIN 2.733-6-ES, perante o egrégio Supremo Tribunal Federal, que foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 7.304/02, que pretendia isenções tarifárias não previstas no Edital de Licitação, assegurando a intangibilidade desse mesmo Contrato de Concessão 01/98 (fls. 14.613/14.635, dos autos da representação 5591/2003).

53. O Estado integrou o polo passivo na ação civil pública nº 021.02.033078-9, que tramitou perante a Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Guarapari, nas quais pugnou-se pela declaração de nulidade da referida licitação, tal qual pretende a auditoria técnica deste e. Tribunal de Contas, com fundamento em supostos vícios que maculariam o certame e, por indevida extensão, o contrato de concessão (fls. 14.613/14.635, dos autos da representação 5591/2003).

54. Como já demonstrado, não apenas no âmbito jurisdicional o Estado demonstrou sua convicção na legalidade do certame, na higidez do contrato, e na satisfação do interesse público, consubstanciado na manutenção, operação, ampliação e duplicação do Sistema da Rodovia do Sol. Isso porque celebrou, por meio de suas autarquias (DER/ES, DERTES e a ARSI), os quatro termos de aditamento e rerratificação do Contrato de Concessão nº 01/98, entre os anos de 2002 e 2010 (fls. 13.404/13.422), os quais revelam o indubitável posicionamento adotado e reiterado pelo Poder Público a respeito da plena validade da licitação ultimada no contrato de concessão sob exame.

55. Esse próprio e. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, nos autos do TC 4574/2009, como se demonstrará detidamente abaixo, julgou regulares as contas do Administrador, declarando, ainda, a regularidade da execução do Contrato de Concessão nº 01/98, tendo concluído que "a equação econômico-financeira apurada após o 2º Termo Aditivo não é consideravelmente diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão" (fls. 14.637, dos autos da representação 5591/2003).

56. Diante dessa circunstância, resta claro que a Administração Pública durante anos adotou comportamento que transmitiu à Concessionária a legítima confiança na higidez do ajuste, sobretudo no que concerne à inexistência de supostos vícios do processo licitatório, encerrado há mais de 15 (quinze) anos, veementemente rechaçados pelo próprio Estado do Espírito



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Santo perante o Poder Judiciário, e, igualmente, quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, que foi se ajustando com o passar do tempo, de comum acordo entre o Estado a Concessionária, com concessões recíprocas.

VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO
IVEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

57. A confiança legítima depositada pelos agentes privados nos atos da Administração Pública, com base na sua conduta duradoura, que extrapola a mera prática de um ato isolado, é objeto de tutela pelos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, gerando efeitos jurídicos em defesa dos administrados.

(i) Comportamento inequívoco da Administração Estadual

58. A doutrina aponta o art. 3º, I, da Constituição da República como um dos fundamentos legais da vedação do comportamento contraditório, vez que o princípio da solidariedade social por ele introduzido não apenas visa promover um sentimento de solidariedade entre os cidadãos, mas, sobretudo, impõe ao Estado o respeito dos interesses legítimos dos administrados, afastando-se do paradigma da busca intransigente por um "interesse público" próprio, violador de interesses legítimos privados.

59. Notadamente, a vedação do comportamento contraditório se baseia, igualmente, no princípio da segurança jurídica, consagrando a inviolabilidade da segurança no art. 5º, caput, da Constituição Federal -- compreendendo, como espécie, a segurança nas relações jurídicas --, e dispõe em seu preâmbulo que a instituição de um Estado Democrático se destina também a assegurá-la.

60. Desse modo, em sua vertente constitucional, a proibição de agir contraditoriamente se submete à busca pela estabilidade das relações jurídicas, porquanto a possibilidade de frustrar legítimas expectativas contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra a própria finalidade do Estado Democrático de Direito, que é o de promover a segurança jurídica.

61. Veja-se, nesse sentido, a valiosa lição de ANDERSON SCHREIBER:

"Ao tratar do fundamento normativo do termo *poteste venire contra factum proprium*, sustentou-se sua inserção no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva, suscitando-se, então, a questão da sua aplicabilidade a relações de direito público. Afirmou-se que a boa-fé objetiva, como expressão de valores constitucionais, deve se aplicar a toda espécie de relações. Não obstante, mesmo aqueles que restringem a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, devem admitir a incidência do princípio de proibição do comportamento contraditório em relações de direito



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

público, seja como expressão de institutos verdadeiramente publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados em face da Administração Pública) ou como resultado da direta publicação do valor constitucional da solidariedade social. (...)

Como se vê, a jurisprudência brasileira chega, na prática, à mesma solução proposta anteriormente: a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* preferencialmente como expressão da boa-fé, mas sem exclusão de sua incidência por meio de outros institutos, como manifestação do princípio constitucional de solidariedade social, que consiste em seu fundamento normativo mais elevado. Esta vocação constitucional do *nemo potest venire contra factum proprium* impõe, aliás, sua aplicação aos outros ramos do direito, como o direito societário, o direito tributário, o direito do trabalho, o direito internacional público, e assim por diante. (...)

De fato, nos casos de nulidade absoluta invoca-se sempre um interesse público, uma norma cogente, um imperativo de ordem pública, que afastaria soberanamente a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*. A exclusão parece, todavia, fruto de uma concepção ideológica liberal que apartava de forma absoluta, e tratava como efetivamente contrapostos, os conceitos de ordem pública e autonomia privada. Remete àquela superada construção, a que já se referiu, da autonomia privada como algo alheio à ordem pública e a ela imune, afastando a chance de convergências entre os dois campos. Estando a nulidade absoluta erguida no terreno da ordem pública, e sendo o *nemo potest venire contra factum proprium* um princípio incidente sobre a autonomia privada, não se poderiam ponderar, por pertencerem mesmo a universos opostos e incomunicáveis. {...}

De fato, também o *nemo potest venire contra factum proprium* expressa um interesse normativo por assim dizer público, cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. A tese de que o princípio da proibição do comportamento contraditório não se sujeita a ponderações com as regras relativas às nulidades absolutas é, portanto, falha, porque parte da premissa ultrapassada de que ordem pública e autonomia privada são campos apartados" (ANDERSON SCHREIBER, A Proibição de Comportamento Contraditório, Tutela da confiança e *nemo potest venire*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

contra factum proprium, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 202, 205, 208, 248/250 e 258 - grifou-se).

62. Também nesse sentido, cabe registrar a lição de MARIA SYLVIA

ZANELLA DI PIETRO que, ao relacionar o princípio da segurança jurídica à ideia de boa-fé objetiva, asseverou o seguinte:

"Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Direito Administrativo, 12a ed., São Paulo, Atlas, 2001. p. 85).

63. Diante disso, em reverência aos ditames da moralidade administrativa, independentemente da eventual natureza absoluta dos vícios alegados que possam macular o ato administrativo, é vedado ao Estado, inclusive seus órgãos de controle interno e externo, adotar condutas contraditórias, incompatíveis com as expectativas legítimas incutidas nos agentes privados, que, com base nessa confiança depositada, em casos como o dos autos, investem altíssimo para prestar o serviço concedido.

64. O comportamento do Poder Concedente perante o Contrato de

Concessão nº 01/98 é claro, haja vista os aditivos celebrados e as defesas apresentadas perante o colendo Poder Judiciário. A toda evidência, não se pode, transcorrido tal lapso temporal, conceber que adote postura diametralmente oposta, extinguindo injustificadamente o ajuste.

(ii) Jurisprudência pacífica

65. É pacífica a jurisprudência pátria ao reconhecer a limitação do Poder Público para modificar suas condutas em detrimento dos interesses legítimos dos administrados, garantindo-lhes a satisfação das expectativas ou a reparação civil pela sua indevida frustração.

66. É paradigmático, neste sentido, o julgamento do recurso especial nº 47.015/SP pela e. 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual se identificou o comportamento contraditório do Estado de São Paulo, que alegava a nulidade do título de propriedade por ele próprio outorgado em detrimento do administrado:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PÚBLICO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADMISSIBILIDADE. ALTERAÇÃO NO POLO ATIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL NA FASE RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA O PRINCÍPIO DA ESTABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO PROCESSO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INSTITUIÇÃO DE PARQUE ESTADUAL. PRESERVAÇÃO DA MATA INSERTA EM LOTE DE PARTICULAR. DIREITO A INDENIZAÇÃO PELA INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL, E NÃO SO DA MATA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

I- Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. aplicação dos princípios de que "nemo potest venire contra factum proprium" e de que "nemo creditur turpitudinem suam allegans".

II- Feita a citação validamente, não é mais possível alterar a composição dos polos da relação processual, salvo as substituições permitidas por lei (v.g., arts. 41 a 43, e arts. 1.055 a 1.062, todos do CPC). aplicação do princípio da estabilização subjetiva do processo. inteligência dos arts. 41 e 264 do cpc. precedente do STF: re n. 83.983/RJ.

III - O proprietário que teve o seu imóvel abrangido por parque criado pela administração faz jus a integral indenização da área atingida, e não apenas em relação a mata a ser preservada.

precedente do STJ: REsp n. 39.842/SP.

IV- recursos especiais conhecidos e parcialmente providos". (REsp 47015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, DJ 09.12.1997, grifou-se)

67. A conclusão adotada pelo voto condutor do referido acórdão, proferido pelo Ministro Adhemar Maciel, amolda-se plenamente ao caso dos autos, sobretudo aos supostos vícios apontados na licitação, que sustentam a pretensão de anular o Contrato de Concessão 01/98, em detrimento da Concessionária, que, de boa-fé, investiu alto no contrato. Permita-se, nesse sentido, a transcrição do seguinte trecho do voto:

"Ora, pelo se apreende do acórdão recorrido, o TJSP aplicou — a meu ver, acertadamente — o princípio de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

que nemo potest venire contra factum proprium ('ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa').

Realmente, não pode a FAZENDA PÚBLICA, décadas após a venda do imóvel realizada por funcionário de alto escalão em nome da Administração, vir a juízo pleitear a nulidade dos títulos.

Ora, se há mácula no título, essa foi causada pelo próprio poder público, o qual não pode invocar o suposto equívoco do seu secretário de Estado, para prejudicar aquele que legitimamente adquiriu a propriedade, pagando para tanto.

Em suma, Senhor Presidente, se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, não há que se alegar vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição (REsp 47015/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, 2ª Turma, DJ 09.12.1997).

68. A jurisprudência reconhece a ampla aplicação do princípio do nemo potest venire contra factum proprium como sendo um limite da Administração nos vários, se não todos, espectros de sua atuação e como uma garantia constitucional dos administrados:

"TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PRODUTORA DE SEMENTES -- ALÍQUOTA REDUZIDA - ART. 278 DO RIR --- ART. 30 DO DECRETO N. 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI N. 6.507/77.

1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como 'produtora de sementes'. É o próprio art. 30 do Decreto n. 81.877/78 que conceitua produtor de semente como 'toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor'. Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto n. 85.450/80).

2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado venire contra factum proprium, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 396489/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26.03.08, grifou-se).

.-.-.-.

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL COMUM FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO E FALTAS AO SERVIÇO. ARQUIVAMENTO A PARTIR DE CONVENCIMENTO DOS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS POR AQUELE. REALIZAÇÃO DE DESCONTOS EM SUA REMUNERAÇÃO A TÍTULO DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA ASSUNÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS ENTRE SI.

I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei n.º 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso — convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela Autora sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da Autora pela suposta prática da indigitada conduta —, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da Autora a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, caput, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico.

II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si (expresso através da máxima nemo potest venire contra factum proprium), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela Autora, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, pari passu, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

vencimentos percebidos nos respectivos dias" (AC 420402, 7ª Turma Especializada/TRF2, Rel. Des. Federal Sergio Schwaitzer, DJU 09.12.08, grifou-se)

69. Diante do exposto, confia a suplicante em que esse e. Tribunal de Contas do Espírito Santo reconhecerá a impossibilidade de que a ARSI anule o Contrato de Concessão 01/98, com fundamento nos supostos Achados, que, se existentes, seriam imputáveis unicamente à Administração, que, durante 15 anos, os rechaçou notoriamente, tendo, inclusive, celebrado 4 termos de rratificação e aditivos do contrato, o que demonstra a inequívoca boa-fé da Concessionária na execução do contrato."

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, aduziu, quanto à matéria, os seguintes argumentos ora sintetizados:

a) alega que o edital adotou, na concessão do Sistema Rodovia do Sol, "[...] a modalidade de concessão pelo preço [...]", de sorte que não seria possível, após "[...] mais de quinze anos [...]" da assinatura do contrato, pretender-se a sua invalidação, já que, na ótica da Concessionária, isto "[...] esbarra numa regra de ouro do direito moderno que é o da segurança jurídica, da estabilidade das relações jurídicas"; **b)** sustenta que a segurança jurídica é preservada através de três instrumentos, quais sejam: a prescrição, a decadência e o respeito à coisa julgada; **c)** após expor as diferenças existentes entre os institutos da prescrição e da decadência, argumenta que a proposição de anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), contida na ITC 308/2015, estaria sujeita à decadência devendo esta ser reconhecida já que a contratação seria datada de 1998; **d)** afirma que a decadência é aplicável ao Direito Administrativo; **e)** sustenta, que em razão do contrato já ter sido auditado em outras oportunidades, "[...] não se cogita, absolutamente, de má-fé, que possa impedir a aplicação da regra legal que estabelece o prazo decadencial de cinco anos para a desconstituição dos contratos administrativos".

Análise:

Insiste a Concessionária Rodovia do Sol S.A com a tese da decadência da possibilidade do Estado anular ou extinguir o Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.316-13.402, vol. LIX). Aduz a Rodosol, em síntese, que as irregularidades detectadas no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014³⁴ estariam sob os efeitos do instituto da decadência já que teriam ocorrido em tempo pretérito superior a cinco anos da instauração do presente feito, tendo enfatizado a Concessionária, no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), que *"todos os 'Achados', descritos no Capítulo 3 da Instrução Técnica Conclusiva 308/2015 são anteriores a julho de 2008 e esta representação foi instaurada em 9.06.2013"*.

³⁴ Fls. 10.302-10.549, vols. XLIV ao XLV) acompanhado dos Apêndices "A" até "S" (fls. 10.550-10.885, vols. XLV ao XLVI) e da documentação de fls. 10.889-14.147 (vols. XLVII ao LXIII)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A Concessionária Rodovia do Sol S.A baseia sua pretensão no disposto no art. 54 da Lei 9.784/99, bem como nos princípios da segurança e estabilidade jurídicas. Ademais a Rodosol sustenta a impertinência da citação, no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, de julgado do Superior Tribunal de Justiça (EREsp. 1079126/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, DJe 06.05.2011) utilizado pela equipe de auditoria para fundamentar a inocorrência da “prescrição”. Nesse particular, aduz a Rodosol que o julgado, por se referir a hipótese de “prorrogação de contrato de concessão de serviço público, sem a realização de prévia licitação”, não guardaria relação com o caso referido nestes autos.

Pois bem, a arguição de decadência foi analisada em profundidade no tópico 2.1 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24.652-24.693, na qual rejeitou-se a preliminar e fixou-se, com fundamento em excertos doutrinários e jurisprudenciais, o entendimento de que:

- O poder/dever de autotutela administrativa é um direito potestativo, não passível de prescrição, mas sim de decadência.
- Aplica-se a Lei 9.784/99 no âmbito da Administração Pública Estadual do Estado do Espírito Santo, ante a falta de lei estadual sobre processo administrativo.
- O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo não tem poder de autotutela administrativa sobre o Contrato de Concessão 1/98, podendo apenas sustá-lo futuramente nos termos da legislação aplicável. A nulidade contratual, no exercício da autotutela, compete à Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo, por força do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão 1/98.
- A determinação para a extinção do contrato por parte do Tribunal de Contas tem efeito mandamental e não caráter constitutivo, conforme acórdão do Superior Tribunal Federal [sic].
- Atos absolutamente nulos não podem ser convalidados pelo decurso do tempo através do instituto da decadência.
- O termo inicial para contagem do prazo decadencial no contrato de concessão de serviço público é o término dos efeitos do ajuste contratual.

Retorna a Concessionária aos autos, através do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) e da sustentação oral³⁵ realizada perante o Plenário desta Corte de Contas, para aduzir novos argumentos que serão doravante enfrentados.

Na nova argumentação sustenta a Rodosol, inicialmente, que a ITC 308/2015 teria defendido a inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/99 por considerar que “O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo não tem poder de autotutela sobre o Contrato de Concessão 1/98, podendo apenas sustá-lo futuramente nos termos da legislação aplicável”. Desse modo, na ótica da Concessionária, estaria a ITC 308/2015 legitimando “[...] a imprescritibilidade (deste Tribunal) [...] instaurar processos e determinar que as autoridades competentes, sob pena de cominação de multa, declarem nulos atos que repercutam na esfera privada dos

³⁵ Notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

administrados, ainda que não tratem de procedimentos que importem dano ao erário”.

Quanto à tese acima narrada percebe-se que a Rodosol procura simplificar a extensa análise, contida no tópico 2.1 da ITC, acerca da arguição de decadência. Ora, da leitura do tópico 2.1 da ITC exsurge evidenciado que a inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/99 ao caso retratado nos autos não decorre do âmbito de atuação ou das competências constitucionais fixadas para os Tribunais de Contas. Em verdade, a não incidência do disposto no art. 54 da Lei 9.784/99 à hipótese contida nos autos deriva de outros fundamentos consoante proficientemente exposto na ITC 308/2015, sendo desnecessário trazer-se aqui tudo o que se encontra explanado acerca do tema naquela peça.

Prossegue a Concessionária, no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) (precisamente nos parágrafos “30” ao “39”), argumentando que “[...] *é imperioso admitir a ‘prescrição’ da pretensão punitiva exercida pelo Estado contra o responsável pela prática de supostos ilícitos administrativo, contábil, financeiro, orçamentário, operacional, patrimonial etc, sob pena de ofensa à Constituição Federal*”.

Nesse ponto percebe-se que a Rodosol passa a confundir os institutos da prescrição e da decadência, olvidando-se que a ITC 308/2015 cuidou de distingui-los adequadamente e ainda reconheceu que a pretensão punitiva deste Tribunal, em relação aos responsáveis pelas condutas que culminaram nas irregularidades confirmadas pela ITC 308/2015, encontra-se prescrita – fato, aliás, já admitido no próprio RA-E 10/2014 - culminando na impossibilidade de se aplicar multa ou qualquer outra sanção aos responsáveis identificados, **mas em nada afetando a possibilidade de expedição de determinação ao jurisdicionado para que adote as medidas corretivas necessárias para o exato cumprimento da lei, dentre elas a extinção ou declaração de nulidade de ato ou contrato, conforme preconizado nos artigos 71, § 5º da LC 621/2012 e 374 do RITCEES (Res. TC 261/2013), senão vejamos:**

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

[...] omissis [...]

§ 5º 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.

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 (g.n).

De se notar, ainda, que a ITC 308/2015 proclama que “[...] o prazo para declaração de nulidade do contrato é decadencial e não prescricional”.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O dever de realizar a anulação de contrato administrativo eivado de ilegalidade está inserto no poder/dever de autotutela da Administração Pública. A Administração Pública tem a prerrogativa de rever seus atos sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, consubstanciado no princípio da autotutela administrativa. O constitucionalista Alexandre de Moraes tece as seguintes considerações sobre este princípio:

A Administração Pública tem o dever de zelar pela legalidade, moralidade e eficiência de seus atos, condutas e decisões, bem como por sua adequação ao interesse público, e pode anulá-los se considerá-los ilegais ou imorais e revogá-los caso entenda que os mesmos são inoportunos e inconvenientes, **independentemente da atuação do Poder Judiciário.**³⁶ [g. n.]

A Constituição do Estado do Espírito Santo assim dispõe sobre a matéria:

Art. 46. A Administração Pública tem o dever de anular seus próprios atos quando contiverem vícios que os tornem ilegais, bem como a faculdade de revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados, neste caso, os direitos adquiridos, além de observado, em qualquer circunstância, o devido processo legal.

Art. 47. A autoridade que, ciente de vícios invalidadores de ato administrativo, deixar de saná-los, incorrerá nas penalidades da lei por sua omissão.

O Supremo Tribunal Federal (STF) adotou o mesmo princípio e editou as seguintes súmulas, consagrando-o:

Súmula 346: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A emérita doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que tanto no Direito Civil como no Direito Administrativo os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis). Ressalva a autora, entretanto, as diferenças conferidas no tratamento do tema pelos referidos ramos do direito, vejamos³⁷:

Quando se compara o tema das nulidades no **Direito Civil** e no **Direito Administrativo**, verifica-se que em **ambos os ramos do direito, os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis)**; porém, o que não pode ser transposto para o Direito Administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil.

³⁶ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 118-119.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 253-254.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

No Direito Civil, são as seguintes as diferenças entre a nulidade absoluta e a relativa, no que diz respeito a suas consequências:

- 1. na nulidade absoluta, o vício não pode ser sanado; na nulidade relativa, pode;**
- 2. a nulidade absoluta pode ser decretada pelo juiz, de ofício ou mediante provocação do interessado ou do Ministério Público (art. 168 do novo Código Civil); a nulidade relativa só pode ser decretada se provocada pela parte interessada.**

No Direito Administrativo, essa segunda distinção não existe, porque, dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa.

Mas a primeira distinção existe, pois também em relação ao ato administrativo, alguns vícios podem e outros não podem ser sanados.

Quando o vício seja sanável ou convalidável, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta. Cumpre, pois, examinar quando é possível o saneamento ou convalidação (g.n).

De se notar que a eminente Administrativista leciona de modo cristalino a existência de dois níveis de nulidade admissíveis no Direito Administrativo, quais sejam: a nulidade relativa e a nulidade absoluta. Cabe acrescentar que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸ preconiza a existência, também, dos atos inexistentes³⁹.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, na mesma linha adotada pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, distingue os atos nulos e anuláveis em razão da possibilidade de convalidação do ato administrativo. Ou seja, existindo a possibilidade de convalidação estaremos diante de um ato administrativo anulável, por outro lado, em havendo a impossibilidade de convalidá-lo tratar-se-á de uma nulidade insanável e absoluta e o ato será nulo de pleno direito. Vejamos a exposição do renomado doutrinador:

Segundo, neste lanço, ao menos em parte, o magistério de Antonio Carlos Cintra do Amaral, aderimos a sua tese de que é critério importantíssimo (para o autor tal critério é simplesmente decisivo) para distinguir os tipos de invalidez a possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato. Por isso, alias, o autor citado prefere rejeitar a terminologia “nulos” e “anuláveis”,

³⁸ Citado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2013. p. 253.

³⁹ Que “correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados”.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

cifrando-se as expressões atos “convalidáveis” e atos “não-convalidáveis”.

Entretanto, dado o fato de que reconhecemos a existência de atos que poderiam ser denominados de “inexistentes”, conforme esclarecido no n. 153 (para aproveitar terminologia já conhecida), **entendemos que a possibilidade de convalidação aparta, de um lado, atos anuláveis (que são suscetíveis de convalidação) e, de outro lado, os “inexistentes” e nulos (que são insuscetíveis de convalidação).**⁴⁰ (g.n.).

Portanto, apropriando-se das lições da doutrina administrativista majoritária, tem-se a existência de atos nulos (nulidade absoluta) e anuláveis (nulidade relativa), sendo que o método utilizado para distingui-los leva em conta a possibilidade de convalidação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que a convalidação é o ato praticado pela administração ou pelo administrado para a correção do defeito verificado e se dá de maneira retroativa. Eis a lição da eminente Professora⁴¹:

Convalidação ou **saneamento** é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.

Ela é feita, em regra, pela Administração, mas eventualmente poderá ser feita pelo administrado, quando a edição do ato dependia da manifestação de sua vontade e a exigência não foi observada. Este pode emití-la posteriormente, convalidando o ato (grifos no original).

A Lei 9.784/99 reconheceu a possibilidade de convalidação do ato administrativo em seu artigo 55, que assim dispõe:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração (grifos nossos).

Portanto, os atos administrativos anuláveis são aqueles que podem ser objeto de convalidação.

A convalidação de um ato corresponde a sua correção ou regularização desde a sua origem, ou seja, com efeito *ex tunc*, de forma que “[...] os efeitos já produzidos passem a ser considerados efeitos válidos, não passíveis de desconstituição; e [...] esse ato permaneça no mundo jurídico como um ato válido, apto a produzir efeitos regulares”⁴².

Do supramencionado artigo 55 da Lei 9.784/99 extrai-se que **a possibilidade de convalidação de um ato dependerá de certas condições cumulativas**, quais sejam: a) que o defeito seja sanável; b) que o ato não

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 471.

⁴¹ Ibid. p. 254.

⁴² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 491.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

acarrete lesão ao interesse público; c) que o ato não acarrete prejuízo a terceiros.

Pois bem, sustenta a Rodosol que teria ocorrido a decadência do direito de anular o Contrato de Concessão 1/98 face ao disposto no art. 54 da Lei 9.784/99, de seguinte teor:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, **salvo comprovada má-fé**.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Entretanto, olvida-se a Rodosol que várias das irregularidades reconhecidas na ITC 308/2015 são referentes a vícios existentes no próprio procedimento licitatório da Concorrência Pública de Concessão 1/98, vícios estes que, conforme demonstrado nos tópicos 3.1⁴³; 3.2⁴⁴; 3.4.1⁴⁵; 3.4.2⁴⁶; 3.4.3⁴⁷; 3.4.4⁴⁸; 3.4.5⁴⁹; 3.4.6⁵⁰ e 3.5⁵¹, **não podem ser convalidados, denotando mácula que leva à nulidade absoluta do procedimento licitatório e, por extensão, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98**⁵².

Ao requerer a aplicação do art. 54 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), a Concessionária Rodovia do Sol S.A almeja, por via oblíqua, a convalidação tácita do ato administrativo pelo decurso do tempo, a qual não é permitida nos atos administrativos nulos, mas apenas nos anuláveis a teor do suprarreferido art. 55 do mesmo Diploma Legal.

Ocorre, entretanto, que atos nulos ou inexistentes não se sujeitam ao prazo decadencial, já que não pode o interesse individual do administrado, alegado sob o pretexto da segurança jurídica e boa fé objetiva, prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa. Tampouco pode um ato administrativo, seja qual for, ser convalidado sem

⁴³ Item 3.1 da ITC 308/2015: Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico.

⁴⁴ Item 3.2 da ITC 308/2015: Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado.

⁴⁵ Item 3.4.1 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas.

⁴⁶ Item 3.4.2 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória.

⁴⁷ Item 3.4.3 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame.

⁴⁸ Item 3.4.4 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação.

⁴⁹ Item 3.4.5 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação.

⁵⁰ Item 3.4.6 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo.

⁵¹ Item 3.5 da ITC 308/2015: Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte.

⁵² Fls. 13.316-13.402, vol. LIX.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

a observância das condições estabelecidas no multicitado artigo 55 da Lei 9.784/99, dentre elas o não acarretamento de lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros, cabendo aqui a ponderação de que a concessão do Sistema Rodovia do Sol, conforme sobejamente exposto no corpo da ITC 308/2015, inegavelmente causou e se mantém causando séria lesão ao interesse público ante o expressivo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, verificado em favor da Concessionária, da ordem (em 2014) de R\$ 613.388.613,57⁵³, sem esquecer os prejuízos aos usuários pagantes do Sistema em razão da estipulação de tarifas em desatendimento ao princípio da modicidade tarifária⁵⁴.

Destaque-se, nesse diapasão, que a doutrina especializada ressalta a inaplicabilidade da decadência para os atos nulos. Neste sentido Cristiana Fortini, Maria Pereira e Tatiana Camarão, citados por Paulo Firmeza Soares, em seu artigo intitulado “O direito da Administração de anular seus atos e a inaplicabilidade do prazo do art. 54 da Lei 9.784/99 aos atos nulos e normativos”, assim lecionam:

Mas cremos que o atual reconhecimento do prestígio do princípio da segurança jurídica, historicamente desmerecido pela supervalorização do princípio da legalidade, não pode autorizar que hoje se cometa o excesso, em sentido contrário: superenaltecendo a segurança jurídica e aniquilando a legalidade.

Assim, preferimos o entendimento defendido por Juarez Freitas, para quem o porte do vício que acomete o ato será balizador da ocorrência ou não da decadência. Caso o vício fosse de alta monta, não seria possível admitir a eterna permanência do ato ilícito.

O autor exemplifica seu pensamento, ilustrando-o com a descrição de uma nomeação para o cargo efetivo realizada com ofensa ao princípio do concurso público. Seria correto dimensionar a importância do princípio da segurança jurídica a ponto de tal nomeação continuar a produzir efeitos para todo o sempre porque não mais possível desfazê-la após os 5 anos previstos no art. 54?

[...]

Parece-nos que o princípio da razoabilidade socorreria o intérprete, a fim de elucidar quando aplicar o quinquídio legal afirmado no art. 54.⁵⁵[g. n.]

Paulo Firmeza ainda complementa com o ensinamento tecido por Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Atentando para a posição doutrinária majoritária de que atos com vícios de finalidade, de motivo ou de conteúdo são

⁵³ Informação contida na ITC 308/2015 à fl. 25260.

⁵⁴ Ponto discutido no item 3.1 da ITC 308/2015.

⁵⁵ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa, 2008, *apud* SOARES, Paulo Firmeza. **O direito da Administração de anular seus atos e a inaplicabilidade do prazo do art. 54 da Lei nº 9.784/99 aos atos nulos e normativos.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41452&seo=1>. Acesso em: 15 set. 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

necessariamente nulos e, assim, não devem produzir efeitos, tem-se como incabível a decadência quinquenal para o exercício da autotutela administrativa em tais situações. O art. 54 da Lei Federal nº 9.874/99 atingiria somente os atos anuláveis, a saber, aqueles com vícios de sujeito ou de forma, se esta não for exigida pela lei. Estes seriam os atos viciados que apenas poderiam ser revistos no prazo de decadência de 05 (cinco) anos, salvo comprovada má-fé.⁵⁶ [g. n.]

Tem-se, ainda, Felipe R. Deiab, Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que expõe o conceito de ato nulo e, após, a inaplicabilidade da decadência para estes atos:

Atos absolutamente insanáveis ou nulos: aqueles a que o ordenamento confere maior repulsa. Visam à prática de um ato criminoso ou afrontam de tal forma a lei, que não podem sequer ser estabilizados pelo tempo, tal qual a ordem de uma autoridade para que se torture um preso (exemplo de Weida Zancaner) ou a regulação do serviço de transporte coletivo que favoreça uma determinada empresa (exemplo de Seabra Fagundes).

[...]

Os atos nulos ou absolutamente insanáveis, a seu turno, como já salientamos, contrariam de tal forma o ordenamento que não podem ser sanados nem pelo tempo. Correspondem às hipóteses de anulação de atos administrativos viciados, para as quais a lei não instituiu prazo decadencial (assemelhando-se a um direito potestativo sem prazo definido em lei para o exercício).⁵⁷

Cabe também mencionar que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu pela não manutenção de situação ilegal sob o pretexto de cumprimento do princípio da segurança jurídica:

Delegação da prestação de serviços públicos. Concessão de serviço público. Regulação e fiscalização por agência de "serviços públicos delegados de infra-estrutura". Manutenção de "outorgas vencidas e/ou com caráter precário" ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. Violação do disposto nos artigos 37, inciso xxi; e 175, caput e parágrafo único, incisos I e IV, da constituição do Brasil. (...) O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 --- "Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos

⁵⁶ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de, 2008, *apud* SOARES, Paulo Firmeza. **O direito da Administração de anular seus atos e a inaplicabilidade do prazo do art. 54 da Lei nº 9.784/99 aos atos nulos e normativos.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41452&seo=1>>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁵⁷ DEIAB, Felipe R. Algumas Reflexões sobre a prescrição e a decadência no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 25, p. 6-9, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-25-marco-2011-felipe-deiab.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

devidos procedimentos licitatórios. **Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.** Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC 94/02 do Estado do Paraná. (STF, ADI 3521/PR, Relator Min. Eros Grau, DJ 16-03-2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). (g.n).

Portanto, por todo o exposto até aqui, **resulta claro que atos nulos não podem ser convalidados pelo decurso do tempo ou a pretexto de segurança jurídica**, argumento este último baseado, tão somente, no interesse particular e egoístico da Rodosol, já que desconsidera que as anomalias detectadas acerca do procedimento licitatório da Concorrência Pública de Concessão 1/98 afetaram o interesse público e prosseguem causando prejuízos aos usuários pagantes do Sistema Rodovia do Sol.

Destaque-se que as anomalias reconhecidas nos tópicos 3.1; 3.2; 3.4.1; 3.4.2; 3.4.3; 3.4.4; 3.4.5 e 3.4.6 da ITC 308/2015 têm, entre si, uma característica comum, qual seja, a de terem implicado em restrição ilegal ao caráter competitivo do certame e consequente infringência ao preceituado nos artigos 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93 e 37, XXI da CRFB/88. Tratam-se de vícios de forma e finalidade que acarretaram restrição indevida ao caráter competitivo do certame afetando-lhe uma das principais finalidades, a saber: a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e, por conseguinte, para os administrados, **máxime em se tratando de uma concessão pública a ser remunerada com o recolhimento de tarifas pagas pelos usuários.**

Para que se assegure o tratamento isonômico e, por conseguinte, o caráter competitivo do certame, não pode o instrumento convocatório tecer estipulações restritivas, entendendo-se por restritiva a exigência desnecessária e inadequada não prevista ou admitida pela lei. Aliás, a vedação, nos atos de convocação, às cláusulas ou condições restritivas encontra-se expressa no § 1º, inciso I, do art. 3º da Lei 8.666/93, cujo teor ora rememoramos:

Art. 3º. [...] omissis [...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; [Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010](#)

Vale dizer que o dispositivo supramencionado ecoa a preocupação do legislador constitucional em propiciar a ampla competitividade nos procedimentos licitatórios rechaçando a inclusão, no edital, de cláusulas ou condições desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo de que deve se guardar todo certame. Eis o teor do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Art. 37 (CRFB). A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, **as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, **nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações** (g.n).

Note-se que o tratamento isonômico entre licitantes e o caráter competitivo a ser observado em todo procedimento licitatório encontram-se encartados no próprio texto constitucional (art. 37, XXI, da CF/88) sendo imperativo o seu atendimento. Nesse sentido o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da CB. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. [[ADI 2.716](#), rel. min. **Eros Grau**, j. 29-11-2007, P, *DJE* de 7-3-2008.] = [RE 607.126 AgR](#), rel. min. **Cármem Lúcia**, j. 2-12-2010, 1ª T, *DJE* de 1º-2-2011. (g.n).

Fácil concluir, portanto, que um procedimento licitatório que não respeita o disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República, além de encontrar-se eivado de vício insanável, gerando a nulidade absoluta do certame, revela-se, ainda, inconstitucional.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Nesse passo, cabe ressaltar que **nossa Corte Suprema já decidiu que o disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999 não tem aplicação quando se pretenda utilizá-lo** (como deseja a Rodosol) **para impedir a anulação de atos que contrariem a Constituição Federal**, senão vejamos:

MS 28279 / DF - DISTRITO FEDERAL
MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 16/12/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. **DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.** PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). **5. Situações flagrantemente inconstitucionais** como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público **não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.** 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, indeferiu a segurança, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 16.12.2010 (Public. No DJe de 29/04/2011).

Do excerto acima colacionado evidencia-se que o Plenário do STF, no julgamento do Mandado de Segurança MS 28.279/DF, entendeu que não merece acolhida a tese da decadência do direito da Administração declarar nulos atos administrativos ilegais favoráveis ao administrado. Em outras palavras, reconheceu o STF que nos casos de atos administrativos praticados em afronta ao texto constitucional descabe a aplicação do art. 54 da Lei 9.784/1999 e, por conseguinte, a decretação de decadência.

Note-se que a inaplicabilidade do disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999 aos atos administrativos inconstitucionais encontra-se pacificada perante o Supremo Tribunal Federal que vem reafirmando a tese em vários de seus julgados. Citemos, por ora, os MS-Agr 28273/DF e MS 26860/DF:

MS 28273 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL
AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 13/12/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DE TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO SEM CONCURSO PÚBLICO, MEDIANTE DESIGNAÇÃO OCORRIDA APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEGALIDADE. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal sempre se pronunciou no sentido de que, sob a égide da Constituição de 1988, é inconstitucional qualquer forma de provimento dos serviços notariais e de registro que não por concurso público; II – Não há direito adquirido à efetivação em serventia vaga sob a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

égide da Constituição de 1988; III – **O exame da investidura na titularidade de cartório sem concurso público não está sujeito ao prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, por se tratar de ato manifestamente inconstitucional.** IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 28273 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013) (g.n).

MS 26860 / DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 02/04/2014 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INGRESSO. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, § 3º, DA CRFB/88. NORMA AUTOAPLICÁVEL. **DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. OFENSA DIRETA À CARTA MAGNA. SEGURANÇA DENEGADA.** 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional da igualdade (CRFB/88, art. 5º, caput), vedando-se a prática intolerável do Poder Público conceder privilégios a alguns, ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes: ADI 3978, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 11.12.2009; ADI 363, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 03.05.1996. 2. O litisconsórcio ulterior, sob a modalidade de assistência qualificada, após o deferimento da medida liminar, fere os princípios do Juiz Natural e da livre distribuição, insculpidos nos incisos XXXVII, LII do art. 5º da Constituição da República. Precedentes do Plenário: MS 24.569 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.08.2005; MS 24.414, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 21.11.2003. 3. A delegação registral ou notarial, para legitimar-se constitucionalmente, pressupõe a indispensável aprovação em concurso público de provas e títulos, por tratar-se de regra constitucional que decorre do texto fundado no impositivo art. 236, § 3º, da Constituição da República, o qual, indubitavelmente, constitui-se norma de eficácia plena, independente, portanto, da edição de qualquer lei para sua aplicação. Precedentes: RE 229.884 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 05.08.2005; ADI 417, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 05.5.1998; ADI 126, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 05.6.1992. **4. In casu, a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito. 5. A inconstitucionalidade prima facie evidente impede que se consolide o ato administrativo acoimado desse gravoso vício em função da decadência.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Precedentes: MS 28.371 AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 27.02.2013; MS 28.273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 21.02.2013; MS 28.279, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 29.04.2011. 6. Consectariamente, a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da Administração de rever seus atos. 7. A redução da eficácia normativa do texto constitucional, ínsita na aplicação do diploma legal, e a consequente superação do vício pelo decurso do prazo decadencial, permitindo, por via reflexa, o ingresso na atividade notarial e registral sem a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, traduz-se na perpetuação de ato manifestamente inconstitucional, mercê de sinalizar a possibilidade juridicamente impensável de normas infraconstitucionais normatizarem mandamentos constitucionais autônomos, autoaplicáveis. 8. O desrespeito à imposição constitucional da necessidade de concurso público de provas e títulos para ingresso da carreira notarial, além de gerar os claros efeitos advindos da consequente nulidade do ato (CRFB/88, art. 37, II e §2º, c/c art. 236, §3º), fere frontalmente a Constituição da República de 1988, restando a efetivação na titularidade dos cartórios por outros meios um ato desprezível sob os ângulos constitucional e moral. 9. Ordem denegada. (MS 26860, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014) (g.n).

Nem se diga que os julgados acima colacionados se refeririam a situações específicas já que relacionados a casos nos quais o STF afirmou a necessidade de concurso público para a atribuição de serventias extrajudiciais. Ora, a tese firmada no sentido da inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 quando o ato administrativo praticado afrontar normas constitucionais é genérica, ou seja, não se legitima apenas perante determinado ou específico preceito constitucional, mas sim, valida-se em face de qualquer ato administrativo que venha a ser praticado com inobservância ao texto constitucional. Não sem razão, o Acórdão que julgou o supramencionado MS 28.279/DF utiliza-se do vocábulo “como” para exemplificar a situação de inconstitucionalidade e consequente descabimento do advento da decadência, vejamos o excerto:

Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal (MS 28.279 DF, Min. ELLEN GRACIE, DJe 29.04.2011).

Dessa forma não se pode cogitar que, sob uma alegada necessidade de segurança jurídica, deixe a Administração de declarar a nulidade de atos administrativos não convalidáveis que ofendem o texto constitucional. No



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

caso em tela, encontra-se evidenciado que as irregularidades reconhecidas nos tópicos 3.1; 3.2; 3.4.1; 3.4.2; 3.4.3; 3.4.4; 3.4.5 e 3.4.6 da ITC 308/2015 implicaram em séria restrição ao caráter competitivo do certame e afetaram, de modo indelével, a própria higidez do Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 e, por conseguinte, o Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98. As anomalias detectadas não são convalidáveis implicando em nulidade absoluta o que afasta a aplicação do disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999. Ademais, as irregularidades identificadas nos tópicos supramencionados da ITC 308/2015 constituem infringência ao disposto no art. 37, XXI da CRFB/88, havendo posição pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido de inadmitir a decadência do direito de anular atos administrativos que contrariem os preceitos constitucionais.

Assim sendo, reiterando-se toda a exposição e análise contida no tópico 2.1 da ITC 308/2015 ao qual remetemos o leitor e por todo o aqui também exposto, **opinamos pela rejeição da preliminar de decadência arguida pela empresa notificada Concessionária Rodovia do Sol S.A.**

3.4 Da Coisa Julgada Administrativa – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) e na sustentação oral realizada perante o Plenário desta Corte

Alegações:

Alega a Concessionária Rodovia do Sol S.A, em sede de preliminar, a incidência de coisa julgada administrativa referente aos fatos e achados de auditoria contidos no Relatório de Auditoria 10/2014. A Rodosol baseia sua pretensão na seguinte exposição contida nos parágrafos “70” ao “86” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII):

INAFASTÁVEL COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

(i) Coisa julgada administrativa: irretratabilidade

70. Ao contrário do entendimento exarado pela Instrução Técnica Inicial 308/2015 (sic), segundo o qual, para identificação da coisa administrativa "há que se fazer, ante a especificidade e a peculiaridade do rito, a necessária adaptação à teoria dos elementos identificadores, servindo como meio de identificação e por consequência de comparação entre os processos, os seguintes elementos: órgão ou ente auditado; agentes responsáveis; exercício financeiro auditado e objeto/escopo da auditoria", a doutrina informa que o instituto, diferentemente do seu falso cognato judicial, impede que a administração se manifeste, novamente, sobre questão anteriormente decidida, impondo, além da irrevogabilidade, a irretratabilidade da questão no seu âmbito interno:

"Ressalte-se que a chamada 'coisa julgada administrativa' abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

irretratabilidade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera." (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 29a ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.11, Malheiros, São Paulo, p. 468).

"Podemos conceituar, portanto, a coisa julgada administrativa como sendo a situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa." (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, 26a ed. revista, ampliada e atualizada até 31.12.2012, Atlas, São Paulo, 2013, pp. 966/967).

71. Ainda de acordo com a doutrina especializada, para que seja possível efetuar uma nova análise é preciso desfazer a anterior, comprovado defeito ou omissão - o que, definitivamente, não é o caso. Veja-se o trecho:

"É necessário desfazer o ato decisório que afirmou a validade, imputando-lhe defeito ou omissão aptos a justificar a renovação da competência. Para tanto, não basta invocar a existência de defeito no ato anterior. Ou seja, o primeiro ato administrativo não pode ser revisto diretamente. Equivale a afirmar que a nova decisão não pode versar diretamente sobre o primeiro ato administrativo, mas tem de considerar a decisão proferida sobre ele." (MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 4a ed., revista e atualizada, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 271)

72. Como se verifica, a coisa julgada administrativa, em decorrência da "especificidade e a peculiaridade do rito" dos procedimentos administrativos, não pressupõe a identidade de sujeitos, mas apenas a identificação da questão decidida.

73. O óbice à reanálise de atos, em função da coisa julgada, já foi objeto de judicioso acórdão do e. Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, quando do julgamento do mandado de segurança nº 100070024045, que julgou improcedente pedido de que o e. Tribunal de Contas desse Estado fosse instado a analisar novamente as contas do administrador público. Restou reconhecida a ocorrência da coisa julgada administrativa e a impossibilidade do órgão em emitir nova decisão sobre matéria já julgada. É ler e conferir:

"CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E INÉPCIA DA INICIAL REJEITADAS — CONTAS



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

JULGADAS E APROVADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS HÁ MAIS DE DEZ ANOS — INVIABILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PARA REVER MATÉRIA JÁ DECIDIDA QUANDO TRANSCORRIDO O PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ART. 54 DA LEI FEDERAL Nº 9.784, DE 1º/02/1999 - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 — o Tribunal de Contas não está inserto na estrutura jurisdicional e também não pratica atos dessa natureza. Necessidade de observância do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, xxxv, da CF/1988). Preliminar de incompetência absoluta do juízo rejeitada.

2 — Alegada não comprovação de direito líquido e certo que somente pode ser aferida na apreciação do mérito. Preliminar de ausência de interesse processual e inépcia da inicial rejeitada.

3 — A decisão que julga e aprova as contas do administrador público faz coisa julgada administrativa, sendo insuscetível de revisão pelo mesmo órgão quando transcorrido o prazo fixado em lei para tanto.

(...)

6 — Inviabilidade de prosseguimento do procedimento administrativo instaurado para rever matéria já decidida há mais de dez anos.

7 - Segurança concedida." (Mandado de segurança nº 100070024045, Tribunal Pleno, TJ-ES, Rel. Des. convocado ALVARO MANOEL ROSINDO EOURGUIGNON, DJ 18.08.08 – grifo no original).

74. Desse modo, os aspectos já analisados, sobretudo os que foram objeto do processo TC 4574/2009 e, consequentemente, analisados pelo Relatório de Auditoria RA-X 01/2009, constantes do Relatório RA-E 10/2014, não poderão ser objeto de novo pronunciamento administrativo, sob pena de se violar a coisa julgada administrativa, razão pela qual impõe-se o imediato arquivamento do presente feito, nos termos do art. 207, III, do Regimento Interno desse e. Tribunal de Contas.

75. Reitere-se que o Contrato de Concessão nº 01/98, assim como a integralidade do procedimento licitatório que lhe deu origem, foi objeto da auditoria formulada pelo Relatório de Auditoria RA-X 03/2009. Os trabalhos realizados à época pela equipe de auditoria foram manifestamente exaustivos, detalhados e minuciosos, analisando vários aspectos do Contrato de Concessão em exame, incluindo o financeiro, econômico e contábil.

76. No referido Relatório de Auditoria RA-X 03/2009, restou peremptoriamente decidido por esse e. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo que "a equação econômico-financeira apurada após o 2º Termo aditivo não é consideravelmente



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão" (fls. 872, dos autos da representação 5591/2003 (sic), destacou-se).

77. Apontou-se, portanto, uma pequena discrepância, explicando-se que "A aludida elevação da TIR, significa, como foi dito no item referido, um Valor Presente Líquido de Caixa no Ano O (descontado à TIR de 16,80%) de R\$ 117.520,00 (cento e dezessete mil, quinhentos e vinte reais) com base em outubro de 1998".

78. Em outras palavras, essa e. Corte de Contas julgou que até 2009, o Contrato de Concessão estava equilibrado, havendo uma defasagem irrisória em relação ao previsto originalmente no Contrato de Concessão 01/98, em manifesto contraste ao que apontou a Instrução Técnica Conclusiva 308/2015, apenas quatro anos depois, quando afirmou "que o Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998 do DER/ES (Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol) está irremediavelmente desequilibrado, do ponto de vista econômico-financeiro ... " (fls. 10.506, dos autos da representação 5591/2003).

79. Ressalte-se, uma vez mais, que jamais foi arguida, por qualquer um dos pretensos interessados, qualquer omissão ou defeito no processo TC 4574/2009, tampouco foi apresentado qualquer pleito no sentido de desfazê-lo, o que conduz à inafastável conclusão de que o objeto do Relatório de Auditoria ora impugnado está abrangido pela coisa julgada.

(ii) Incoerência e discrepâncias apavorantes

80. O cotejo analítico acima, além de elucidar a identidade de objeto, demonstra também a completa incoerência e discrepância entre resultados obtidos no Relatório de Auditoria RA-X 03/2009, objeto do TC 4574/2009, e o Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, impugnado por esta defesa.

81. Isto porque, o primeiro, elaborado em 2009, apurou uma Taxa

Interna de Retorno - TIR de 16,84%, enquanto que o segundo, partindo dos mesmos fatos, porém de premissas falsas, apontou uma TIR da Concessionária superior a 20% a.a.

82. No mesmo sentido, o primeiro relatório afirma que o Valor Presente Líquido - VPL de Caixa no ano "0" é de R\$ 117.520,00. O RA-E 10/2014, apresenta um VPL de Caixa no Ano "0" de R\$ 22.637.724,97, ambos com data-base em outubro de 1998.

83. Se se permite repetir o que não se discute, por meio do Relatório de Auditoria ora impugnado (10.302/10.888), o e. Tribunal de Contas do Espírito Santo não só está reapreciando matéria que já lhe fora submetida e profundamente analisada, como também confere resultados exorbitantemente diferentes dos que foram obtidos nos cálculos realizados nos autos do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

processo TC 4574/09, que, insista-se, partiram das mesmas premissas.

84. O relatório RA-X 03/2009, juntado as fls. 22/170 dos autos do TC 4574/2009, ensejou a instrução técnica conclusiva ITC 5193/2009 - objeto do quadro comparativo do item 91 desta defesa formulada por aquela i. 3ª Controladoria. **Naquela instrução técnica, como visto, identificou-se que "a equação econômico-financeira apurada após o 2º Termo aditivo não é consideravelmente diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão" e, ao final, sugeriu que os "itens analisados sejam considerados REGULARES COM RESSALVA, na forma do art. 59, II, da LC nº 32/93..."** (grifos e negritos conforme o original).

85. Corroborando o entendimento do corpo técnico desse e. Tribunal de Contas, quando do julgamento final do processo TC 4574/2009, o eminente Conselheiro Relator julgou regulares com ressalvas as contas apreciadas e votou "acompanhando na íntegra o posicionamento de Área Técnica e da douta Procuradoria de Justiça de Contas".

86. Não resta dúvida, portanto, que o objeto dos Achados, constantes do Capítulo 2, do Relatório de Auditoria ora impugnado, já foram submetidos à elevada e judiciosa análise do e. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, sendo inviável a sua reapreciação, vez que cobertos pela coisa julgada administrativa.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, aduziu, quanto à matéria, os seguintes argumentos ora sintetizados:

a) sustenta que no Processo TC 4574/2009 foi dada quitação ao DER; **b)** alega que o Processo TC 4574/2009 e a atual Representação "[...] visavam às mesmas coisas com conclusões completamente diferentes, o que é inadmissível [...]"; **c)** advoga que haveria "[...] uma coincidência absoluta entre o objeto de uma e de outra auditoria, e o Tribunal deu quitação ao DER e não pode, agora, com todo o respeito, voltar sobre seus próprios passos para desfazer ou desconstruir um edital de licitação ou seus efeitos, que é o contrato, e rever conclusões do que ele já apreciou".

Análise:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, através do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) e da sustentação oral⁵⁸ realizada perante o Plenário desta Corte de Contas, retorna a pleitear o reconhecimento da coisa julgada administrativa quanto aos fatos que foram objeto de fiscalização na presente Representação.

⁵⁸ Notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O pleito da Rodosol de ver reconhecida a coisa julgada administrativa se baseia em três alegações exaustivamente apreciadas na ITC 308/2015, quais sejam: i) a tese de que haveria identidade de objetos entre as auditorias realizadas no Processo TC 4574/2009 e este TC 5591/2013; ii) a existência de supostas discrepâncias entre o Relatório de Auditoria RA-X 3/2009 (Proc. TC 4.574/2009) e o RA-E 10/2014 (presente nestes autos), citando a defesa, dentre as divergências encontradas, os valores apurados a título de Taxa Interna de Retorno (TIR) e Valor Presente Líquido (VPL); iii) a tese de que uma nova fiscalização por este Tribunal somente seria possível em caso de “[...] omissão ou defeito no processo TC 4574/2009 [...]”.

Os argumentos tecidos pela Rodosol, entretanto, continuam sendo os mesmos já analisados e rechaçados no tópico 2.2 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24.693-24.714.

Desnecessário aqui trazer-se toda a explanação contida no item 2.2 da ITC 308/2015, sendo que de sua leitura resulta claramente evidenciado que o objeto da fiscalização levada a efeito nestes autos, através do Relatório de Auditoria **RA-E 10/2014**⁵⁹, não se confunde com o objeto da auditoria consubstanciada no Relatório de Auditoria Extraordinária RA-X 3/2009⁶⁰.

Tal conclusão não demanda nenhum esforço interpretativo, mas sim, a simples apropriação dos objetos de cada um dos processos sendo claro que, a toda evidência, o RA-X 3/2009 limitou-se a três objetivos ou aspectos a serem verificados, quais sejam:

- 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.

Fácil observar que 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.

Por oportuno, citamos trecho do Relatório de Auditoria 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV do presente processo), no qual a equipe de auditoria relata essa diferença:

O segundo foi o Processo TC 4574/2009, no bojo do qual foi realizada auditoria relatada pelo Relatório de Auditoria Extraordinária nº. 3/2009⁶¹. Naquela ocasião, o objetivo dos trabalhos **limitou-se a apurar a regularidade de alguns pontos da execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998**, em especial,

⁵⁹ Fls. 10.302-10.549, vols. XLIV ao XLV.

⁶⁰ Fls. 22/147 do Processo TC 4574/2009.

⁶¹ Processo TC 4.574/2009. fls. 22-173.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

1. 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;

2. A adequação do serviço público prestado, tanto na rodovia ES-060 como na 3ª Ponte, especialmente o atendimento às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade de tarifas, conforme previsão legal;

3. A atuação do DER/ES na elaboração e fiscalização do referido contrato de concessão, na qualidade de concedente do serviço, especialmente quanto a eventuais favorecimentos em tese praticados em benefício da empresa concessionária e, por conseguinte, contrários ao interesse público⁶².

Além disso, aquela auditoria contou com a limitação inerente à figura da auditoria extraordinária, prevista no antigo regimento interno deste Tribunal de Contas, que privilegiava a urgência, limitando a 10 (dez) dias o prazo dos trabalhos. Porém, a limitação que mais impactou nos resultados daquela fiscalização foi o objetivo específico da análise do equilíbrio econômico-financeiro que ali consta.

Na auditoria relatada pelo Relatório de Auditoria Extraordinária nº. 3/2009, a avaliação econômico-financeira teve o objetivo específico de responder à questão da legalidade da suspensão da obrigação de recolher 3% (*três por cento*) da receita tarifária aos cofres do DER/ES. Por conseguinte, não fez parte do escopo da auditoria a averiguação dos demais dados utilizados como origem para a avaliação econômico-financeira, como se pode verificar no seguinte trecho:

Os valores e dados quantitativos utilizados nos cálculos relativos aos eventos causadores de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão foram informados pela AGE-ES à FGV, não cabendo a esta qualquer auditoria a fim de se verificar a autenticidade ou exatidão das referidas informações⁶³.

Desse modo, as conclusões obtidas na auditoria da concessão do Sistema Rodovia do Sol relatada neste Relatório de Auditoria não estão limitadas nem conflitam com as conclusões apresentadas no Relatório de Auditoria Extraordinária nº. 3/2009, uma vez que os trabalhos têm objetivos, escopo, premissas e origem de dados diversos.

Como se vê, o fato deste E. TCEES ter realizado, em outro momento, a análise da concessão do Sistema Rodovia do Sol não impede uma nova fiscalização, principalmente, quando abordados exercícios e agentes distintos, bem como aspectos não contemplados em outros trabalhos de auditoria.

⁶² Processo TC 4.574/2009. fls. 31.

⁶³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Avaliação econômico-financeira do contrato de concessão do Sistema RODOSOL**: Produto II – Relatório Técnico I. Rio de Janeiro, 2008. p. 11. *apud* Processo TC 4.574/2009. fls. 95.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A auditoria constante nos presentes autos (Processo TC 5591/2013) tem claramente escopo mais abrangente, abarcando desde o procedimento licitatório até a execução contratual, compreendida entre 21 de dezembro de 1998 a 31 de dezembro de 2012, sob o enfoque jurídico e econômico-financeiro, **nos termos do explanado no Relatório de Auditoria 10/2014:**

Este Relatório trata de fiscalização deste Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, mediante auditoria realizada na atual Concessão do Sistema Rodovia do Sol com objetivo de avaliar sua regularidade, sob o ponto de vista jurídico e econômico-financeiro, **desde o início do processo de concessão, inclusive estudos preparatórios, passando pelo certame propriamente dito (Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, do DER/ES) e pela assinatura do contrato (Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, do DER/ES), até sua execução contratual (somente entre 21 de dezembro de 1998 e 31 de dezembro de 2012).**

Ademais, também resulta evidenciada a inexistência de qualquer coincidência entre os resultados colhidos das auditorias consolidadas nos Processos TC 4574/2009 e TC 5591/2013. Vale dizer que na auditoria de que trata o TC 4574/2009 não foram apontados quaisquer indícios de irregularidade relativos ao limitado escopo daquela auditoria, ao contrário do que se passou na presente Representação, tendo o RA-E 10/2014 apontado vários indícios de irregularidades.

Dessa forma, reiterando-se toda a exposição e análise contida no tópico 2.2 da ITC 308/2015 ao qual remetemos o leitor, **opina-se pelo não acolhimento da preliminar de coisa julgada administrativa sustentada pela empresa notificada Concessionária Rodovia do Sol S.A.**

4 ANÁLISE DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES APONTADOS NA INSTRUÇÃO TÉCNICA INICIAL ITI 256/2014 – REFERENTES AO RELATÓRIO DE AUDITORIA RA-E 10/2014 - EM COTEJO COM AS RAZÕES APRESENTADAS NA OPORTUNIDADE DA SUSTENTAÇÃO ORAL

4.1 Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria ventilado pela equipe de auditoria no item 2.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

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

O artigo 19, inciso XV, da Lei Estadual nº. 5.720/1998, facultaria à Administração, no caso de concessões precedidas de obra pública, exigir do licitante a apresentação do projeto básico na sua proposta de metodologia de execução. Todavia, no caso do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES não exigiu do licitante tal apresentação, de forma que deveria constar do Edital e seus anexos, os elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização de todas as obras.

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

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

[...]

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

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

Porém, como observa Leonardo Lobo Pires, “o conceito jurídico de elementos de projeto básico é um conceito jurídico indeterminado”⁶⁴. Assim, é indispensável preencher o conceito para responder a questão relevante, qual seja, nas palavras de Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira,

[...] quais são os tais “elementos de projeto básico” que serão adequados e bastantes para cumprir a função de definir os limites e estabelecer as condições de contratação sob parâmetros controláveis e que assegure ao Estado a realização do objeto na forma desejada, com tarifa módica e abrangência necessária, ao longo do tempo⁶⁵.

Para responder à questão, pode-se iniciar pelo próprio conceito de projeto básico, conforme exigido pela Lei nº. 8.666/1993, didaticamente apresentado pela Orientação Técnica IBR nº.

⁶⁴ PIRES, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. 2013. Monografia (Especialização em Direito da Regulação) – Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 set. 2013. p. 10.

⁶⁵ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf. Acesso em: 17 set. 2013. p. 2-3.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

1/2006, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP, do seguinte modo:

Projeto Básico é o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma e demais elementos técnicos necessários e suficientes à precisa caracterização da obra a ser executada, atendendo às Normas Técnicas e à legislação vigente, elaborado com base em estudos anteriores que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento ambiental do empreendimento.

Deve estabelecer com precisão, através de seus elementos constitutivos, todas as características, dimensões, especificações, e as quantidades de serviços e de materiais, custos e tempo necessários para execução da obra, de forma a evitar alterações e adequações durante a elaboração do projeto executivo e realização das obras⁶⁶.

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

Art. 7º. [...]

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

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

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

[...]

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

Em se tratando, especificamente, de concessão de serviços públicos, há quem entenda que o legislador exige mais, como o promotor paulista Landolfo Andrade de Souza⁶⁷. Marçal Justen Filho⁶⁸, por seu turno, no caso de concessões de serviços públicos precedidas de obra pública, iguala as exigências às das contratações ordinárias, quando afirma que *“Aplicam-se, no que forem cabíveis, as regras da Lei 8.666 acerca do desenvolvimento da etapa interna da atividade licitatória.*

⁶⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. **Orientação Técnica IBR nº. 001/2006**: Projeto Básico. 2006. Disponível em: <www.ibraop.org.br>. Acesso em: 18 set. 2013. p. 2.

⁶⁷ SOUZA, Landolfo Andrade de. **Da obrigatoriedade do projeto básico nas concessões de serviços públicos**: interpretação do inciso XV, do artigo 18, da Lei 8.987/95, em conformidade com a Constituição Federal. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Licitacao/Doutrina_Licitacao/artigo%20-%20obrigatoriedade%20de%20projeto%20b%C3%A1sico_0.doc. Acesso em: 18 set. 2013. p. 9-11.

⁶⁸ JUSTEN FILHO. Marçal. 2003, p. 206.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Deverão existir projeto básico, projeto executivo e orçamento detalhado. [...]”⁶⁹.

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

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

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

Observe que, antes mesmo da edição da Lei de Concessões, o legislador desonerou a Administração de algumas exigências, como explicam Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira⁷⁰.

Por isso, quando aprovou a Lei nº. 8.987/1995, com opção pelo termo “elementos de projeto básico”, **o legislador quis exigir menos, em termos de projeto, do que exigiu para as contratações ordinárias** por meio da Lei nº. 8.666/1993. É, também, o entendimento de Cezar Augusto Pinto Motta e Pedro Jorge Rocha de Oliveira, quando asseveraram que “[...] este “elementos de projeto básico” resulta, em princípio, em uma flexibilização das exigências do disposto na Lei das Licitações”⁷¹.

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

No entanto, será imprescindível que exista um orçamento, mesmo que sintético, que represente de forma mais confiável possível, a estimativa de custos resultante dos estudos realizados para fundamentar os parâmetros aceitáveis para se efetivar a contratação, através do comparativo com as propostas apresentadas na licitação⁷².

⁶⁹ JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 636.

⁷⁰ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf. Acesso em: 17 set. 2013. p. 3.

⁷¹ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf. Acesso em: 17 set. 2013. p. 5.

⁷² MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

[...] o objetivo do uso dos elementos de projeto básico em uma licitação de concessão. O objetivo é ser o instrumento de precificação do valor esperado dos investimentos a serem efetuados durante todo o período que vigorar o contrato. Esse valor é uma das variáveis utilizadas no uso do cálculo do preço-teto (tarifa máxima) a ser utilizadas no leilão [...] ⁷³.

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

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

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

No outro lado, a zona de certeza positiva também é delimitada, pois a norma trata da suficiência dos elementos do projeto básico quando assevera: elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização. [...] O significado é que **deverão ser utilizados elementos suficientes, e que sejam capazes de justificar, o investimento previsto no EVTE** [grifo nosso] ⁷⁴.

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

-
- Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf. Acesso em: 17 set. 2013. p. 5.
- 73 PIREs, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 set. 2013. p. 21.
- 74 PIREs, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 set. 2013. p. 22-23.
-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

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

Estes parâmetros servem para que o Poder Público afirme que, dentro do grau de conhecimento que tem sobre o tema, nas condições que exige que o prestador as realize, pelo valor que dimensionou, ele mesmo realizaria tais atividades, nas condições desejáveis. Sem isto, Concedente não tem como indicar que possui condições de conceber, projetar e, sobretudo, regular os serviços envolvidos, mas que apenas não os executará por que, ou tem dificuldades para alocar os recursos necessários nestes serviços, neste momento, ou que pretende utilizá-los em outras atividades em que seu uso será mais produtivo⁷⁵.

Quando a Administração se omite e não adota o procedimento apresentado, as consequências, segundo Marçal Justen Filho, são “[...] *dificuldades na elaboração das propostas e pode reduzir o universo dos licitantes. [...] a insegurança do particular se reflete na sua estimativa de preço. [...] A tarifa a ser cobrada dos usuários será elevada [...]*”⁷⁶. No mesmo sentido, ensina Lucas Rocha Furtado⁷⁷.

Pelo exposto, conclui-se, com Leonardo Lobo Pires, [...] os **elementos de projeto básico** são uma proposição dos investimentos a serem feitos pela concessionária de serviço público com fito de servir de **base para determinação do preçoteto da tarifa** de tal forma que podem ser **mais simples que um projeto básico, mas que deve ser capaz de mensurar o montante de recursos requeridos investimentos** [...] [grifo nosso]⁷⁸.

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

⁷⁵ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf. Acesso em: 17 set. 2013. p. 7-8.

⁷⁶ JUSTEN FILHO. Marçal. 2003. p. 214-215.

⁷⁷ FURTADO. Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 484.

⁷⁸ PIRES, Leonardo Lobo. **O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico**: posições do Tribunal de Contas da União e do Poder Concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias. Monografia – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2013. Disponível em: http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1023/Monografia_Leonardo%20Lobo%20Pires.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 set. 2013. p. 23.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

- dimensionamento que contemple as demandas previstas para atendimento imediato e de médio prazo;
- a demonstração, em estudos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica do empreendimento;
- estudos que demonstrem que o empreendimento tem viabilidade socioeconômica, que o fluxo de caixa esteja baseado em despesas compatíveis com o porte dos investimentos ao longo da concessão e que as receitas são suficientes para recuperar os investimentos do particular, observada a modicidade da tarifa;
- compatibilidade na especificação dos materiais empregados, que possam garantir qualidade e durabilidade à obra, já que no futuro retornará à responsabilidade do poder público (com o eventual fim precoce do contrato ou ao final da concessão);
- previsão de adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, tanto a Administração quanto as proponentes deve investigar, previamente, sobre a viabilidade ambiental do empreendimento;
- desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer a visão global das obras e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- estabelecer o valor das obras, condizentes com os valores de mercado;
- os investimentos já efetuados devem ser conhecidos e demonstrados, visto o que diz o texto legal: “os estudos investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital” (art. 21), ou seja, tudo aquilo que foi investido pelo Poder Público e, ainda, não amortizado na tarifa, deverá ser ressarcido pelo futuro concessionário. Isto deve ser especificado no edital e, seu impacto econômico-financeiro considerado na formação da tarifa⁷⁹.

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

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

I - primeiro estágio:

⁷⁹ MOTTA, Cezar Augusto Pinto; OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **A dimensão do “projeto básico” na concessão**. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS. Anais do Encontro Nacional de Auditoria de Obras Públicas; 23 e 24 maio 2011; Florianópolis. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2011/docs/Dimensao_projeto_basico_concessoes.pdf. Acesso em: 17 set. 2013. p. 6.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

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

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

1. objeto, área e prazo da concessão;
 2. quantificação e localização das praças de pedágio devidamente justificadas;
 3. estudos técnicos estimativos dos índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados;
 4. estudo específico e fundamentado de estimativa de tráfego para a rodovia ou trecho de rodovia em licitação;
 5. orçamento, com data de referência, das obras a realizar previstas pelo poder concedente para o objeto a licitar;
 6. custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais;
 7. projeção das receitas operacionais da concessionária;
 8. projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos;
 9. eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados;
 10. fluxo de caixa projetado do empreendimento, coerente com o estudo de viabilidade;
- d) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;
- e) Programa de Exploração da Rodovia (PER), elaborado pelo poder concedente ou por empresa contratada com essa finalidade, ou outro documento que se destine a delimitar as obras, os investimentos e os serviços a serem realizados pela concessionária durante a execução contratual, acompanhado dos respectivos cronogramas físico-financeiros;
- f) relatório sintético sobre os estudos de impacto ambiental disponíveis, em que esteja indicada a existência de licenciamento ambiental para a execução das obras previstas, bem como a existência de passivo ambiental no trecho rodoviário a ser licitado e o agente responsável por sua recuperação;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

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

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

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

- i. Redução de 8% (*oito por cento*) para 3% (*três por cento*), sobre a receita tarifária, que deveriam ser pagos ao Estado a título de remuneração pelo direito de exploração do Sistema Rodovia do Sol, além da inclusão da carência de 5 (*cinco*) anos, antes inexistente;
- ii. Alteração do tratamento dado às receitas acessórias que passaram a reverter em favor do usuário, ao invés do pagamento de 15% (*quinze por cento*) ao Estado;
- iii. Acréscimo no valor da tarifa fixada para a praça de pedágio que seria instalada na Praia do Sol, de R\$ 2,50 (*dois reais e cinquenta centavos*) para R\$ 2,80 (*dois reais e oitenta centavos*);
- iv. Redução no valor da tarifa-teto para a praça de pedágio da Terceira Ponte de R\$ 1,00 (*um real*) [nos primeiros dezoito meses] e R\$ 1,10 (*um real e dez centavos*) [a partir do décimo oitavo mês] para R\$ 0,95 (*noventa e cinco centavos*);
- v. Redução no saldo da dívida com a Operação de Rodovias Ltda – ORL de R\$ 14.448.000,00 (*quatorze milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil reais*) para R\$ 11.500.000,00 (*onze milhões e quinhentos mil reais*);

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

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

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

- v. Contorno de Guarapari - Trecho Setiba - Praia de Graçaí (1ª e 2ª etapas):
 - a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 863 a 868 do Processo TC 3224/1997;
- vi. Interligação da Avenida Carlos Lindenberg com a Terceira Ponte:
 - a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
 - b. Não foi apresentado orçamento, apenas planilha de quantidades, fls. 2486 a 2487 do Processo TC 5591/2013, sem indicação de preços; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;**
- vii. Recuperação e Modernização da Terceira Ponte:
 - a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
 - b. Não foi apresentado orçamento, apenas planilha de quantidades, na publicação de errata do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 39 do Anexo III, Volume III, sem indicação de preços; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;**
- viii. Conservação Especial:
 - a. Não foram apresentados orçamento ou planilha de quantidades com indicação de materiais e serviços que seriam úteis na elaboração de seu orçamento; **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.**

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

Havia necessidade, ainda, conforme critério legal, de apresentar projeção de ganhos de produtividade, decorrentes de avanço tecnológico, aperfeiçoamento industrial, soluções técnicas inovadoras e soluções/produtos novos. Todavia tal projeção não



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

foi apresentada e não há indícios de que tais ganhos tenham sido considerados no estudo de viabilidade citado, de modo que **não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995.**

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

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

2.7) Da inexistência de Projeto Básico

[...]

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

- Praça de Pedágio da Praia do Sol;
- Contorno de Guarapari;
- Interligação Terceira Ponte – Av. Carlos Lindenberg; e
- Recuperação e Modernização da Terceira Ponte⁸⁰.

Desse modo, a principal causa da abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico foi a omissão do engenheiro Jorge Hélio Leal, à época, Diretor-Geral do DER/ES, que cientificado pelo TCEES, por meio de citação, da insuficiência dos elementos até aquele momento existentes no processo licitatório, publicou o Edital de

⁸⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Análise Técnica do Edital de Concorrência – SETR CN – 001/97**. Processo TC 3224/1997. fls. 983.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, em setembro de 1998, sem sanar a irregularidade apontada.

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

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

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

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

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

Todavia, observe que o ato reprovável foi praticado em setembro de 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto ao ato de abertura de procedimento licitatório sem o apoio dos elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas**;

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, que abriu procedimento licitatório sem o apoio dos elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)**, uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.2, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “101” ao “116” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.1 - Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico

101. A Instrução Técnica Conclusiva 308/2015 apontou, no item aludido acima, uma suposta existência de vícios de forma e de finalidade, que maculariam o Contrato de Concessão 01/98 a ponto de ensejarem a sua nulidade absoluta.

102. O corpo técnico dessa e. Corte de Contas, quando da elaboração do relatório da auditoria RA-E 10/2014, apresentado na primeira metade do ano passado, suscitou que a licitação não teria atendido *"o exigido pelo art. 18, inciso AI, da Lei 8.987/1995, pois não foram apresentados os elementos de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas"* (cf. 10.369).

103. Como destacado pelo próprio relatório da auditoria, coonestado pela Instrução Técnica Conclusiva 208/2015 (sic), a licitação de serviço público do art. 124, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21.6.93, demanda a elaboração de um projeto básico mais simplificado, em consonância com o art. 18, XV, da Lei de Concessões, que exige a indicação, "nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização".

104. A desoneração quanto à exigência de elaboração de um projeto básico exaustivo decorre da natureza do Contrato de Concessão de Serviço Público precedida da execução de obra,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

conforme conceituado no art. 2º da Lei de Concessões⁸¹, que busca a alocação de riscos entre o poder concedente e a iniciativa privada:

105. A análise dos dispositivos acima transcritos, permite concluir que os "*elementos do projeto básico*" resultam na flexibilização das exigências do disposto na Lei de Licitações. Esta condição é coerente com a lógica de que o "projeto" disponibilizado pela Administração não será adotado obrigatoriamente pela Concessionária, que tem liberdade para administrar o serviço concedido.

106. Nesse sentido, a Instrução Técnica Conclusiva reconheceu que o art. 18, XV, da Lei nº 8.987, de 13.02.95, "trouxe um abrandamento da exigência do projeto básico para as concessões de serviços públicos precedidos de obra pública, ao exigir 'elementos do projeto básico'" e concluiu dispondo que "assiste razão à empresa concessionária quando afirma que a Lei Nacional de Concessões simplificou a exigência do projeto básico" (fls. 24.741).

107. No entanto, apesar da correta afirmação acima referida, o corpo técnico desse e. Tribunal de Contas concluiu que houve dois vícios que maculariam o contrato de concessão: um de forma, pois, ainda que a exigência para esse tipo de contrato seja mais branda, não teria havido a indicação dos elementos considerados essenciais; e outro de finalidade, na medida em que o projeto apresentado não teria atingido a sua finalidade, que era alcançar a modicidade tarifária.

108. Em primeiro lugar, quanto ao vício de forma não assiste qualquer razão ao disposto na Instrução Técnica Conclusiva. Isso porque, diante da situação em análise, em que é flexibilizada a norma do art. 18, XV, da Lei nº 8.987, de 13.02.95, os critérios para estabelecer os "elementos essenciais para caracterização do contrato" são absolutamente subjetivos, de modo que não se pode afirmar o descumprimento daquela norma e, conseqüentemente, não há que se falar em nulidade.

109. Em resumo, ainda que se reconheça que as exigências do art. 18, XV, da Lei nº 8.987, de 13.02.95 são flexibilizadas, se restringindo aos elementos que forem essenciais para caracterização do Contrato de Concessão, a ITC 308/2015 aponta um suposto descumprimento de seus requisitos. Por outro lado, não se baseia em nenhum fundamento para sustentar a sua alegação.

110. Em segundo lugar, é de igual modo descabida a afirmação lançada pela Instrução Técnica Conclusiva de que houve vício

⁸¹ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

de finalidade pelo "desatendimento ao princípio legal da modicidade tarifária" (fls. 24.757), eis que a suposta falta de elementos suficientes de projeto básico já foi completamente elidida pela RODOSOL.

111. Na realidade, do exame do Relatório da Auditoria RA-E 10/2014 e da Instrução Técnica Conclusiva, conclui-se que foram cabalmente apresentados elementos para a plena caracterização do escopo do contrato, em estrita observância a Lei de Concessões.

112. Com efeito, a instrução técnica apontou que (a) não teria sido elaborado estudo de viabilidade técnica e econômica que refletissem as condições definidas no edital; (b) não teriam sido apresentadas justificativas para a quantificação e localização das praças de pedágio; (c) não teriam sido apresentadas justificativas para a adoção de taxas anuais de crescimento de tráfego, efeito qualidade após a conclusão de obras importantes, bem como taxa de fuga, também não influencia na compreensão da contratação; e (d) não teriam sido apresentadas planilhas de cálculos dos orçamentos apresentados.

113. Ocorre, contudo, que (a) a própria ITC 308/2015 admite a realização de Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-60) e que este não teria sido localizado pelo órgão público competente; e, quantos aos supostos vícios (b), (c) e (d), a simples ausência de justificativa para a adoção dos referidos parâmetros, expressamente apontados no Edital, bem como a apresentação de orçamentos sintéticos, não contrariam a exigência de demonstração de "elementos" que permitam a plena caracterização do objeto do contrato.

114. Como se expôs anteriormente, a licitação para concessão de serviços públicos demanda a apresentação de elementos do projeto básico suficientes para delinear o escopo da contratação, não havendo necessidade do detalhamento e aprofundamento exigido pela Lei nº 8.666, de 21.6.93, para as demais modalidades.

115. Notadamente, não tendo o relatório apresentado fundamentos para afastar a regularidade do contrato, não se pode concluir que eles teriam sido insuficientes, somente pela afirmação genérica, de caráter negativamente subjetivo, de que estão ausentes os elementos básicos.

116. Dessa forma, no caso dos autos, revela-se estritamente cumprido o art. 18, XV, da Lei nº 8.987, 13.02.95, porquanto o Edital foi instruído com elementos suficientes para delinear apropriadamente o objeto do contrato de concessão.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Análise:

O indicativo de irregularidade, apontado no item 2.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, diz respeito à *“abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico”* e foi analisado, em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pelas partes, no tópico 3.1 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24714-24761.

Na oportunidade, a equipe multidisciplinar elaboradora da ITC 308/2015, após longa explanação sobre o tema, reconheceu que embora a Lei Geral de Concessões (Lei 8987/1995) não albergue a exigência de um *“[...] projeto básico exaustivo [...]”*, não se pode concordar que os elementos apresentados pela Administração, quando da realização do procedimento licitatório, perfaziam-se suficientes e em cumprimento ao disposto no artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/95.

Com efeito, apontou o RA-E 10/2014 as seguintes inconsistências relativas aos necessários elementos de projeto básico, ora sintetizadas:

a) não existiriam estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento que reflitam as condições definidas no Edital de Concorrência Pública 1/1998, mas sim, mero “Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para a Concessão da Rodovia do Sol (ES-060)”, consubstanciado no documento presente às fls. 2.229-2.242 (vol. XI), datado de março de 1997, relativo ao Edital de Concorrência SETR CN 1/97, edital este que teve sua execução sustada, à época, por Decisão deste TCEES e que foi, posteriormente, cancelado pela Administração. Nesse ponto destacou a equipe de auditoria que entre o estudo de viabilidade econômico-financeiro no qual se lastreou o malogrado Edital SETR CN 1/97 e o Edital de Concorrência Pública 1/98 havia diferenças significativas de modo que não poderia o referido “Estudo” realizado e consolidado em 1997 servir de base ao Edital lançado em 1998 (Concorrência Pública 1/98) sem que se efetuasse a devida adequação e atualização;

b) não existiriam justificativas acerca da quantidade de praças e a escolha da localização da praça de pedágio na Praia do Sol;

c) não existiria estudo específico e fundamentado sobre a estimativa de tráfego para os trechos licitados, bem como, estudos técnicos acerca dos estimados índices de fuga e impedância adequadamente fundamentados. Nesse ponto observa o RA-E 10/2014 que o “Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira” (fls. 2.229-2.242, vol. XI) realizado para embasar o Edital SETR CN 1/97, que veio a ser cancelado pela Administração, estipula (precisamente à fl. 2.235, vol. XI) taxas de crescimento anual de tráfego, taxas de efeito qualidade após a conclusão de obras importante e taxas de fuga, sem, entretanto, apresentar justificativas que embasassem os percentuais adotados;

d) narra o RA-E 10/2014 oito obras de ampliação e/ou recuperação do Sistema Rodosol a serem executadas pelo contratado, que apresentam sérias falhas, na fase interna da licitação, quanto a sua orçamentação pelo DER/ES, dentre elas, a total inexistência de orçamento; apresentação de orçamento desatualizado, com data-base de julho de 1996 (enquanto o procedimento licitatório transcorreu no exercício de 1998); inexistência de planilha de quantidades e preço de materiais e serviços, etc. Para melhor



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

visualização acerca das deficiências ventiladas pela equipe de auditoria, reproduzimos excerto do RA-E 10/2014 onde se encontram elencadas as obras que apresentariam deficiências quanto à orçamentação, vejamos:

i. Duplicação da ES-060 – Trecho Rodovia Darly Santos – Setiba:

- a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 869 a 879 do Processo TC 3224/1997, data-base Julho/1996;

ii. Duplicação da ES-060 - Trecho Graçaí - Meaípe:

- a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 869 a 879 do Processo TC 3224/1997, data-base Julho/1996;

iii. Duplicação da Ponte sobre o Rio Jucu:

- a. Não foi apresentado orçamento e aquilo que pretendia ser uma planilha de quantidades, conforme fls. 188 do Anexo III, Volume II, Tomo I, do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, traz apenas a informação da extensão da ponte, sem nenhuma indicação quanto à quantidade e preço de materiais e serviços que seriam úteis na elaboração de seu orçamento; não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

iv. Implantação do Complexo da Praça de Pedágio na Rodovia do Sol:

- a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
- b. Não foram apresentados orçamento ou planilha de quantidades com indicação de materiais e serviços que seriam úteis na elaboração de seu orçamento; não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

v. Contorno de Guarapari - Trecho Setiba - Praia de Graçaí (1ª e 2ª etapas):

- a. Apresentado orçamento sintético, com quantidades e preços unitários, sem composições, fls. 863 a 868 do Processo TC 3224/1997;

vi. Interligação da Avenida Carlos Lindenberg com a Terceira Ponte:

- a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
- b. Não foi apresentado orçamento, apenas planilha de quantidades, fls. 2486 a 2487 do Processo TC 5591/2013, sem indicação de preços; não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

vii. Recuperação e Modernização da Terceira Ponte:

- a. No estudo de viabilidade citado, fls. 2231 do Processo TC 5591/2013, é apresentado o valor previsto do investimento, porém, sem apresentação de memória de cálculo ou justificativas;
- b. Não foi apresentado orçamento, apenas planilha de quantidades, na publicação de errata do Edital de Concorrência Pública para



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 39 do Anexo III, Volume III, sem indicação de preços; não atende o exigido pelo artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/1995;

viii. Conservação Especial:

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

e) não teria sido apresentada a orçamentação com o custo estimado de prestação dos serviços, incluindo os custos operacionais. Nesse sentido, noticia o RA-E 10/2014 que no multicitado “Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira” - datado de março de 1997, elaborado para embasar o Edital SETR CN 1/97 (que seria adiante cancelado) – são apresentadas estimativas de despesas operacionais, de administração e de conservação da Rodovia do Sol e da Terceira Ponte (vide fls. 2.232-2.233, vol. XI) especificadas por grupo de despesa para os 25 anos de concessão, entretanto sem a memória de cálculo ou justificativas.

Note-se, com relevo, que **as obras elencadas na alínea “d” representam a totalidade das obras de ampliação e recuperação previstas para serem executadas pelo licitante vencedor da Concorrência Pública de Concessão 1/98**, conforme se extrai do “Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial” (Anexo V do Edital) juntado às fls. 3.707-3.739 (vol. XVII) – ver especificamente o “Quadro 5 – Investimentos”.

Nesse passo, ao examinarem o tema, observaram os elaboradores da ITC 308/2015 (tópico 3.1) que **o objetivo primordial da existência de elementos de projeto básico em uma licitação destinada à concessão de serviço público é, justamente, permitir a orçamentação do montante a ser investido pelo contratado/concessionário durante a vigência do contrato**, conforme leciona Leonardo Lobo Pires⁸², em monografia sobre o tema e na qual aborda a concessão de rodovias, deixando consignado que:

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

Note a obrigação do concessionário será oferecer uma rodovia que obedeça a parâmetros de qualidade pré-definidos em contrato, que deem consistência aos parágrafos 1º e 2º do art. 6º da Lei 8.987/1995. Ou seja, não há uma prévia vinculação de quais investimentos devem ser feitos ou com que técnicas, o concessionário tem autonomia para fazer os investimentos da forma que entender mais vantajosa, apenas reiterando, desde

⁸² PIRES, Leonardo Lobo. 2013, p. 21-22.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

que entregue o serviço conforme os parâmetros definidos em contrato. [g. n.]

Dessa forma, é indubitosa a extrema relevância da existência de **elementos de projeto básico suficientes** para a **perfeita estimativa de preço do valor dos investimentos a serem aportados pelo concessionário** que, por consequência, definirão o valor da tarifa a ser paga pelos usuários já **que impactarão na fixação do valor da tarifa máxima estabelecida no Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 em seu item “19”**.

Perfaz-se inadmissível que o Poder Público contrate serviços públicos sem descrevê-los adequadamente, de sorte que a ausência dos elementos de projeto básico, acima identificados, maculou de maneira irremediável o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

Nessa linha e embasando-se em lições de autores especialistas no tema, considerou a ITC 308/2015 que ante ao não atendimento ao disposto no inciso XV do artigo 18 da Lei 8.987/1995 **“[...] afigura-se patente a nulidade do instrumento convocatório da Concorrência Pública de Concessão 1/98”**.

De maneira cuidadosa e consistente, com base no posicionamento majoritário da doutrina administrativista, expôs a ITC 308/2015 sobre os elementos do ato administrativo, dando ênfase aos elementos “forma” e “finalidade”, que entendemos desatendidos pelo Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/1998 em razão da ausência dos elementos de projeto básico.

Pois bem, vem agora a Concessionária Rodovia do Sol, no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), precisamente nos parágrafos “107” ao “110”, argumentar que inexistiria “vício de forma” no edital licitatório eis que, em sua ótica, os *“[...] elementos essenciais para caracterização do contrato são absolutamente subjetivos, de modo que não se pode afirmar o descumprimento [...]”*. Já quanto ao “vício de finalidade”, apontado na ITC 308/2015, se limita a Concessionária a tecer a alegação de que *“[...] a suposta falta de elementos suficientes de projeto básico já foi completamente elidida pela RODOSOL”*.

Sem qualquer razão a Rodosol quando sustenta serem os elementos de projeto básico meramente subjetivos. Ora os “elementos de projeto básico” são componentes essenciais para a própria consecução do objeto licitado, uma vez que é a partir deles que se tem a plena caracterização das obras a serem realizadas pelo concessionário dotando-lhe de informações para a tomada de decisão quando à participação no certame a partir da plena ciência do objeto licitatório, seus elementos, padrões e demais aspectos pertinentes à execução da obra e do serviço. São os **“elementos do projeto básico”** que definem, de forma adequada e necessária, as condições de contratação sob parâmetros controláveis e **que permitam ao Estado a realização do objeto com modicidade tarifária e prestação de serviço adequado**. Evidencia-se que a exigência dos “elementos de projeto básico”, preconizado pelo art. 18, XV da Lei 8.987/95, não consiste em mera formalidade, mas sim em fundamental instrumento para o desenvolvimento do procedimento licitatório e conhecimento do objeto a ser licitado, em termos técnicos e financeiros.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Note-se que a fragilidade dos elementos de projeto básico concorreu para a baixa concorrência do procedimento licitatório haja vista que 18 (dezoito) empresas retiraram o edital mas apenas 02 (duas) delas vieram, em tese, a participar da licitação.

No que se refere à alegação de inoccorrência de “vício de finalidade” revela-se, data vênia, sem qualquer fundamento o sustentado pela Concessionária no sentido de que a ausência dos elementos de projeto básico teria sido “[...] *completamente elidida pela Rododol*”. Evidente que os elementos de projeto básico devem estar presentes no procedimento licitatório, sendo que a confecção do edital, obviamente, não é responsabilidade da Concessionária, mas sim do Poder Concedente, não fazendo qualquer sentido a alegação de que a ausência dos elementos de projeto básico foi elidida pela Rodosol.

Resulta evidenciado da análise consubstanciada no tópico 3.1 da ITC 308/2015 não só o reconhecimento da ausência dos “elementos do projeto básico”, como também a consequência jurídica decorrente da inobservância ao disposto no inciso XV do art. 18 da Lei 8.987/95, qual seja, a **nulidade absoluta** do procedimento licitatório da Concorrência Pública de Concessão 1/1998 por ter incidido nos vícios insanáveis de forma e finalidade. Todo o arcabouço fático e jurídico que levou a este entendimento encontra-se sobejamente demonstrado e devidamente fundamentado no aludido tópico 3.1 da ITC 308/2015 não havendo razão para nos lançarmos à repetição.

Dessa forma, considerando a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.1 da ITC 308/2015.**

4.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado.

Dos Fatos/Auditoria:

Abaixo transcrevemos o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.3 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

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

232. Até 5 (cinco) dias úteis, antes da data fixada para a celebração do contrato de concessão, a Licitante



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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 1992⁸³.

Como foi apresentado na Seção 1.1 deste Relatório de Auditoria – Visão Geral do Objeto, antes de compor o Sistema Rodovia do Sol, a Terceira Ponte já era objeto de concessão firmada entre o Estado do Espírito Santo e a CODESPE (ex-CETERPO), com data inicial em 19 de abril de 1984. Conforme também foi dito, tal concessão findou-se em 20 de janeiro de 1997, quando o Governo Estadual encampou o serviço, por intermédio do Decreto Estadual nº. 6.919-E/1997, que dispôs sobre a concessão dos serviços relativos ao Sistema Rodovia do Sol (ES-060) e deu outras providências. Em seu artigo 4º, o aludido decreto assim determinou:

Art. 4º. Fica encampado o serviço objeto da Concessão de Serviço Público para Término das Obras, Conservação, Manutenção e Exploração do Uso da Terceira Ponte, firmado em 04 de agosto de 1989, entre o Estado do Espírito Santo e a CODESPE (ex-CETERPO).

§ 1º. O pagamento de indenização, necessário à imissão pelo Estado na posse dos bens vinculados ao serviço encampado, será realizado na data da

⁸³ Processo TC 5591/2013. fls. 938-939.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

assinatura do Contrato de Concessão do processo licitatório, ora autorizado⁸⁴.

Com efeito, a encampação é uma das formas de extinção da concessão, sendo conceituada como a retomada do serviço pelo poder concedente, ainda durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, nos termos dos artigos 35, inciso II, e 37, ambos da Lei nº. 8.987/1995:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

[...]

II - encampação;

[...]

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

No caso concreto, o propósito da encampação foi a inclusão da Terceira Ponte na nova concessão pretendida, o chamado Sistema Rodovia do Sol. E como consequência da medida, a empresa Operação de Rodovias Ltda. – ORL passou a ser credora do Estado, em razão do saldo devedor da dívida por ela contraída para construção da Terceira Ponte. Vale lembrar que a ORL atuou como interveniente no contrato para a construção da Terceira Ponte, celebrado entre a CODESPE (ex-CETERPO) e a Usiminas Mecânica S.A.

Por oportunidade da realização da concessão do Sistema Rodovia do Sol, o Governo Estadual resolveu transferir para o licitante vencedor do certame a obrigação de quitar a dívida com a ORL, estipulando no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 que a celebração do contrato estava condicionada ao pagamento do saldo devedor, diretamente à ORL, conforme se vê da redação do aludido item 232.

Ocorre que a inclusão de tal condicionante no edital da licitação se contrapõe ao comando do artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, posto que configura circunstância impertinente para o específico objeto do contrato, além de ter restringido o caráter competitivo do certame. Vejamos o dispositivo:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação

⁸⁴ Processo TC 5591/2013. fls. 2215-2216.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#);

Como é cediço, a Lei nº. 8.666/1993 aplica-se às concessões de serviço público, nos termos dos artigos 14 e 18 da Lei nº. 8.987/1995, abaixo transcritos:

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.

[...]

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]

Voltando ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, trazemos à colação inigualável lição de Marçal Justen Filho que bem ilustra a importância do dispositivo:

1) Relevância do Dispositivo

Esse artigo apresenta excepcional relevância, devendo-se reconhecer a ele um destaque superior aos demais dispositivos da Lei. O art. 3º consagra os princípios norteadores da licitação.

O conceito de princípio foi exaustivamente examinado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando afirmou que é “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Deve



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

lembrar-se que a relevância do princípio não reside na sua natureza estrutural, mas nas suas aptidões funcionais. Vale dizer, o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas.

O princípio é importante não exatamente por ser a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as normas dele integrantes.

[...]

O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca de licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios.

[...]

20) Prejuízo ao Caráter Competitivo

No inc. I, arrolam-se os casos em que as condições impostas pelo ato convocatório distorcem o procedimento licitatório. O ato convocatório, ao estabelecer tais requisitos, já predetermina o(s) provável(eis) vencedor(es).

O disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. **Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada**, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse coletivo, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

licitação. **A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação.** Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (“... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. **Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da Licitação.**

Assegura-se tratamento igualitário aos interessados que apresentem condições necessárias para contratar com a Administração. A vitória de um deles dependerá de seus próprios méritos. **A regra não exige que o benefício indevido seja derivado de uma intenção reprovável. Ou seja, não é necessário sequer a intenção de beneficiar um ou mais competidores.**

Lembre-se que a lei autoriza contratação direta, quando a competição for inviável (art. 25). Quando for impossível disputa entre os

particulares, a Administração estará autorizada a contratar diretamente o único que estiver em condições de atender ao interesse coletivo. **A lei reprime a redução da competitividade do certame derivada de exigências desnecessárias ou abusivas**⁸⁵. [grifo nosso]

Considerando o caso concreto, tem-se que o pagamento à ORL era obrigação derivada de situação jurídica estranha à nova concessão que se pretendia licitar. Neste contexto, e tendo em vista os ensinamentos do Mestre Marçal, vislumbra-se que a inclusão da condicionante do item 232 no Edital de Concessão de serviços Públicos nº. 1/1998 mostrou-se equivocada, já que o seu propósito não foi o de selecionar a proposta mais vantajosa no âmbito da concessão.

Em verdade, tal fato acabou por configurar, sob o enfoque do específico objeto do contrato (recuperação, melhoramento,

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 41-42; 62-63.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

manutenção, conservação, operação e exploração do Sistema Rodovia do Sol⁸⁶), circunstância impertinente, sendo totalmente inadequada e, **inclusive, prejudicial ao caráter competitivo do certame**. Com efeito, a exigência de desembolso de quantia considerável (R\$ 11.500.000,00, a preços de 1998, ou seja, 8,5% do VPL no período zero), como condicionante para a celebração do contrato, e tendo como finalidade a quitação de dívida pertencente ao Estado, em nada contribuiu para a ampliação da competição.

Ou seja, a exigência em questão deve ser entendida como limitadora da participação de potenciais interessados capazes de bem executar o contrato de concessão, mas que, eventualmente, não tinham condições de desembolsar, de imediato, os R\$ 11.500.000,00 (*onze milhões e quinhentos mil reais*), antes da assinatura do contrato. Há que se ressaltar que o propósito principal da licitação era (ou deveria ser) a seleção da melhor proposta para a concessão do Sistema Rodovia do Sol e não a liquidação da dívida do Estado com a ORL. Portanto, descabida a inclusão de condição impertinente para o específico objeto do contrato e que acabou por dificultar a ampla participação de potenciais interessados.

Por sinal, a restrição da competitividade se confirmou no caso concreto. Embora 18 (*dezoito*) empresas tenham realizado a visita técnica coletiva⁸⁷, apenas duas seguiram interessadas e participaram até o final do certame (Servix Engenharia S.A. e Construtora Castilho de Porto Alegre S.A.), com **consequente prejuízo para a seleção da proposta mais vantajosa**.

Sendo o caráter competitivo um dos princípios norteadores da licitação, a irregularidade que implica em sua restrição deve ser tida como grave, **capaz de colocar em xeque a lisura do certame**, podendo acarretar, como consequência, a anulação da licitação e do respectivo contrato. A propósito, merece destaque o artigo 49, *caput* e §§ 1º ao 4º, da Lei nº. 8.666/1993, com a seguinte redação:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado**.

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

⁸⁶ Processo TC 5591/2013. fls. 1327.

⁸⁷ Processo TC 5591/2013. fls. 1015-1016.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

§ 2º. **A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplicam-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação. [grifo nosso]

Note que, de acordo com o comando legal, na hipótese de ilegalidade, a licitação deve ser anulada pela Administração (poder de autotutela), sendo que a nulidade do procedimento licitatório induz à do respectivo contrato, assegurado o contraditório e a ampla defesa, bem como a indenização a que fizer jus o contratado, se for o caso. A propósito do tema, trazemos à colação outra esclarecedora lição de Marçal Justen Filho, em comentário ao aludido dispositivo legal:

9) Os vícios do ato convocatório

A temática da invalidade de atos administrativos pode ser examinada relativamente a diversas categorias de atos. No entanto, cabe especial atenção aos defeitos do instrumento convocatório. A elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, a que se soma o exercício de escolhas discricionárias para a Administração Pública.

O cotejo entre o edital e o direito pode conduzir à conclusão de existência de vício tanto no tocante ao exercício de competência vinculada como de competência discricionária. Quanto a isso, aplicam-se os princípios norteadores da atividade administrativa e largamente conhecidos na doutrina e na jurisprudência. Como acima se disse, o edital configura-se como ato administrativo – e, como tal, sujeita-se às regras correspondentes, como qualquer ato administrativo. Interessa o edital enquanto submetido às regras específicas relativas às licitações.

Cabe à Administração Pública a definição do contrato a ser realizado em todas as suas circunstâncias (objeto, prazos, sanções, etc.), assim como a estruturação do procedimento licitatório (local de realização, fases, julgamento, etc.). Nesses campos, **a Administração deverá efetivar as escolhas mais conformes com a consecução das funções a ela atribuídas. Para fins específicos de controle, o edital poderá ser viciado tanto por omissão de elementos necessários indispensáveis como por inclusão de regras desnecessárias e inadequadas.**

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as exigências ou as opções contidas no edital e o interesse coletivo ou supra-individual concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de: a) exigência incompatível com o sistema jurídico; b) desnecessidade da exigência; c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) as funções atribuídas ao Estado. Assim, o “interesse público” concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do “fim”.

[...]

Outra espécie de vício ocorrerá quando as regras previstas no edital não tiverem pertinência com o objeto a ser contratado ou com a finalidade concreta buscada pela Administração. Isso se verifica quando as regras forem inadequadas à mensuração da idoneidade do contratante ou à seleção da melhor proposta para a contratação desejada. Esses defeitos afetam o interesse sob tutela do Estado. Portanto, é incabível sua sanção pela omissão dos particulares.

Por outro lado, os vícios formais encontrados nos editais que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser plenamente reparados pela Administração.

[...]

11) Responsabilidade civil do Estado na anulação

Com as ressalvas indicadas na avaliação acima realizada, a propósito da aplicação do princípio da proporcionalidade, **não existe direito adquirido oponível à Administração Pública quando ocorrer nulidade. Aquele que poderia extrair alguma vantagem da**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

situação deverá conformar-se com o desfazimento decorrente da nulidade. Isso não significa, porém, a liberação de quaisquer responsabilidades da Administração Pública. O reconhecimento da nulidade impõe como dever o desfazimento de todos os atos; isso não significa a ausência de responsabilização por perdas e danos produzidas pela conduta dos agentes da Administração Pública. O particular não pode exigir a manutenção do ato nulo ou o respeito a seus efeitos. Mas pode pleitear que a Administração responda pelos efeitos nocivos da conduta viciada. A prática de atos viciados produz a responsabilidade civil do Estado.

[...] A Administração Pública tem o dever de obedecer à Lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica. Praticar ato viciado, no curso de uma licitação, caracteriza-se como uma ilicitude, para fins jurídicos. Anulado o ato administrativo (porque a Administração atuou mal), configuram-se os pressupostos da responsabilização civil do Estado. A ação (ou omissão) do Estado terá sido a causa de prejuízo ao patrimônio de particulares. Por isso, sempre que o Estado der margem ao desfazimento de atos jurídicos, deverá indenizar os lesados pelas perdas e danos correspondentes. [...] Anulada a licitação, total ou parcialmente, a Administração está obrigada a indenizar as perdas e danos sofridos pelos interessados – assim entendidos aqueles que participaram dos atos posteriormente invalidados.

[...]

Deve-se apurar a relação de causalidade entre o ato estatal viciado e o dano sofrido pelo particular. Se o dano derivou exclusivamente da conduta do particular, a Administração Pública não será por ele responsabilizável. [...]

São indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes. Quanto a isso, aplicam-se os princípios já desenvolvidos no direito comum. Exige-se a indenização ampla e completa – o que não significa, evidentemente, provocar enriquecimento ao interessado.

[...]

13) Desfazimento do contrato por vício na licitação

Há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. **A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último. Anulada a licitação, a consequência lógica será a anulação do contrato.** Mas não se pode ignorar a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

impossibilidade de transferir para o particular efeitos danosos derivados da invalidação. A consagração de um Estado Democrático de Direito conduz não à eliminação da prática de atos estatais defeituosos: é impossível eliminar o risco de atos viciados. Mas o que se assegura é a responsabilização estatal pelos atos inválidos praticados. Ou seja, se houve nulidade, o Estado não pode promover o desfazimento do ato e a extinção de seus efeitos sem garantir ao particular uma compensação adequada e correspondente. Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica⁸⁸. [grifo nosso]

O engenheiro Jorge Hélio Leal é o responsável pelo achado apontado, pois, acumulando as funções de Diretor-Geral do DER/ES, Presidente da Comissão Especial de Licitação do DER/ES e Presidente do Conselho Rodoviário Estadual – CRE, teve atuação destacada no processo da concessão do Sistema Rodovia do Sol. Assim, e tendo em vista a constatação da irregularidade em comento, pode-se dizer que ele, no mínimo, falhou ao não zelar pela estrita legalidade do processo licitatório e, também, ao aprovar o certame viciado, o que ocorreu por meio da Resolução nº. 4.822/98⁸⁹ do CRE.

Todavia, observe que a irregularidade apontada ocorreu em 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto à ilegalidade da inclusão na concessão do Sistema Rodovia do Sol, como obrigação da empresa vencedora do certame licitatório, do pagamento da dívida do Estado com a empresa Operação de Rodovias Ltda.;**

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**,

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 654-657; 661.

⁸⁹ Processo TC 5591/2013. fls. 1059.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – Arsi e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a ilegalidade da inclusão na concessão do Sistema Rodovia do Sol, como obrigação da empresa vencedora do certame licitatório, do pagamento da dívida do Estado com a empresa Operação de Rodovias Ltda., posicionando-se sobre seus efeitos danosos à competição (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)**, uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.3, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a Arsi tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e ii) comunique o decidido à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “117” ao “129” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, no tópico 3.2 intitulado “Inclusão como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreu os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.2 - Inclusão no edital do certame da obrigação da concessionária de pagar de dívida do Estado referente à encampação

117. Inexiste, igualmente, o vício do Edital no que se refere à obrigação imposta à vencedora do certame de quitar o saldo devedor do anterior contrato de concessão da Terceira Ponte, nos termos do Termo Aditivo nº 34 ao contrato assinado em 10.8.78, 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 4.8.89, e do “Termo de Aditamento ao contrato celebrado em 10.8.78 e cedido parcialmente em 18.8.89, firmado entre a Companhia de Exploração da Terceira Ponte CETERPO e Operações de Rodovias Ltda. ORL”, celebrado em 22.12.92.

118. Segundo o relatório, “a inclusão de tal condicionante no edital da licitação se contrapõe ao comando do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, posto que configura circunstância impertinente para o específico objeto do contrato, além de ter restringido o caráter competitivo do certame” (cf. fls. 10.374).

119. De igual modo, a Instrução Técnica Conclusiva afirma que “resta caracterizada clara restrição à competitividade do certame, por exigência impertinente ao objeto licitatório, incidindo no descumprimento do art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666, de 21.6.93” (cf. fls. 24.777).

120. Ocorre, contudo, que a criação do Sistema Rodovia do Sol, com a reunião dos serviços de operação da Rodovia ES-60 e da Terceira Ponte, teve por objetivo a viabilização econômico-financeira de obras de interesse público, para as quais o Estado do Espírito Santo não possuía recursos para executar diretamente.

121. A solução implementada no exercício regular da discricionariedade da Administração pressupunha a utilização dos pedágios da Terceira Ponte e da Praia do Sol como fonte de custeio para a manutenção e ampliação de todo o sistema rodoviário com recursos da iniciativa privada, tendo em vista que o Estado não tinha recursos para fazer frente aos altos investimentos necessários, como explicou Antonio Carlos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Medeiros, que participou do processo de concessão como Secretário-Executivo do Conselho Técnico-Executivo para Reforma do Estado, órgão colegiado vinculado Governador⁹⁰. (sic)

122. A inclusão da Terceira Ponte na concessão demandava, evidentemente, a extinção do contrato de concessão então vigente, o que se fez mediante a encampação do serviço pelo Estado. Notadamente, ao invés de arcar diretamente com os custos da indenização do concessionário anterior, o que seria inviável em virtude da ausência de recursos públicos para tanto, a Administração transferiu ao novo concessionário a obrigação de arcar com o custo pela própria criação do sistema, isto é, o custo da retomada da Terceira Ponte, incluindo-o na equação econômico-financeira de remuneração do novo contrato de concessão.

123. Diante disso, não há que se falar que a obrigação seja impertinente à Concessionária, como fez a ITC 308/2015, vez que a quitação da dívida em questão era um pressuposto insuperável da própria concepção da concessão do Sistema Rodovia do Sol. A cláusula impugnada não só é pertinente, como necessária para a existência do objeto do contrato.

124. Sendo a exigência em questão um imperativo da celebração do contrato, em estrita observância ao interesse público consubstanciado na criação do sistema rodovia que viabilizasse a execução das obras de ampliação da Rodovia ES-60, não há que se falar em limitação indevida da competição, como ensina MARÇAL JUSTEN FILHO:

"No inciso I, arrolam-se os casos em que as condições importas pelo ato convocatório distorcem o procedimento licitatório. O ato convocatório, ao estabelecer tais requisitos, já predetermina o(s) provável(eis) vencedor(es). O disposto não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão não seja orientada a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser

⁹⁰ "Sendo assim, se não fosse buscada esta forma de viabilizar a Concessão, os problemas sociais econômicos que deram origem a própria ideia da Concessão permaneceriam, com graves repercussões políticas e sociais.

Vale enumerar alguns destes problemas:

- a) Já em 1995, a Rodovia do Sol, no trecho Vila Velha - Guarapari, apresentava capacidade viária inferior ao fluxo a cada dia crescente. Assim, ocorriam congestionamentos constantes em todo o trecho;
- b) Registravam-se recorrentes acidentes fatais, com irreparáveis perdas de vidas;
- c) O turismo, fonte de renda do município de Guarapari, estava sendo prejudicado;
- d) A situação econômico-financeira do Governo do Estado, não permitia que se alocasse recursos financeiros na Rodovia do Sol.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Alias, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ('... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração" (MARÇAL JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., SP, Dialética, 1998, pp. 75/76, grifou-se).

125. É recorrente, no âmbito administrativo, que se exija das empresas participantes do certame o preenchimento de determinados requisitos, além da qualificação técnica, também a econômica-financeira (art. 27, II e III, ambos da Lei nº 8.666, de 21.6.93). Aliás, a utilização das receitas de um novo contrato de concessão para pagar indenizações devidas ao concessionário anterior pela extinção do contrato está prevista na própria Lei de Concessões, conforme dispositivo introduzido pela Lei nº 11.445, de 5.1.97⁹¹.

126. A esse respeito, deve-se ressaltar o descabimento da alegação da Instrução Técnica Conclusiva que, no que toca ao § 6º, do art. 42 da Lei nº 8.987/95, "é incabível suscitar fundamento legal inexistente à época da realização da licitação" (fls. 24.783).

127. Em que pese o dispositivo aludido acima, que autoriza o procedimento adotado pelo contrato 01/98, só tenha sido incluído em 2007, pela edição da Lei 11.445, jamais houve norma que impedisse a situação impugnada pelo Corpo Técnico do TCE-ES. Muito pelo contrário, como demonstrado acima, por meio da irrepreensível lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, tal prática sempre foi aceita pela doutrina especializada.

128. Sendo assim, não há impedimento legal de que a Administração inclua no novo contrato de concessão mecanismos de quitação e satisfação de obrigações relativas ao contrato anterior extinto.

129. Pelo exposto, não viola o art. 3º, §1º, 1, da Lei nº 8.666/93, a exigência de que a licitante arque diretamente com o pagamento da indenização pela extinção do contrato de

⁹¹ "Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.
§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço".



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

concessão anterior, vez que a obrigação tem plena pertinência com o objeto do novo contrato de concessão, inexistindo fundamento para este Achado 2.3.”.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.3 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.2 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24761-24786.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “117” ao “129” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “138” ao “147” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, no que pertine aos parágrafos “117”, “118”, “120” a “124”, “128” e “129” do documento juntado, que perfazem quase a totalidade dos argumentos trazidos. Apenas os parágrafos “119” e “125 a 127” não são cópias fiéis dos parágrafos da defesa anteriormente apresentada, mas não trazem quaisquer argumentos novos, conforme relatado abaixo.

No parágrafo “119” há uma breve menção a frase constante na ITC 308/2015, com o fito de apenas corroborar o posicionamento já adotado pelo Relatório de Auditoria RA-E 10/2014. Não há qualquer discordância explícita, apenas denotando o entendimento exarado pela equipe técnica.

Já o parágrafo “125” traz em sua primeira frase apenas uma constatação em virtude do texto expresso da Lei nº 8.666/93, complementando o resto do parágrafo com frase que guarda identidade absoluta no tocante ao parágrafo “145” da defesa outrora apresentada. O parágrafo “126” apenas afirma, em singela frase, o descabimento da alegação constante na ITC no tocante ao art. 42, § 6º, sem trazer naquele corpo textual os argumentos pertinentes. Os fatos noticiados nos parágrafos “125” e “126”, que tratam sobre a aplicação do § 6º do art. 42 da Lei nº 8.987/95, foi amplamente analisado na ITC, conforme o enxerto abaixo:

A redação original do artigo 42 da Lei 8.987/95 foi alterada pela Lei 11.445/2007 com o fito de tratar sobre as concessões em caráter precário, as que estavam com prazo vencido, bem como, as que estavam em vigor por prazo indeterminado. Estipulou-se que tais concessões teriam validade máxima até 31 de dezembro de 2010, mas desde que cumpridos os requisitos estatuidos nos incisos contidos no § 3º do mesmo art. 42 até a data de 30 de junho de 2009.

Dentre esses requisitos está a celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, na forma do inciso II do § 3º do art. 42. Em caso da não celebração de acordo, o § 4º estatuiu outra forma de avaliação desses bens, cujos valores seriam apurados por empresa de auditoria independente escolhidas de comum acordo pelo Estado e Concessionária.

O § 6º do multicitado art. 42 da Lei Geral de Concessões, ventilado pela notificada como fundamento legal da exigência editalícia de assunção e pagamento de dívida pelo licitante vencedor da Concorrência Pública 1/98, em verdade, apenas estabeleceu que, em caso de realização do acordo previsto no inciso II do § 3º do mesmo dispositivo, a indenização dele decorrente poderia ser paga mediante receitas oriundas de nova concessão referente aquele mesmo serviço.

O intuito da alteração legislativa implementada pela Lei 11.445/2007 foi justamente reger as situações de concessionárias atuando sem respaldo contratual válido, prevendo período para apuração de haveres (indenização decorrente de bens reversíveis não amortizados), e extinção da concessão até o final do ano de 2010. Neste sentido, acórdão do Tribunal de Contas da União:

Os §§ 3.º a 6.º do art. 42 da Lei n.º 8.987/1995, inseridos pela Lei n.º 11.445/2007, regularizam os serviços públicos explorados sem base contratual válida, existentes até então, prevendo o prazo máximo de duração dos atuais contratos ou atos de outorga até 31/12/2010, desde que atendidas, até 30/6/2009, todas as condições legais.

São previstos o levantamento dos investimentos realizados pelas empresas em bens reversíveis não-amortizados e a celebração de

acordo entre o poder concedente e o prestador do serviço, para o pagamento das eventuais indenizações.⁹²

Percebe-se dessa análise pormenorizada do artigo 42 da Lei 8.987/95, que a indenização nele tratada em nada se assemelha a indenização paga à ORL por força de previsão editalícia. Elas possuem naturezas completamente distintas.

Enquanto que a indenização do art. 42 diz respeito aos valores devidos a título de bens reversíveis não amortizados de concessionários sem o devido instrumento legal necessário para a manutenção da delegação do serviço, o pagamento exigido no item 232 do Edital 1/98 refere-se ao restante da obrigação contraída pelo Estado junto à empresa responsável pela construção da Terceira Ponte (ORL), que não era a

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 2517/2009 – Plenário**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 17 set. 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

concessionária (Ceterpo), ainda que houvesse um 'cessão parcial', nos termos do já relatado.

Ademais, a concessão anterior da Terceira Ponte não possuía caráter precário, tampouco estava com prazo vencido ou possuía prazo indeterminado. Tanto é verdade que ocorreu a encampação do serviço por interesse público, antes do fim do prazo contratual. Logo, a situação ali prevista não abarcou os fatos narrados fruto da extinção do contrato de concessão anterior ao Edital 1/98.

Acrescente-se que a previsão contida nos §§ 3º ao 6º do art. 42 da Lei 8.987/95 foi acrescida pela Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, isto é, após 10 anos da encampação dos serviços pelo Estado e nove anos após a previsão editalícia apontada como restritiva. Importante atentar à afirmativa de Carlos Pinto Coelho Motta quanto à validade e efeitos dessa norma:

A mencionada Lei 11.445/07, tendo entrado em vigor em 22/2/07, com certo diferimento em sua eficácia, pressupõe sua validade e efeitos a partir desta data⁹³.

Logicamente, é incabível suscitar fundamento legal inexistente à época da realização da licitação para embasar suposto direito que, como analisado, nem se enquadra faticamente na previsão legal do art. 42 da Lei Geral de Concessões.

Por fim, o parágrafo "127" a Rodosol S/A assim se manifestou:

Em que pese o dispositivo aludido acima, que autoriza o procedimento adotado pelo contrato 01/98, só tenha sido incluído em 2007, pela edição da Lei 11.445, jamais houve norma que impedisse a situação impugnada pelo Corpo Técnico do TCE-ES. Muito pelo contrário, como demonstrado acima, por meio da irrepreensível lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, tal prática sempre foi aceita pela doutrina especializada.

O referido parágrafo apenas consolida e enfatiza os argumentos apresentados, citando novamente a doutrina de Marçal Justen Filho, já referenciado no parágrafo "124". Tal doutrina foi devidamente analisada na ITC, esclarecendo que no presente caso foi atendido o interesse público secundário, caracterizado pelo interesse patrimonial do Estado, e não o interesse público primário, sendo este que deveria ter sido observado. Assim discorreu-se quanto a tal ponto no item 3.2 da ITC:

Portanto, na licitação concorrencial ora em análise, o Estado visou o atendimento do interesse público secundário, isto é, o seu interesse patrimonial, em detrimento ao interesse público primário, que para a contratação a ser realizada, era a prestação de serviço adequado com modicidade tarifária, este sim justificador da atuação do Estado na delegação de serviço público.

⁹³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Concessões, Permissões e Parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 157.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A exigência de assunção de dívida não atendeu ao interesse público primário por se mostrar impertinente e excessiva diante do objeto da concessão, de forma que a citação⁹⁴ de excerto doutrinário da lavra do Professor Marçal Justen Filho, trazido como argumento pela empresa concessionária notificada, não se mostra aplicável ao caso em concreto.

Inclusive foi extensamente explicitado, inclusive com embasamento da doutrina de Carlos Pinto Coelho da Motta, de que a validade e os efeitos da Lei 11.445/07 só tem início a partir da sua vigência em 22 de fevereiro de 2007, ressaltando, ainda, que a concessão auditada tampouco se enquadra na situação prevista no art. 42 da referida lei.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.2 da ITC 308/2015.**

4.3 Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditoria no item 2.4 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.4. Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno [QA04]

De início, convém ressaltar o comando do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/1993 (Lei de Licitações):

Art. 38. (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente **examinadas** e **aprovadas** por assessoria jurídica da Administração. [grifo nosso]

No caso do Sistema Rodovia do Sol, a concessão teve sua gênese no ano de 1997 quando veio à tona o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97⁹⁵, cuja minuta foi encaminhada⁹⁶ à Procuradoria Geral do Estado – PGE para os fins previstos no aludido artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações. O encaminhamento foi solicitado pelo então Presidente da Comissão Especial de Licitação, engenheiro Jorge

⁹⁴ Nesse sentido, segundo o autor, “se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão”.

⁹⁵ Processo TC 5591/2013. fls. 2569.

⁹⁶ Processo TC 5591/2013. fls. 2561.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Hélio Leal, e materializado pelo então Secretário de Estado de Transportes e Obras Públicas, senhor Fernando Augusto Barros Bettarello. Na sequência, foi elaborado parecer⁹⁷ da lavra do então Procurador Geral do Estado, Dr. José Ricardo de Abreu Júdice.

Vale ressaltar que, em matéria de licitações e contratos no âmbito da Administração Estadual, compete à PGE o assessoramento jurídico, nos termos do artigo 21 da Lei Complementar Estadual nº. 88/1996. Vejamos:

Art. 21. À Subprocuradoria de Consultoria Administrativa compete:

[...]

II - Prestar assessoramento jurídico e representar o Estado extrajudicialmente em matérias relativas a:

a) contratos, acordos, convênios, ajustes e quaisquer outros instrumentos em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo obrigacional, oneroso ou não, de interesse direto ou indireto do Estado do Espírito Santo;

[...]

Parágrafo único. No âmbito da administração direta, autárquica ou fundacional do Estado, nenhuma licitação será iniciada e nenhum dos instrumentos referidos no item II deste artigo será assinado sem prévia manifestação favorável da Procuradoria Geral do Estado, de acordo e na forma das orientações normativas expedidas, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal do dirigente do respectivo órgão, entidade ou Secretaria de Estado. [grifo nosso]

No parecer sobre o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, datado de 22 de maio de 1997, a PGE fez uma série de recomendações, sugerindo o seu aperfeiçoamento. Note-se que houve o exame da minuta, mas não sua aprovação, haja vista a necessidade de correções. Na sequência, a Comissão Especial de Licitação⁹⁸ acatou o parecer e implementou as recomendações da PGE, tendo sido elaborada nova “versão” do edital⁹⁹, com data de 10 de junho de 1997. Após este evento, e considerando os documentos que compõem os autos, não identificamos o retorno da nova minuta à PGE para fins de aprovação formal.

Posteriormente, foi publicado no Diário Oficial do Estado, de 8 de julho de 1997, o Decreto Legislativo nº. 1/1997¹⁰⁰, da Assembleia Legislativa, que sustou o edital em todos os seus efeitos. E ainda no mês de julho de 1997, como apresentado na seção 1.1 – Visão Geral do Objeto – deste Relatório de Auditoria, fls. 10324,

⁹⁷ Processo TC 5591/2013. fls. 2814-2815.

⁹⁸ Processo TC 5591/2013. fls. 2819.

⁹⁹ Processo TC 5591/2013. fls. 3288-3.528.

¹⁰⁰ Processo TC 5591/2013. fls. 2842.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

o edital foi analisado também por este Tribunal de Contas, por oportunidade da instauração do Processo TC 3224/1997¹⁰¹. Na ocasião, a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas foi cientificada da existência de irregularidades no edital, mas, seguindo orientação da PGE¹⁰² à época, resolveu dar prosseguimento ao certame, de sorte que não se verificou, de fato, a instalação do contraditório processual. Neste contexto, em 5 de agosto de 1997, o TCEES decidiu sustar¹⁰³ a execução do edital.

Por fim, cabe o registro de que a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas cancelou¹⁰⁴ o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, em agosto de 1998.

Em setembro de 1998, o processo de concessão foi retomado, vindo à tona o Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998¹⁰⁵. Surgiu, então, a necessidade de se comparar o novo edital com o anterior, sobretudo no tocante à repetição (ou não) das irregularidades apontadas pelo TCEES quando da análise do Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97. Neste contexto, vale destacar que, em 2003, a então Auditoria Geral do Estado (hoje SECONT) realizou tal tarefa, quando auditou o processo de concessão do Sistema Rodovia do Sol, tendo produzido o Relatório de Auditoria nº. 1/2003. No item 3.3 do aludido relatório há o seguinte registro:

O **Edital de Concorrência SETR CN 001/97** foi confeccionado com base na Lei Estadual nº 5.276 de 08/10/96, conforme estabelecido em seu preâmbulo.

Após a sua publicação, que ocorreu em 10 de junho de 1997, **foram apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo várias irregularidades** que contrariavam a Legislação que regulamentava a matéria.

[...]

Dentre as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, constam:

1) Elementos de subjetividade no critério de julgamento da proposta técnica. – O item 14.8 do Edital previa que a avaliação seria realizada mediante a atribuição, pela Comissão de Licitação, de notas para cada um dos sub-agrupamentos previstos na tabela constante do mesmo edital, sem que estabelecesse critérios objetivos para a atribuição de cada uma das notas, o que contraria frontalmente os artigos 40, VII e 44, parágrafo 1º da Lei 8.666/93;

¹⁰¹ Processo TC 5591/2013. fls. 2877-2902.

¹⁰² Processo TC 5591/2013. fls. 3004-3005.

¹⁰³ Processo TC 5591/2013. fls. 2997-3001.

¹⁰⁴ Processo TC 5591/2013. fls. 3539; 3.544.

¹⁰⁵ Processo TC 5591/2013. fls. 878-949.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2) Desrespeito às etapas de concorrência: Uma vez que o Edital previa no item 17.1 a abertura concomitante dos envelopes "A" e "B", em sessão pública na mesma data, hora e local;

3) Inexistência de Projeto Básico, infringindo o artigo 6º inciso IX da Lei 8.666/93.

As irregularidades descritas em 1 e 2 foram sanadas no Edital 01/98, especialmente quanto à definição objetiva e detalhada dos critérios de julgamento da documentação de habilitação (descritos no Capítulo IV, Seção VI do novo edital - 98), do exame e julgamento das propostas de metodologia e execução (Capítulo V, Seção 11), exame e julgamento dos atestados de exequibilidade do empreendimento e de adequabilidade e viabilidade do programa de seguros e das declarações de experiência (Capítulo VI, Seção IV) e finalmente o critério do julgamento da proposta comercial (Capítulo VII, Seção IV).

Em relação à Minuta do Contrato de Concessão integrante do edital 001/97, foram levantadas, no mesmo parecer do Tribunal de Contas algumas irregularidades, a saber:

1 - Cláusula determinando a obrigatoriedade de indenização à Concessionária pelos investimentos realizados ao longo do período de concessão, além de eventuais outras indenizações cabíveis nos termos do contrato, dos documentos integrantes e do art. 79 da Lei nº 8.666/93. Tal cláusula afrontava o art. 36 da Lei nº 8.987/95, que diz que a reversão do termo do advento contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido;

2 - Previsão de indenização à Concessionária, pela parcela não realizada de receita, no caso do Poder Concedente não autorizar a cobrança da tarifa de pedágio resultante da aplicação dos critérios de reajustamento, portanto em consequência de não adoção total ou parcial da tarifa reajustada. Da forma como foi previsto, este repasse de receita poderia ser caracterizado como subsídio, elemento que onera o Poder Concedente e vai de encontro à própria natureza jurídica da concessão, que é a prestação de serviço público precedida da execução de obra pública e explorado mediante cobrança de tarifa, portanto remunerada pelo usuário do serviço.

3 - Possibilidade de alteração do prazo do contrato para recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Item considerado irregular, posto que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser mantido mediante alteração do valor da tarifa, ou dos itens determinados no contrato, e não da alteração do prazo contratual, uma vez que a própria Lei 8.987/95 determina que a concessão de serviço público,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

precedida da execução de obra pública será por prazo determinado (art. 2º, III), sendo o mesmo texto reproduzido na Lei Estadual nº 5.720/98, art. 2º, IV.

4 - Não exigência de garantia, por parte da Concessionária, de investimentos destinados à preservação do meio ambiente.

Tais irregularidades foram parcialmente excluídas do Contrato de Concessão nº 01/98, da seguinte forma:

Item 1 - A cláusula XXVIII, inciso oito, do contrato definitivo teve a seguinte redação:

"No caso de encampação, a reversão dos bens será imediata e far-se-á:

"I - com a prévia indenização das parcelas dos investimentos realizados, devidamente atualizados monetariamente, inclusive em obras de manutenção, bens e instalações ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados para o cumprimento deste CONTRATO, deduzidos os ônus financeiros remanescentes."

Demais disso, a cláusula XXXII, que trata da reversão dos bens que integram a concessão, estabelece no inciso nº 2 que a Concessionária se obriga a entregar os bens reversíveis em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção, sem prejuízo do normal desgaste resultante de seu uso, e livres de ônus ou encargos, de que tipo for.

De outro lado, o item 3 da prefalada cláusula manteve a determinação de que a reversão dos bens na extinção da concessão far-se-á com o pagamento, pelo DER/ES, das parcelas dos investimentos vinculados aos bens adquiridos pela Concessionária, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com a prévia aprovação do DER/ES, com objetivo de garantir a continuidade e atualidade da concessão.

Contudo, verificamos que o dispositivo está em consonância com a determinação contida no art. 36 da Lei nº 8.987/95 e art. 36 da Lei Estadual 5.720/98 (que reproduz integralmente o texto da Lei Federal 9.987/95).

Item 2 - O novo contrato prevê, em sua cláusula XX, nº 3, que qualquer alteração nos encargos da concessionária importará na recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Além disso, está estabelecido na mesma cláusula, nº 2, que o valor da tarifa básica de pedágio será revista na hipótese de suspensão de cobrança do pedágio ou redução do valor da tarifa de pedágio determinada por autoridade competente, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecadada pela concessionária no período da suspensão ou da redução tarifária.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Dessa forma (revisão da tarifa - que é preço público apto a financiar a concessão), o Poder Público não estará repassando receitas à Concessionária que seria prática dissonante com o regime jurídico da concessão, posto que deve ser sempre remunerada pelo usuário do serviço.

Item 3 - O Edital 01/98 suprimiu a possibilidade de dilação do prazo de concessão, determinando em seu item nº 12 que o prazo seria de 25 anos, contados da data de formalização do Termo de Transferência do Sistema Rodovia do Sol.

Além disso, a cláusula XI do contrato reproduz o item nº 12 do Edital, especificando que não seria admitida a prorrogação do prazo de concessão, salvo excepcionalmente, nas hipóteses previstas no próprio contrato.

Verificamos também que a cláusula XIV do contrato, que regulamenta o seu equilíbrio econômico-financeiro não prevê a alteração do prazo contratual para tanto.

Item 4 - Constatou-se irregularidades quanto ao não atendimento dos requisitos legais a autorizar a emissão das licenças ambientais, ao cumprimento de condicionantes estabelecidas pelo órgão ambiental competente, bem como quanto às garantias da devida proteção ao meio ambiente pela Concessionária. Todavia, as considerações a respeito das questões ambientais estão sendo levantadas pelos profissionais dessa área, dentro dos limites de suas competências¹⁰⁶.

Conforme se constata, nem todas as irregularidades apontadas pelo TCEES quando da análise do Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97 foram sanadas por oportunidade da confecção do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998. Com efeito, os problemas relacionados ao projeto básico e à preservação ambiental permaneceram, de sorte que tais questões são alvo de análise específica no presente trabalho, inclusive quanto à repercussão para o caso concreto, conforme Seções 2.2 (fls. 10358 deste Processo TC 5591/2013), 2.7 (fls. 10428) e 2.9 (fls. 10447).

Quanto à análise jurídica prévia do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, a consulta aos documentos que compõem os autos leva à conclusão de que não houve o parecer de exame e aprovação da PGE. Com efeito, há informações¹⁰⁷ prestadas pela própria PGE, datadas de 2003, dando conta de que as minutas do edital e do contrato não foram previamente submetidas para fins de exame e aprovação.

Há que se ressaltar que, na oportunidade, o engenheiro Jorge Hélio Leal continuava à frente da Comissão Especial de Licitação, como seu Presidente, além de ocupar também a Presidência do Conselho Rodoviário Estadual e, ainda, a Direção

¹⁰⁶ Processo TC 5591/2013. fls. 512-548.

¹⁰⁷ Processo TC 5591/2013. fls. 623; fls. 1412-1414.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Geral do DER/ES. **Note, então, que, quando do Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, o engenheiro Jorge Hélio Leal agiu buscando o encaminhamento da minuta à PGE, demonstrando conhecimento da legislação e total obediência. Todavia, essa mesma situação não se verificou em relação ao Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, sem que houvesse qualquer justificativa formalizada.**

Outro registro importante diz respeito à atuação da Procuradoria Judicial do DER/ES. De acordo com a Lei Estadual nº. 3.220/1978, o DER/ES, em sua organização básica, conta com uma Procuradoria Judicial, responsável pela assistência jurídica às unidades internas, pela representação em juízo e pelo cumprimento das normas legais que regem as atividades do Departamento (artigo 4º, inciso II, alínea 'c').

No caso concreto, há evidências¹⁰⁸ de que a Procuradoria Judicial do DER/ES, após a homologação do resultado da licitação, formalizou o contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol, mediante o preenchimento da minuta do contrato, situação que é diferente de examinar e aprovar, cuja competência legal é da PGE, como visto anteriormente. Vale registrar que o então Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, Sr. Adiomar Malbar da Silva, prestou depoimento¹⁰⁹ à denominada CPI da Rodosol informando que o Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e a minuta do contrato teriam sido elaborados pela PGE. No entanto, no próprio relatório final da CPI há também informação¹¹⁰ de que o referido Edital teria sido elaborado pelo especialista contratado pelo Governo, o Dr. Geraldo Vieira.

Além da atuação da Procuradoria Judicial do DER/ES, também merece registro o fato de que o Conselho Rodoviário Estadual (órgão deliberativo da organização básica do DER/ES) aprovou o processo licitatório de concessão e a minuta do contrato, por meio da Resolução nº. 4.822/1998¹¹¹. Todavia, percebe-se que a aludida resolução teve origem no voto do Conselheiro Amaury de Souza¹¹², o qual não possui conteúdo de mérito, apresentando apenas um relato resumido de algumas fases da concorrência pública referente à concessão. Neste contexto, embora respaldada pela Lei nº. 3.220/1978¹¹³ (conforme artigos 4º, inciso I, e 6º, inciso II, alíneas 'd' e 'e'), a aprovação em questão não supre, de forma alguma, a ausência do prévio exame e aprovação da PGE, nem tampouco deve ser vista como manifestação em sede de controle interno.

¹⁰⁸ Processo TC 5591/2013. fls. 859.

¹⁰⁹ Processo TC 5591/2013. fls. 5704; 5.705-verso.

¹¹⁰ Processo TC 5591/2013. fls. 5733.

¹¹¹ Processo TC 5591/2013. fls. 1059.

¹¹² Processo TC 5591/2013. fls. 859-verso; 1.055-1.056.

¹¹³ Arts. 4º, I, e 6º, II, "d" e "e".



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Portanto, a ausência de documentos comprobatórios e as informações prestadas pela própria PGE, no sentido de inexistir a análise jurídica prévia das minutas do Edital e do consequente Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, são elementos preponderantes para a conclusão de infringência ao comando do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº. 8.666/1993.

Uma vez verificada a irregularidade, surge o questionamento acerca da sua consequência para o caso concreto. Buscando apoio na doutrina sobre o assunto, temos que prevalece o entendimento segundo o qual a regra do parágrafo único do artigo 38 destina-se a evitar a descoberta a destempo de defeitos, não se tratando de formalidade que se exaure em si mesma.

Trazemos à colação o magistério de Marçal Justen Filho, doutrinador cuja obra é referência no campo de licitações e contratos administrativos:

23) Fiscalização pela assessoria jurídica

O parágrafo único determina a obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e contratos (ou instrumentos similares).

Qual a consequência acerca da ausência de aprovação prévia por parte da assessoria jurídica? Deve reconhecer-se que a regra do parágrafo único destina-se a evitar a descoberta tardia de defeitos. Como a quase totalidade das formalidades, a aprovação pela assessoria jurídica não se trata de formalidade que se exaure em si mesma. Se o edital e as minutas de contratação forem perfeitos e não possuírem irregularidades, seria um despropósito supor que a ausência de prévia aprovação da assessoria jurídica seria suficiente para invalidar a licitação. Portanto, o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica. **Com isso, afirma-se que a ausência de observância do disposto no parágrafo único não é causa autônoma de invalidade da licitação. O descumprimento da regra do parágrafo único não vicia o procedimento se o edital ou o contrato não apresentavam vício. Configurar-se-á apenas a responsabilidade funcional para os agentes que deixaram de atender à formalidade.**

Nada impede, porém, que qualquer interessado provoque a observância do disposto no parágrafo único, se a Administração não lhe tiver dado pertinente observância. **A qualquer tempo, pode-se (deve-se) determinar a audiência da assessoria jurídica. Daí poderá derivar a invalidação do certame ou o suprimento do vício, conforme a assessoria reconheça a existência de defeito ou entenda que tudo está regular**¹¹⁴.
[grifo nosso]

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 506.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Note que o renomado autor defende que a ausência do parecer jurídico prévio não é causa autônoma de invalidade da licitação, se o edital ou o contrato estiverem livres de vícios. E defende também que, na hipótese de descumprimento do comando do parágrafo único do artigo 38, a manifestação da assessoria jurídica pode ocorrer a qualquer tempo, dela podendo derivar a invalidação do certame ou o suprimento do vício.

Voltando ao caso concreto, a PGE, ainda que tardiamente (em 19/09/2003), por meio do Parecer PGE/SCA nº. 622/2003¹¹⁵, acabou produzindo manifestação sobre o procedimento de licitação realizado, inclusive até o momento da assinatura do contrato e respectiva publicação. Vale registrar que, à época, estava em curso na ALES a Comissão Parlamentar de Inquérito conhecida como CPI da Rodosol.

Conforme se constata do parecer da PGE, a análise não foi conclusiva, posto que limitada pela ausência de documentos que se supunha estar em poder da Comissão responsável pelos trabalhos da CPI. De acordo com o texto, vários indícios de irregularidades foram apontados, inclusive com a possibilidade de nulidade do procedimento licitatório e do contrato, porém carecedores de melhor apuração. Neste contexto, a PGE se absteve de opinar conclusivamente sobre a (i) legalidade da concessão, ao entendimento de que a CPI da Rodosol tinha melhores condições e ferramentas para esgotar a matéria.

Sob o enfoque do controle externo, trazemos à colação trecho de acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU que espelha o entendimento daquela Corte acerca da ausência do parecer jurídico:

[...]

II.a - IRREGULARIDADE:

15. Ausência, nos autos do procedimento licitatório, dos pareceres jurídicos, conforme exigido no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

II.b - RAZÕES DE JUSTIFICATIVA:

16. Os argumentos apresentados pelos defendentes foram os que se seguem: 'A falha apontada decorreu do grande número de licitações que ocorre no final do exercício, que provocou acúmulo considerável de trabalho, havendo a Comissão de Licitação deixado de enviar à assessoria jurídica a minuta do edital da Tomada de Preços nº 01/2002, para que se procedesse ao seu prévio exame, conforme prevê o art. 38 parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Entendemos, todavia, que o descumprimento dessa formalidade, embora de grande importância, não prejudicou o processamento da licitação, nem causou qualquer dano, devendo, assim, ser relevada por parte dessa egrégia Corte de Contas, conforme

¹¹⁵ Processo TC 5591/2013. fls. 1409-1.438.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Decisão 561/98 - Plenário, Acórdão 62/1999 - Segunda Câmara, e Acórdão 1306/2003 - Primeira Câmara.

No Acórdão 62/1999 - Segunda Câmara, em cujo processo (374,037/1994-9) foi constatada, entre outras irregularidades, a ausência de parecer jurídico sobre a minuta do edital, por não haver sido detectado nenhum prejuízo ao erário foi determinada a imediata regularização das impropriedades subsistentes (item 8.3 do Acórdão).

Na Decisão 561/98 - Plenário, o Ministro-Relator, Valmir Campelo, cujo voto foi acolhido pelo Plenário, assim se manifestou sobre as irregularidades constatadas naquele Processo: '(...) **não se pode olvidar que não há registro de que as irregularidades procedimentais verificadas [entre as quais a ausência de parecer jurídico] tenham frustrado a lisura do certame licitatório, o que, a par do entendimento firmado acerca da inexistência de dano ao Erário, sinaliza no sentido de ausência de dolo ou má-fé por parte dos responsáveis.**'

Mais adiante no seu brilhante Relatório, o ilustre Ministro considera as irregularidades ocorridas (entre elas, repita-se, a ausência de parecer jurídico da minuta do edital) como falhas de natureza formal, propondo como medida adequada, no caso, o envio de determinação ao ente auditado para que adote as providências de modo a coibir a reincidência dessas falhas¹¹⁶.

Note que o entendimento do TCU guarda sintonia com a doutrina de Marçal Justen Filho, no sentido de que a ausência do parecer jurídico, por si só, não vicia o procedimento, desde que o edital ou o contrato estejam livres de vícios, ou seja, desde que a lisura do certame licitatório não reste frustrada.

No caso em análise, convém mencionar que há diversas irregularidades relacionadas com o edital e o contrato, conforme registrado no presente relatório, as quais colocam em xeque a lisura do procedimento. Neste contexto, a ausência do parecer jurídico aparece como mais uma infração que, somada a todas as outras, pode sugerir, em tese, a anulação da licitação e do respectivo contrato. A propósito, merece destaque o artigo 49, *caput* e §§ 1º ao 4º, da Lei nº. 8.666/1993, com a seguinte redação:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, **devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.**

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº. 96/2004 – Plenário**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 4 nov. 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

§ 1º. A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 2º. **A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação. [grifo nosso]

Note que, de acordo com o comando legal, na hipótese de ilegalidade, a licitação deve ser anulada pela Administração (poder de autotutela), sendo que a nulidade do procedimento licitatório induz à do respectivo contrato, assegurado o contraditório e a ampla defesa, bem como a indenização a que fizer jus o contratado, se for o caso. A propósito do tema, trazemos à colação outra esclarecedora lição de Marçal Justen Filho, em comentário ao aludido dispositivo legal:

9) Os vícios do ato convocatório

A temática da invalidade de atos administrativos pode ser examinada relativamente a diversas categorias de atos. No entanto, cabe especial atenção aos defeitos do instrumento convocatório. A elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, a que se soma o exercício de escolhas discricionárias para a Administração Pública.

O cotejo entre o edital e o direito pode conduzir à conclusão de existência de vício tanto no tocante ao exercício de competência vinculada como de competência discricionária. Quanto a isso, aplicam-se os princípios norteadores da atividade administrativa e largamente conhecidos na doutrina e na jurisprudência. Como acima se disse, o edital configura-se como ato administrativo – e, como tal, sujeita-se às regras correspondentes, como qualquer ato administrativo. Interessa o edital enquanto submetido às regras específicas relativas às licitações.

Cabe à Administração Pública a definição do contrato a ser realizado em todas as suas circunstâncias (objeto, prazos, sanções, etc.), assim como a estruturação do procedimento licitatório (local de realização, fases, julgamento, etc.). Nesses campos, **a Administração deverá efetivar as escolhas mais conformes com a consecução das funções a ela atribuídas. Para fins específicos de controle, o edital poderá ser viciado tanto por omissão de elementos necessários indispensáveis como por inclusão de regras desnecessárias e inadequadas.**

[...]

O edital também pode ser viciado por defeitos na disciplina adotada. Isso se verificará quando inexistir vínculo entre as



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

exigências ou as opções contidas no edital e o interesse coletivo ou supra-individual concretamente identificável na hipótese. Isso se passa, fundamentalmente, nos casos de: a) exigência incompatível com o sistema jurídico; b) desnecessidade da exigência; c) inadequação da opção exercitada no ato convocatório relativamente ao objeto da licitação.

O edital deverá subordinar-se aos preceitos constitucionais e legais. Não poderá conter proibições ou exigências que eliminem o exercício do direito de licitar, importem distinções indevidas ou acarretem preferências arbitrárias. Toda exigência formal ou material prevista no edital tem função instrumental. Nenhuma exigência se justifica por si própria. O requisito previsto no edital se identifica como instrumento de assegurar (ou reduzir o risco de não se obter) as funções atribuídas ao Estado. Assim, o “interesse público” concreto a que se orienta a licitação se identifica como o “fim” a ser atingido. Todas as exigências se caracterizam como “meios” de conseguir aquele fim. Logo, a inexistência de vínculo lógico entre a exigência e o fim acarreta a invalidade daquela. Somente se admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em um juízo lógico, como necessária à consecução do “fim”.

[...]

Outra espécie de vício ocorrerá quando as regras previstas no edital não tiverem pertinência com o objeto a ser contratado ou com a finalidade concreta buscada pela Administração. Isso se verifica quando as regras forem inadequadas à mensuração da idoneidade do contratante ou à seleção da melhor proposta para a contratação desejada. Esses defeitos afetam o interesse sob tutela do Estado. Portanto, é incabível sua sanção pela omissão dos particulares.

Por outro lado, os vícios formais encontrados nos editais que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser plenamente reparados pela Administração.

[...]

11) Responsabilidade civil do Estado na anulação

Com as ressalvas indicadas na avaliação acima realizada, a propósito da aplicação do princípio da proporcionalidade, não existe direito adquirido oponível à Administração Pública quando ocorrer nulidade. Aquele que poderia extrair alguma vantagem da situação deverá conformar-se com o desfazimento decorrente da nulidade. Isso não significa, porém, a liberação de quaisquer responsabilidades da Administração Pública. O reconhecimento da nulidade impõe como dever o desfazimento de todos os atos; isso não significa a ausência de responsabilização por perdas e danos produzidas pela conduta dos agentes da Administração Pública. O particular não pode exigir a manutenção do ato nulo ou o respeito a seus efeitos. Mas pode pleitear que a Administração responda pelos efeitos nocivos da conduta



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

viciada. A prática de atos viciados produz a responsabilidade civil do Estado.

[...] A Administração Pública tem o dever de obedecer à Lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica. Praticar ato viciado, no curso de uma licitação, caracteriza-se como uma ilicitude, para fins jurídicos. Anulado o ato administrativo (porque a Administração atuou mal), configuram-se os pressupostos da responsabilização civil do Estado. A ação (ou omissão) do Estado terá sido a causa de prejuízo ao patrimônio de particulares. Por isso, sempre que o Estado der margem ao desfazimento de atos jurídicos, deverá indenizar os lesados pelas perdas e danos correspondentes. [...] Anulada a licitação, total ou parcialmente, a Administração está obrigada a indenizar as perdas e danos sofridos pelos interessados – assim entendidos aqueles que participaram dos atos posteriormente invalidados.

[...]

Deve-se apurar a relação de causalidade entre o ato estatal viciado e o dano sofrido pelo particular. Se o dano derivou exclusivamente da conduta do particular, a Administração Pública não será por ele responsabilizável. [...]

São indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes. Quanto a isso, aplicam-se os princípios já desenvolvidos no direito comum. Exige-se a indenização ampla e completa – o que não significa, evidentemente, provocar enriquecimento ao interessado.

[...]

13) Desfazimento do contrato por vício na licitação

Há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. **A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último. Anulada a licitação, a consequência lógica será a anulação do contrato.** Mas não se pode ignorar a impossibilidade de transferir para o particular efeitos danosos derivados da invalidação. A consagração de um Estado Democrático de Direito conduz não à eliminação da prática de atos estatais defeituosos: é impossível eliminar o risco de atos viciados. Mas o que se assegura é a responsabilização estatal pelos atos inválidos praticados. Ou seja, se houve nulidade, o Estado não pode promover o desfazimento do ato e a extinção de seus efeitos sem garantir ao particular uma compensação adequada e correspondente. Um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a segurança jurídica¹¹⁷.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. pg. 654-657; 661.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O engenheiro Jorge Hélio Leal é responsável pelo achado apontado, pois, acumulando as funções de Diretor-Geral do DER/ES e Presidente da Comissão Especial de Licitação do DER/ES, e sendo o principal responsável por impulsionar o processo administrativo e por zelar pela sua estrita legalidade, publicou o Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 sem aprovação da PGE ou do controle interno.

Além dele, os senhores Adiomar Malbar da Silva, Sérgio Luiz Coelho de Lima, Paulo Augusto Jabour de Rezende, Rogério Vasques Benezath e Edivaldo Correa de Assis, demais membros da Comissão Especial de Licitação, também figuram como responsáveis, uma vez que se omitiram no dever de zelar pela estrita legalidade do processo administrativo.

Todavia, observe que a irregularidade apontada ocorreu em setembro de 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal, ex-Diretor-Geral do DER/ES, aos senhores Adiomar Malbar da Silva, SÉRGIO LUIZ COELHO DE LIMA, PAULO AUGUSTO JABOUR DE REZENDE, ROGÉRIO VASQUES BENEZATH e EDIVALDO CORREA DE ASSIS, demais membros da Comissão Especial de Licitação, **quanto à publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, que abriu procedimento licitatório sem a aprovação da Procuradoria Geral do Estado – PGE ou do Controle Interno;**

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – Arsi e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a publicação do Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, que abriu procedimento licitatório sem a aprovação da Procuradoria Geral do Estado – PGE ou do Controle Interno (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.4, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a Arsi tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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

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

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “130” ao “136” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.3 – Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno

130. Igualmente despropositado é o suposto vício formal apontado com base no disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, de 21.6.93, tendo em vista que, conforme reconheceu o próprio relatório e a ITC 308/2015, a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo participou ativamente da elaboração do Edital.

131. No depoimento prestado pelo Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, Sr. ADIOMAR MALBAR SILVA, à Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada da Assembleia Legislativa deste Estado sobre o contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol, resta patente que a PGE não só participou do processo, como elaborou, ela mesma, o edital, razão pela qual não faz sentido a alegação de vício com fundamento na falta de aprovação do edital pela PGE.

132. Todavia a despeito de qualquer embasamento, a Instrução Técnica Conclusiva entendeu por bem que "o depoimento do sr. Adiomar, neste ponto, não pode ser aceito de Plano" (fls. 24.804), assim como, considerou como inconclusivo o parecer da Procuradoria Geral do Estado PGE/SCA 622/2003 (fls. 24.804).

133. Verifica-se dos autos que a Procuradoria Geral do Estado, ainda quando da elaboração do edital de concorrência nº 001/97, que precedeu o certame em questão, havia manifestado expressamente sua aprovação, tendo asseverado que "convicto de que a legalidade, independência e a harmonia constitucional dos poderes deverá ser mantida, sob pena de perecimento do Estado Democrático de Direito, com o retorno ao autoritarismo e ao retrocesso jurídico e político nacional, o procedimento público adotado no Edital de Concorrência SETRCN - 001197 (Concessão da Rodovia do Sol) deverá prosseguir em seus termos, com a observância dos procedimentos e peculiaridades legalmente exigidas pela Lei 8.666/93" (cf. fls. 3.004).

134. Com efeito, em relação ao referido edital, "a PGE fez uma série de recomendações, sugerindo o seu aperfeiçoamento" e, "Na sequência, a Comissão Especial de Licitação acatou o parecer e implementou as recomendações da PGE, tendo sido elaborada nova 'versão do edital'" (cf. fls. 10.383).

135. Some a isso que o DER/ES, responsável pela realização do certame e pela contratação em questão, possui em sua estrutura organizacional uma Procuradoria Jurídica, que, nos termos do art. 4º, II, 'c', da Lei nº 3.220/78, é responsável pela assistência jurídica da autarquia. Portanto, como se depreende do ajuste, foi a própria Procuradoria do DER/ES que formalizou o contrato de concessão com a concessionária, tendo, inequivocamente, aprovado a minuta do edital que lhe deu origem.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

136. Resta patente que a intenção do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações foi integralmente satisfeita, pois o edital de licitação 01/98 foi inúmeras vezes submetido ao exame das assessorias jurídicas da Administração, o qual foi elaborado pela própria Procuradoria Geral do Estado, a qual nunca discordou dos seus termos.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O indicativo de irregularidade, apontado no item 2.4 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, diz respeito à *“inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno”* e foi analisado, em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pelas partes (Arsi e Concessionária Rodovia do Sol S.A), no tópico 3.3 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24786-24808.

Os argumentos trazidos pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), precisamente nos parágrafos “130” ao “136”, pouco diferem das alegações aduzidas em sua defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV), parágrafos “148” ao “153”.

Entretanto, procurando distorcer o que se encontra consignado na ITC 308/2015, aduz a Rodosol, no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), o seguinte:

130. Igualmente despropositado é o suposto vício formal apontado com base no disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, de 21.6.93, tendo em vista que, **conforme reconheceu o próprio relatório e a ITC 308/2015, a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo participou ativamente da elaboração do Edital** (g.n)

O destaque acima é proposital e deixa claro que a Rodosol, no parágrafo 130 do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), visando induzir a erro os membros desta Corte, afirma que a ITC 308/2015 teria reconhecido a participação ativa da Procuradoria Geral do Estado (PGE) na elaboração do Edital¹¹⁸ licitatório para a concessão do Sistema Rodovia do Sol. Ora, não é isso que se encontra afirmado na ITC 308/2015 que, embora não negue a participação da PGE na confecção do edital licitatório, é clara ao enfatizar sobre a inexistência de “[...] qualquer elemento que denote o grau de sua participação [...]” na elaboração, bem como conclui que a PGE “[...] não expediu o parecer jurídico exigido pela Lei de Licitações”. Para que não parem dúvidas acerca do que restou explanado na ITC 308/2015, trazemos ao lume o excerto abaixo transcrito presente à fl. 24802:

Adentrando-se no exame meritório, cumpre inicialmente esclarecer que **restou incontroversa a participação da Procuradoria Geral do Estado** na confecção do Edital da

¹¹⁸ Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Concorrência Pública de Concessão 1/98. **Porém, evidencia-se que não há qualquer elemento que denote o grau de sua participação, apenas é certo que ela não expediu o parecer jurídico exigido pela Lei de Licitações.**

Note-se, da leitura do trecho supratranscrito da ITC 308/2015 que em nenhum momento se afirma que a PGE teria tido participação ativa na feitura do Edital nº 1/1998, como tenta fazer crer a Rodosol de forma insidiosa, ao contrário, a ideia fixada na ITC é de que a PGE, efetivamente, *“não expediu o parecer jurídico exigido pela Lei de Licitações”*.

Em outro trecho do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), **mais uma vez a Rodosol procura distorcer o exposto na ITC 308/2015** aduzindo o seguinte:

132. Todavia a despeito de qualquer embasamento, a Instrução Técnica Conclusiva entendeu por bem que “o depoimento do sr. Adiomar, neste ponto, não pode ser aceito de Plano” (fls. 24.804), assim como, considerou como inconclusivo o parecer da Procuradoria Geral do Estado PGE/SCA 622/2003 (fls. 24.804).

Ora, é necessário, antes de mais nada, contextualizar o *“depoimento do sr. Adiomar”*.

Pois bem, o senhor Adiomar Malbar Silva, então chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, prestou depoimento à CPI¹¹⁹ instaurada pela Assembleia Legislativa deste Estado tendo afirmado que tanto o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 como a minuta do contrato de concessão teriam sido elaborados pela Procuradoria Geral do Estado (PGE). Entretanto, tal fato foi contraditado pelo consultor jurídico Dr. Geraldo Vieira, especialista contratado pelo Governo Estadual à época da modelagem da concessão do Sistema Rodovia do Sol e que, de acordo com o Relatório Final da CPI, teria sido o autor do Edital de Licitação 01/98. Rememoremos o que ficou consignado no Relatório de Auditoria acerca do depoimento do senhor Adiomar Malbar Silva:

Vale registrar que **o então Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, Sr. Adiomar Malbar da Silva, prestou depoimento¹²⁰ à denominada CPI da Rodosol informando que o Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e a minuta do contrato teriam sido elaborados pela PGE. No entanto, no próprio relatório final da CPI há também informação¹²¹ de que o referido Edital teria sido elaborado pelo especialista contratado pelo Governo, o Dr. Geraldo Vieira (g.n).**

Note-se que o próprio Relatório Final da CPI¹²² indica concluir que teria sido o Dr. Geraldo Vieira o autor do Edital de Licitação 01/98, recordemos:

¹¹⁹ Que também teve como objeto o contrato de concessão do sistema Rodovia do Sol.

¹²⁰ Processo TC 5591/2013. fls. 5704; 5.705-verso.

¹²¹ Processo TC 5591/2013. fls. 5733.

¹²² Ver fl. 5733 (Vol. XXVII).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Registre-se que o **Consultor Jurídico Geraldo Vieira, responsável pela elaboração do edital de Licitação 01/98, em depoimento à CPI**, indica, inclusive com dados retirados de sua experiência profissional no assessoramento de modelo de concessão, os limites habitualmente admitidos em empreendimentos desta natureza.

Resulta claro, portanto, que a vista dos elementos de convicção contidos nos autos, não se poderia ter por verdadeira a alegação da Rodosol - no sentido de que o Edital de Licitação 01/98 teria sido elaborado pela PGE – baseado em depoimento contraditado na própria CPI da ALES, cujo Relatório Final concluiu que a confecção do instrumento convocatório foi realizada pelo Dr. Geraldo Vieira.

Portanto, é descontextualizada e distorcida a ideia que a Rodosol procura incutir nos magistrados desta Corte de Contas, qual seja, a de que a ITC 308/2015 teria desconsiderado ou rechaçado, infundadamente, o depoimento do senhor Adiomar Malbar Silva, prestado à CPI da ALES. O que ficou registrado na ITC 308/2015, isto sim, é que tal depoimento, em razão de ter sido contraditado e se apresentar divorciado da realidade dos fatos (conforme concluído pela CPI da ALES), não pode ser acatado como prova da verdade, tal como deseja a Concessionária.

Quanto à alegação da Rodosol – também exposta no supracitado parágrafo 132 do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) – de que a ITC 308/2015, sem qualquer embasamento, teria considerado inconclusivo o Parecer PGE/SCA 622/2003 (fls. 1409/1438 – vol. VII) elaborado pela Procuradoria Geral do Estado.

Ora, a natureza inconclusiva do Parecer PGE/SCA 622/2003 foi reconhecida pelo seu próprio signatário, Procurador do Estado José Fernando Vescovi, senão vejamos:

Assim, **pelo que foi descrito e que pode ser verificado na manipulação dos volumes, resta prejudicada qualquer análise conclusiva sobre o deslinde da questão, que, na verdade, a essa altura, estaria - como está - ao crivo da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembléia Legislativa Estadual**, que tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Estadual (Trecho do Parecer PGE/SCA 622/2003, fl. 1409, vol. VII, g.n).

A propósito, cabe novamente ressaltar que o Parecer PGE/SCA 622/2003, exarado quando já decorridos 5 (cinco) anos da licitação do Sistema Rodovia do Sol, cuidou de apontar várias falhas procedimentais e omissões no processamento da licitação, dentre elas a própria **“ausência de análise prévia (do edital e do contrato) da PGE”** (vide fl. 1412, vol. VII).

Dessa forma, mais uma vez demonstra-se o objetivo deliberado da Concessionária Rodovia do Sol S.A, em distorcer o que se encontra consignado na ITC 308/2015, no que revela sua lamentável deslealdade processual.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, mas tão somente



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

alegações vãs tecidas pela Rodosol com o único objetivo de distorcer o conteúdo da ITC 308/2015, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.3 da ITC 308/2015.**

4.4 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.5.1 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.5.1 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas

A tabela de pontuação, constante 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 apresentados na Tabela 1, abaixo.

Observe que o proponente deveria apresentar sua proposta de metodologia de execução, atendendo a cada um dos pontos listados, e de acordo com o Termo de Referência do Anexo IV do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 919 e 920 deste Processo TC 5591/2013.

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]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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)

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 indenização¹²³. [grifo nosso]

Tabela 1 – Grupos e subgrupos da tabela de pontuação do Edital nº. 1/1998

¹²³ Processo TC 5591/2013. fls. 919-920.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

GRUPO SUBGRUPO

1. CONHECIMENTO DO PROBLEMA

- 1.1. Caracterização da região
- 1.2. Estado físico atual do sistema
- 1.3. Condição operacional do sistema
- 1.4. Condições gerenciais

2. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE AMPLIAÇÃO

- 2.1. Descrição das etapas construtivas do planejamento geral e de execução de cada parte e fase das obras
- 2.2. Plano de construção de canteiros relativos a cada parte da obra e estrutura de apoio
- 2.3. Mobilização e permanência de equipamentos na obra
- 2.4. Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais e dos impactos na fluidez e segurança do tráfego na fase de construção

3. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE OPERAÇÃO DO SISTEMA

- 3.1. Conceituação básica e modelo operacional proposto
- 3.2. Metodologia adotada para implantação e dimensionamento da praça de pedágio da rodovia do sol
- 3.3. Metodologia adotada para dimensionamento das equipes envolvidas nas demais funções operacionais
- 3.4. Especificação dos sistemas e equipamentos utilizados para a operação do sistema
- 3.5. Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais na fase de operação
- 3.6. Sistemática adotada para o planejamento e gestão da operação e para monitoração permanente dos aspectos operacionais do sistema
- 3.7. Edificações e instalações físicas de apoio previstas

4. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DO SISTEMA

- 4.1. Conceituação básica e modelo proposto para a realização das atividades previstas
- 4.2. Metodologia adotada para quantificação dos recursos necessários
- 4.3. Especificação dos sistemas e equipamentos a serem utilizados para a conservação do sistema
- 4.4. Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais
- 4.5. Sistemática adotada para o planejamento e gestão das atividades de conservação / manutenção e para a monitoração permanente das condições do sistema
- 4.6. Edificações e instalações físicas de apoio previstas
- 4.7. Especificações dos sistemas e equipamentos utilizados para manutenção do sistema

5. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO E MODERNIZAÇÃO DA PONTE CASTELO DE MENDONÇA

- 5.1. Sistemática adotada para o planejamento e gestão das atividades de conservação e para a monitoração das condições da terceira ponte
- 5.2. Recuperação do pavimento rígido
- 5.3. Recuperação do pavimento flexível
- 5.4. Recuperação e proteção das estruturas de concreto armado e protendido
- 5.5. Recuperação da sinalização
- 5.6. Recuperação da pintura externa da estrutura metálica
- 5.7. Modernização da iluminação do vão central
- 5.8. Instalação de amortecedores de impacto
- 5.9. Modernização da praça de pedágio

6. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA CONCESSIONÁRIA

- 6.1. Modelo proposto para a administração da concessionária
- 6.2. Estrutura organizacional da concessionária
- 6.3. Descrição dos níveis e atribuições / unid do organograma
- 6.4. Cronograma de permanência de pessoal
- 6.5. Proposição de interfaces da concessionária com agentes externos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Portanto, a base do julgamento das propostas de metodologia de execução era a atribuição, por cada um dos membros da Comissão Especial, de conceitos S (Satisfatório) ou I (Insatisfatório) a cada um dos subgrupos.

Muito embora conste do item 137 do Edital que a avaliação das propostas ocorreria por meio de critérios objetivos¹²⁴, 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:

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. [grifo nosso]

Sobre isto, colaciona-se o Acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU:

Os interessados devem saber de antemão, de modo objetivo, quais são os parâmetros que serão utilizados pela entidade promotora da licitação ao analisar as propostas de metodologia de execução, sem que haja a possibilidade de que determinados juízos de valor encontrem-se em zona cinzenta, passíveis de questionamentos¹²⁵. [grifo nosso].

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “137” ao “142” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, no tópico 3.4.1 intitulado “Existência de critérios para pontuação das propostas”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

137. A instrução Conclusiva, do mesmo modo que o Relatório Preliminar, sustenta a existência de suposto vício no procedimento licitatório quanto aos critérios de exame e julgamento das propostas de Metodologia de Execução, para as

¹²⁴ 137. A avaliação das PROPOSTAS DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO será efetuada **mediante a aplicação de critérios objetivos**, em seis agrupamentos de temas e respectivos subagrupamentos a serem considerados, conforme descrito no ‘Termo de Referência’ constante do Anexo IV deste EDITAL.

¹²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão nº. 1.028/2007**, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 05.06.2007.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

quais se aferiu pontuação com base no previsto no item 140 do edital, que estabeleceu que *"a avaliação será realizada mediante a atribuição, por cada um dos membros da COMISSÃO, de CONCEITOS (S — satisfatório) ou (I - insatisfatório) para cada um das suba grupamentos previstos no 'Quadro' apresentado nas páginas 68, 69 e 70 deste Edital"*.

138. Entendeu o relatório que "muito embora conste do subitem 137

do Edital que a avaliação das propostas ocorreria por meio de critérios objetivos, estes não foram esclarecidos no edital ou em seus anexos, 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".

139. No mesmo sentido, a Instrução Técnica Conclusiva sustenta que "o Edital de Concorrência 1/98, adotou parâmetros subjetivos para o julgamento da Proposta de Metodologia da Execução, deixando a cargo da discricionariedade da comissão a aferição do cumprimento considerado "satisfatório" da exigência editalícia" (fls. 24.821).

140. Entretanto, resta claro que a avaliação levada a cabo pela Comissão Especial teve por escopo a verificação da presença ou ausência dos itens listados no quadro constante das páginas 68/70 do edital. A verificação formal da presença das questões dispostas nos agrupamentos foi, portanto, objetiva e aferível.

141. A análise dos conteúdos das Metodologias de Execução, por

sua vez, obedeceu aos critérios objetivos listados nos itens 134 a 136 do edital (cf. fls. 917/918):

"134. As PROPOSTAS DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO serão examinadas quanta ao atendimento das condições estabelecidas neste EDITAL e em seus Anexos.

135. A COMISSÃO, na aferição das PROPOSTAS DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO, considerará, sem prejuízo das disposições constantes das Subseções seguintes, aspectos de forma e de conteúdo.

136. No exame de conteúdo das PROPOSTAS serão levados em consideração, pela COMISSÃO, dentre outros referidos no 'Termo de Referência para Elaboração da Proposta de Metodologia de Execução', os seguintes aspectos:

I - pertinentes à consistência geral dos temas a serem abordados:

a) grau de compreensão das questões pertinentes;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

- b) consistência das análises e das proposições;
- c) suficiência e qualidade das informações apresentadas;
- d) coerência entre o Conhecimento do Problema, os Planos de Trabalho e estrutura organizacional da Concessionária.

II- pertinentes à análise específica dos seguintes temas:

- a) adequação da estrutura organizacional proposta, verificada através da análise da suficiência do quadro de funções e atividades para execução do objeto da concessão;
- b) conhecimento do 'SISTEMA RODOVIA DO SOL', tanto nos aspectos físicos como nos operacionais, demonstrado pelo nível de atualização das informações prestadas;
- c) consistência das especificações técnicas e operacionais da 'Metodologia de Execução' com as especificações funcionais do EDITAL e seus Anexos;
- d) consistência entre os prazos e meios propostos na 'Metodologia de Execução' e os resultados desejados definidos no EDITAL e seus Anexos, verificada através da análise das especificações técnicas e operacionais, dos procedimentos e da suficiência dos recursos previstos, que devem apresentar nível de explicitação suficiente para o seu entendimento".

142. Dessa forma, não há que se falar na ausência de previsão de critérios objetivos para a avaliação das propostas de Metodologia de Execução, em estrita observância a regra do art. 14 da Lei nº 8.987/95, até porque a concorrência era de menor preço.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.5.1 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.4.1 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24808-24822.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos "137" ao "142" do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos "154" ao "158" da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, no que pertine aos parágrafos "137", "138" e "140" a "142" do documento juntado, que perfazem quase a totalidade dos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

argumentos trazidos. Apenas o parágrafo “139” não é cópia fiel dos parágrafos da defesa anteriormente apresentada, mas não traz qualquer argumento novo.

O parágrafo “139” há uma breve menção a frase constante na ITC 308/2015, com o fito de apenas corroborar o posicionamento já adotado pelo Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, constante no parágrafo “138” do documento em análise.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.4.1 da ITC 308/2015.**

4.5 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.5.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.5.2 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória

As cláusulas referentes à visita técnica existentes no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 são as seguintes, constantes da errata ao edital:

95. A Licitante deverá, **obrigatoriamente, visitar** o “SISTEMA RODOVIA DO SOL”.

96. A visita deverá ser realizada até 15 (quinze) dias úteis antes da data estabelecida para a entrega da DOCUMENTAÇÃO, **de acordo com programação prévia a ser elaborada pelo DER, oportunidade na qual será fornecido o comprovante de visita, a ser posteriormente anexado pela Licitante à sua Documentação de Habilitação (Envelope n.º 1).**

97. A visita ao “SISTEMA RODOVIA DO SOL” terá por objetivo propiciar às Licitantes a verificação das condições e da natureza das obras e serviços a serem executados, assim como dos materiais e equipamentos necessários às suas realizações, meios de acesso ao local, e obtenção de outros dados que as LICITANTES julgarem necessários para a preparação de sua DOCUMENTAÇÃO¹²⁶. [grifo nosso]

Deve-se destacar que nos documentos analisados, não foi encontrada justificativa técnica ou jurídica para a adoção da visita técnica, nos moldes como foi prevista.

¹²⁶ Processo TC 5591/2013. fls. 4291.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A visita técnica, conforme pode ser visto nas cláusulas apresentadas anteriormente, foi obrigatória. Muito embora as cláusulas não indiquem claramente se a visita técnica seria conjunta, fato é que esta o foi, como se observa da Ata transcrita a seguir:

Ata da **Visita Técnica Coletiva** realizada no dia **vinte e quatro de setembro de mil novecentos e noventa e oito**, com início às oito horas e trinta minutos, partindo do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES. A Comissão Técnica para Estudos na Rodovia do Sol, representada pelos Senhores Eng.º Murilo Nacib Haddad – Diretor Técnico da CODESPE, Eng.º Carlos Frederico von Randow – Diretor de Planejamento do DER/ES, Eng.º Edivaldo Correa de Assis – Diretor de Operações da CETURB e a Comissão Especial de Licitação para Concessão da Rodovia do Sol, representada por seu Presidente, Eng.º Jorge Hélio Leal que deu início à VISITA TÉCNICA COLETIVA, recebendo dos participantes as credenciais das empresas. Em seguida o ônibus com todos os participantes dirigiu-se ao Km 0 (quilômetro zero) da Rodovia ES-060, na Praça de Pedágio da Terceira Ponte de Vitória onde foram descritas as características dos serviços a serem realizados. Após percorrida a ponte, o grupo dirigiu-se ao local denominado Vala Bigossi, local este onde pretende-se construir a ligação da Rodovia ES-060 com a Avenida Carlos Lindenberg na Glória. Daí seguiu-se em direção à Ponte sobre o Rio Jucu e em seguida a Setiba quando foi percorrido todo o trecho a ser duplicado, até o ponto onde deverá se iniciar o Contorno de Guarapari. O grupo dirigiu-se então à Rodovia Jones dos Santos Neves em Guarapari visitando o local onde se dará a interseção do Contorno de Guarapari com a referida Rodovia, seguindo então para Meaípe até ao ponto determinado como fim do trecho a ser concedido. Participaram da visita além dos membros da Comissão Técnica e do Presidente da Comissão de Licitação já citados, os representantes das empresas Construtora Queiroz Galvão S/A, Rodoférrea Construtora de Obras Ltda., Ivaí – Engenharia de Obras S/A, Construbase – Construtora de Obras Básicas de Engenharia Ltda., E.I.T. – Empresa Industrial Técnica S/A, Construtora Aterpa Ltda., Construtora Castilho Porto Alegre S/A, STACA – Fundações e Obras Ltda., Camargo Correa Transportes S/A, Blokos Engenharia Ltda., Equipav S/A – Pavimentação Engenharia e Comércio, Construtora Triunfo Ltda., SERVIX Engenharia S/A, Primav – Construções e Comércio Ltda., Via Engenharia S/A, E.B.T.E. Empresa Brasileira de Terraplenagem e Engenharia S/A, Tracomal – Terraplenagem Construções Machado Ltda. e Construtora COWAN Ltda. Todos os esclarecimentos foram prestados ao grupo e **ao final da visita, foram entregues os atestados aos participantes, atestados estes que deverão fazer parte da documentação de habilitação.** Nada mais havendo a constar foi lavrada a presente ata que após lida, é assinada pelo Presidente da Comissão



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Especial de Licitação e demais representantes presentes¹²⁷.
[grifo nosso]

Vejam que, conforme registro na Ata da Sessão Pública de Recebimento dos Envelopes, de 20/10/1998, constante às folhas 1029 e 1030 do Processo TC 5591/2013, somente as empresas SERVIX Engenharia S/A e Construtora Castilho Porto Alegre S/A entregaram os envelopes de participação.

Assim, participaram da visita técnica conjunta e obrigatória 18 (dezoito) empresas, entregando envelopes apenas 2 (duas) delas.

O artigo 30, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993, dispõe que é permitido exigir-se apenas comprovação de que o licitante tomou conhecimento das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. Obviamente, para que alguém comprove ter tomado conhecimento de algo, basta uma declaração.

Além de não estar previsto em lei, tal exigência constrói um ambiente propício ao conluio, pois, como é sabido, o conhecimento prévio de todos os que participarão da licitação é um dos fatores principais para a combinação de propostas, com o consequente prejuízo da competitividade.

Assim, verifica-se ferimento aos artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, inciso III, ambos da Lei nº. 8.666/1993, além do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “143” ao “152” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, no tópico 3.4.2 intitulado “Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

143. O relatório afirma que a exigência editalícia de visita técnica conjunta obrigatória teria implicado em restrição da competitividade, sob o argumento de que “tal exigência constrói um ambiente propício ao conluio” (fls. 10.401), sem apontar quais indícios ou fundamentos concretos lhe permitiriam concluir dessa forma.

144. Diversamente da opinião exarada pela auditoria, o art. 30, III, da Lei nº 8.666/93 permite a inclusão de tal exigência no edital, mediante a requisição de que os participantes apresentem “comprovação (...) de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”.

¹²⁷ Processo TC 5591/2013. fls. 1015.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

145. Acerca da finalidade da realização de visita técnica a e. Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 4.968/2011, assim se manifestou:

"A visita de vistoria tem por objetivo dar à Entidade a certeza e a comprovação de que todos os licitantes conhecem integralmente o objeto da licitação e, via de consequência, que suas propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, evitando-se futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais. 11.1.3.2. Portanto, a finalidade da introdução da fase de vistoria prévia no edital é propiciar ao proponente o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto, para que o mesmo tome conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, preparação da proposta e execução do objeto".

146. Como se vê, não há qualquer impedimento legal de que se realize a visita técnica conjunta, expressamente autorizada na Lei de Licitações.

147. É manifestamente infundado o aventado "ambiente propício ao conluio" suscitado pelo relatório, vez que não há base fática concreta e tampouco fundamento na doutrina ou na jurisprudência que suporte a afirmação do relatório, que, por isso, configura mera conjectura.

148. A Instrução Técnica Conclusiva, por sua vez, afirma que "uma vez evidenciado que a especialidade do objeto não demanda que os potenciais interessados compareçam pessoalmente ao local onde será executado o objeto, pode a Administração optar apenas exigir declaração do licitante" (fls. 24.831 – destacou-se).

149. Segue a ITC 308/2015, ainda, assegurando que "da análise dos documentos que permeiam o procedimento de contratação, a exigência se mostra excessiva, em face da baixa complexidade do objeto do certame, trazendo prejuízo à competitividade do certame" (fls. 24.832 – destacou-se).

150. Segundo a distorcida ótica adotada pela Instrução Técnica Conclusiva, o objeto do contrato de concessão 01/98 é considerado de baixa complexidade. Chega-se a afirmar que "as obras de implementação e duplicação de rodovia, ou mesmo as obras de arte especiais como as previstas no objeto da concessão não continham qualquer características de alta complexidade" (fls. 24.832 – destacou-se). Nada mais absurdo.

151. Falando sempre com o devido respeito, ainda que se leve e conta qualquer dessas teratológicas alegações, o que se faz apenas para argumentar, a visita ao local da licitação jamais poderá ser considerada um empecilho. Muito pelo contrário, só



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

se poderia extrair benefícios de tal exigência que, como já mencionado, encontra inclusive amparo legal.

152. Com efeito, os fatos dos autos demonstram por si que a exigência de visita técnica prévia e conjunta não implicou em restrição à competição, pois 18 empresas compareceram e receberam o respectivo certificado. O fato de 2 empresas terem apresentado proposta não possui relação algum com a realização visita técnica.

153. Diante do exposto, tendo em vista a possibilidade permitida pela Lei 8.666/93 quanto à exigência de visita técnica e a ausência de indícios de irregularidade na visita, impõe-se a rejeição do vício apontado, mormente se considerado que não houve restrição à competição, pois 18 empresas compareceram a vistoria.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.5.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.4.2 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24822-24837.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “143” ao “153” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “154” ao “158” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, no que pertine aos parágrafos “143” a “147” e “152” a “153” do documento juntado, que perfazem quase a totalidade dos argumentos trazidos.

Todavia, os parágrafos “148” a “151” tem por escopo rebater a afirmação da ITC quanto à baixa complexidade do objeto do Edital de Concessão 01/98, o que não justificaria a realização de visita técnica, sendo o entendimento da manifestante.

Pois bem, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, na peça contestatória de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) cujas teses foram apreciadas na ITC 308/2015, argumentou, quanto à irregularidade tratada no item 2.5.3 do Relatório de Auditoria, aspectos no tocante a complexidade do objeto concedido, que:

[...] No caso dos autos, não existe nenhuma característica nos serviços contratados que permitam concluir que a concessão de serviço público de administração e manutenção de rodovias e pontes, com execução de obras de ampliação tenha "elevada carga de complexidade". Não é preciso gastar rios de tinta para



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

se demonstrar que a Administração não teria nenhuma dificuldade - além da financeira - para executar as obras e operar a rodovia, como faz em outros trechos (parágrafo 173 das razões de defesa da Rodosol, g.n.).

Curiosamente, de forma contraditória, vem agora a Concessionária Rodovia do Sol S.A, no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), afirmar:

Segundo a distorcida ótica adotada pela Instrução Técnica Conclusiva, o objeto do contrato de concessão 01/98 **é considerado de baixa complexidade**. Chega-se a afirmar que as obras de implementação e duplicação de rodovia, ou mesmo as obras de arte especiais como as previstas no objeto da concessão não continham qualquer características de alta complexidade (fls. 24.832 – destacou-se). Nada mais absurdo.

Há clara contradição de alegações, dispondo de posicionamentos distintos conforme sua conveniência, sem critérios, elementos ou características técnicas que a embasem, perfazendo verdadeiro comportamento contraditório.

Evidencia-se que as obras, fruto do objeto concedido, não são de alta complexidade por não necessitarem de qualquer metodologia não usual, tanto na execução quanto na sua logística.

Obviamente que para um cidadão comum (que não possui formação em engenharia) qualquer obra, por mais simples que seja, pode parecer bastante complexa.

Deve-se pontuar que a presente irregularidade refere-se à exigência de que empresas de engenharia, conhecedores e atuantes no mercado de obras rodoviárias, dependeriam da realização de visita técnica para elaborar suas propostas, o que não se mostra justificável. Mais grave ainda, que tal visita fosse realizada de forma conjunta o que potencializa a irregularidade.

A visita técnica não era essencial ou necessária para a elaboração das propostas. Inicialmente porque parte significativa da rodovia já estava executada, necessitando apenas de duplicação, o que acarreta poucas incertezas e um baixo risco.

Acrescenta-se, que na visita técnica realizada, sequer houve “visita” aos locais de implantação (obra nova) de rodovia, conforme registro na “Ata da Visita Técnica Coletiva” (transcrita às fls. 24833-24834). Logo, resta crível apontar a desnecessidade dessa exigência editalícia.

Nesse sentido, reitera-se a possibilidade de exigir declaração de que a empresa tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. Trata-se de medida que garantiria maior isenção, afastando a possibilidade de práticas nocivas ao certame oriundas da visita técnica conjunta, tal como realizada.

Esclarecendo outro ponto trazido no documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, reiteramos que a expressão “pode”, constante na ITC 308/2015, se refere à possibilidade da Administração poder escolher entre a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

apresentação da declaração de conhecimento ou não exigir a declaração, conforme facultado no art. 30, III, da Lei 8.666/93.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A., admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.4.2 da ITC 308/2015.**

4.6 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.5.3 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.5.3 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

Consta nos autos do presente processo, Parecer da Procuradoria Geral do Estado – PGE dando conta que:

No que se refere à publicação do edital de Concorrência nº 01/98, entendemos que o mesmo deveria ter sido publicado nos termos do § 2º do art. 21 (o prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:), inciso I (quarenta e cinco dias para:), letra "b" (concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral...), pois o art. 6º (Para os fins desta Lei, considera-se:), inciso VIII (Execução indireta a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, sob qualquer dos seguintes regimes:), letra "e" considera a empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada" (todos dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93).

Nestes lindes e considerando o disposto no § 3º do art. 21 da mesma Lei nº 8.666/93 (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), **somos forçados a concluir que o prazo de quarenta e cinco dias, acima descrito, não foi cumprido, uma vez que a publicação no Diário Oficial da União** (por força do inciso I do art. 21 - se confirmado que as obras foram financiadas parcial ou totalmente



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

com recursos federais ou garantidas por instituições federais) se deu em 09 de setembro de 1998 (proc. n° 14302659 - 1º volume, fls. 104) e a data da entrega das propostas e abertura da licitação ocorreu em 20 de outubro de 1998, portanto, com um intervalo de tempo de 41 (quarenta e um) dias."

Por outro lado, outra questão chama a atenção:

No processo n° 14302659, 1º volume, fls. 169 dos autos, consta uma cópia do AVISO DE MODIFICAÇÃO DO EDITAL N° 01/98, referente ao Quadro 5 do Anexo V (Proposta Comercial) do Edital.

Tal modificação do edital não foi publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo (pelos elementos destes autos), nos termos do inciso 11 do art. 21 da Lei n° 8.666/93, embora tenha sido o respectivo aviso publicado no Jornal do Brasil, A Gazeta, A Tribunal e no Diário Oficial da União (por último, em 13/10/1998 - fls. 173), quando a abertura da licitação já estava marcada para 20/10/1998.

Estabelece o § 4º do art. 21 da Lei no 8.666/93: "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" (grifos no original).

Tais ponderações feitas pela PGE reconhecem o descumprimento de prazos legais de divulgação do certame, trazendo consequências para a execução do contrato, as quais serão analisadas doravante.

De acordo com o artigo 2º, inciso III, da Lei n°. 8.987/1998, a concessão de serviço público precedida de obra pública deve ser precedida de licitação na modalidade concorrência.

Nesse sentido, quanto à publicidade dos atos relativos a tal modalidade, o artigo 21, da Lei n°. 8.666/1993, assim dispõe:

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

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, e ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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 conterá 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:

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;
- b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço;

III - quinze dias para tomada de preços, nos casos não especificados na alínea b do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

§ 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 (grifos no original).

O regime de **empreitada integral** é assim definido pelo artigo 6º, VIII, "e", do Estatuto das Licitações:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

[...]

e) **empreitada integral** - quando se contrata um **empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação**, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; [grifo nosso]

Como se depreende do dispositivo citado, a concessão não é exatamente uma empreitada integral, pois mesmo depois da entrega da obra persiste a prestação de serviços de manutenção durante todo o período da outorga com a consequente cobrança de pedágio.

Contudo, omitiu-se o legislador em definir especificamente os prazos de publicidade para tal espécie de contrato administrativo, o que leva à necessidade de **adoção do prazo mais elástico** (45 dias), que é o da empreitada integral, em virtude de o objeto da concessão ser mais complexo que o desta forma de execução indireta.

Compulsando os autos do Processo DER/ES 24777056, verifica-se que houve publicação de **Aviso de Licitação** nos periódicos “A Tribuna”, fls. 103, “A Gazeta”, fls. 104, “Jornal do Brasil”, fls. 106, e no Diário Oficial do Estado, fls. 109, todos em **4 de setembro de 1998**. No Diário Oficial da União, houve publicação no dia **9 de setembro de 1998**, fls. 114 (incluída no Anexo X deste Relatório de Auditoria).

Marçal Justen Filho, versando sobre a contagem dos prazos referidos no artigo 21, leciona:

Devem ser utilizados os princípios de contagem dos “prazos dilatórios” do Direito Processual Civil. Segundo tais princípios, o prazo se conta retroativamente, a partir da data em que o ato deverá ser praticado. Excluir-se-á a data de começo e se incluirá a data de término do prazo. Nos termos do art. 110, parágrafo único, o primeiro dia (para cômputo retroativo) deverá ser útil no expediente do órgão ou entidade que promove a licitação¹²⁸.

Considerando-se a existência de múltiplas publicações, deve-se considerar a última como termo *a quo* para a contagem do prazo de 45 (*quarenta e cinco*) dias exigido pelo artigo 21, § 2º, inciso I, alínea ‘b’, da Lei nº. 8.666/1993. Assim, tendo-se como referência a data de 9 de setembro de 1998, o recebimento das propostas deveria se dar, no mínimo, até vinte e seis de outubro de 1998, **seis dias após o prazo agendado no aviso de licitação (20 de outubro de 1998)**.

Tal situação é agravada se for considerado que houve alteração do Quadro 5 do Anexo V do edital (Proposta Comercial), exigindo-se nova publicação. Compulsando os autos, constata-se que tal se deu nos periódicos “Jornal do Brasil”, fls. 178 do Processo DER/ES 24777056, “A Gazeta”, fls. 180, “A Tribuna”, fls. 181, todos em **7 de outubro de 1998**. No Diário Oficial da União, verifica-se a ocorrência em **13 de outubro de 1998**, fls. 182 (incluída no Anexo X deste Relatório de Auditoria).

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 190.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Nesses termos, com fundamento no artigo 21, § 4º, da Lei nº. 8.666/1993, a alteração do edital exige a reabertura do prazo de divulgação, pela mesma forma utilizada no texto original. Assim, o recebimento das propostas deveria ter ocorrido, no mínimo, até **27 de novembro de 1998, 36 (trinta e seis) dias após a data efetivamente considerada (20 de outubro de 1998)**.

Sobre a importância de serem respeitados os prazos referidos no artigo 21, assim explica Marçal Justen Filho:

O prazo mínimo, que deve mediar entre a divulgação do aviso e a data de comparecimento dos interessados (para entrega das propostas ou participação no evento), destina-se a permitir que os eventuais interessados avaliem a conveniência de sua participação no certame, obtenham as informações necessárias e elaborem as suas propostas ou (na hipótese de concurso) preparem a obra que apresentarão para disputa. Em princípio, o prazo é tanto mais elevado quanto mais complexa se configurar a elaboração da proposta ou da atividade relativa ao concurso¹²⁹.

Assim, tendo em conta a complexidade do objeto do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, era necessária a observância do prazo legal de 45 (*quarenta e cinco*) dias para recebimento das propostas. No presente caso, como já foi dito, tendo ocorrido alteração do Edital, com publicação no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 1998, os potenciais novos licitantes tiveram apenas **7 (sete) dias** para atender às exigências nele contidas, o que, aliado a outros fatores, justifica a pequena participação de licitantes no certame (apenas duas empresas apresentaram propostas).

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “154” ao “161” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, no tópico 3.4.3 intitulado “Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.4.3. – Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

154. O Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 sustentou que seria aplicável ao caso dos autos o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias estabelecido no art. 21, §2º, I, “b”, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que *“omitiu-se o legislador em definir especificamente os prazos de publicidade para tal espécie de contrato administrativo, o que leva à necessidade de adoção do prazo mais elástico (45 dias), que é o da empreitada integral, em virtude de o objeto da concessão ser mais complexo que o desta forma de execução indireta”* (cf. fls. 10.404).

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. 2005. p. 190.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

155. Ocorre que, diante da ausência de fundamento legal ou doutrinário para a posição adotada pelo relatório, a Instrução Técnica Conclusiva, após analisar as razões apresentadas pela RODOSOL, entendeu “que assiste razão à empresa concessionária no tocante à correção da aplicação do prazo de 30 dias pelo DER/ES para a publicidade do edital de Concorrência Pública 01/98” (fls. 24.848).

156. Equivocadamente embora a ITC 308/2015 persiste no mesmo erro indicado pelo relatório Preliminar de Auditoria, ao concluir “que, diante da alteração realizada no edital, deveria o DER/ES ter procedido à sua republicação consoante determina o artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/1993” (fls. 24.849).

157. Registre, quanto a isso, que a alteração no Quadro 5 do anexo V após a publicação do edital não afetou em absolutamente nada a formulação das propostas. Como se verifica das fls. 13.434 dos autos, a modificação ocorreu apenas no “Subitem 1.9. — Conserva Especial”, que apenas alterou a forma de apresentação do mesmo conteúdo que já se encontrava no edital.

158. Com efeito, não houve impugnação da questão por parte de nenhum dos interessados, tendo, inclusive, 18 (dezoito) empresas comparecido a visita técnica, o que comprova a satisfação da finalidade da norma com a ampla publicidade das regras do certame às empresas interessadas.

159. A própria Instrução Técnica Conclusiva ressalta que somente quando houver “modificação no edital que possa influenciar a formulação das propostas, exige-se a sua republicação com a divulgação da mesma forma em que se deu a do texto original” (fls. 24.851). Essa, contudo, não é a situação ora discutida. Repise-se, por relevante, que a alteração modificou minimamente a forma de apresentação de determinado conteúdo do contrato, que já estava presente no edital.

160. Desse modo, nos termos do art. 21, §4º, da Lei 8.666/93, tendo em vista que, no caso, a alteração inquestionavelmente não afetou a formulação das propostas, não há que se falar na necessidade de reabertura do prazo, como pretende o Relatório da Auditoria e a Instrução Técnica Conclusiva.

161. Pelo exposto, inexistente o alegado vício de publicidade do certame, tendo em vista que foram estritamente respeitados os limites mínimos estabelecidos no art. 21 da Lei de Licitações.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.5.3 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.4.3 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24837-24859.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “154”, ao “161” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “167” e “178” ao “181” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, no que pertine aos parágrafos “154”, “157”, “158”, “160” e “161” do documento juntado, havendo apenas a mudança de poucas palavras por sinônimos ou referências à Instrução Técnica Conclusiva, que perfazem quase a totalidade dos argumentos trazidos. Apenas os parágrafos “155”, “156” e “159” não é cópia fiel dos parágrafos da defesa anteriormente apresentada, mas não traz qualquer argumento novo.

No parágrafo “155”, a concessionária apenas colaciona o entendimento da ITC 308/2015, diverso do exposto no Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, no sentido de ser aplicável o prazo de 30 dias pelo DER/ES para a publicidade do edital de Concorrência Pública 01/98. Logo, se trata de uma constatação e não de argumento.

Quanto ao parágrafo “156”, a terceira interessada opina se tratar de um erro a conclusão exposta na ITC 308/2015 quanto à necessidade de republicação do Edital em face das alterações realizadas. Em momento algum expõe novos argumentos ou fatos novos capazes de ilidir a afirmação efetuada.

Ressalta-se que a necessidade de republicar o edital ante a alteração, mormente quanto ao Quadro 5 do Anexo V (Proposta Comercial), foi extensamente analisada e propriamente fundamentada pela ITC 308/2015, bastando a leitura do item 3.4.3 daquela peça técnica.

Por fim, o parágrafo “159” trouxe o seguinte argumento:

159. A própria Instrução Técnica Conclusiva ressalta que somente quando houver “modificação no edital que possa influenciar a formulação das propostas, exige-se a sua republicação com a divulgação da mesma forma em que se deu a do texto original” (fls. 24.851). Essa, contudo, não é a situação ora discutida. Repise-se, por relevante, que a alteração modificou minimamente a forma de apresentação de determinado conteúdo do contrato, que já estava presente no edital.

Insiste a empresa em afirmar que a alteração modificou minimamente a forma, não consistindo em alteração relevante. Novamente, trata-se de argumento já colacionado na sua manifestação anterior, o qual já foi analisado pela ITC 308/2015 de forma exaustiva e contundente. Transcreve-se parte da análise pertinente:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

No exercício de seu direito ao contraditório a Rodosol, ora interessada, alega, em síntese, que a alteração implementada no edital não teria afetado a formulação das propostas eis que “[...] a modificação ocorreu apenas no ‘Subitem 1.9 – Conserva Especial’, que apenas alterou a forma de apresentação do mesmo conteúdo que já se encontrava no edital”. Alega, ainda, que houve plena “[...] satisfação da finalidade da norma com a ampla publicidade das regras do certame [...]” ante o fato de não ter ocorrido impugnação pelos interessados, bem como, pela circunstância de 18 (dezoito) empresas terem comparecido à visita técnica.

Em que pese a honorabilidade dos patronos subscritores da peça contestatória apresentada pela empresa concessionária, não há como prosperar os argumentos acima destacados pelos motivos que a seguir passamos a expor.

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 – Meaípe
- 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.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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.

Observe-se que o Programa de Exploração de Rodovias, que constitui o Anexo III do Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98, define o termo “conservação/manutenção especial” da seguinte forma:

Conservação / manutenção especial é o conjunto de obras e serviços necessários à preservação do investimento inicial. Trata-se portanto basicamente de recuperações incluindo adequações a novas tecnologias, constituindo-se em obras e serviços de maior porte ou complexidade técnica necessárias de maneira geral em decorrência do término da vida útil de parcelas componentes do sistema viário (fl 4076, vol. XIX). [g.n].

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 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.

Dessa forma, tendo em vista que a alteração realizada no edital da Concorrência Pública afetou inegavelmente a formulação de propostas, eis que refletia nos custos, investimentos, depreciação e tributação a serem contemplados pelos proponentes em suas ofertas, deveria o DER/ES ter procedido à republicação do edital com a reabertura do prazo inicialmente concedido conforme estabelece o § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93 ora rememorado:

Art. 21 [...]

§ 4º - Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas [g.n].

O disposto no **§ 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93** deixa claro que **em havendo modificação no edital que possa influenciar a formulação das propostas, exige-se a sua republicação com divulgação da mesma forma em que se deu a do texto original.**

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, havendo apenas a mera repetição de argumento contido em peça anterior, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.4.3 da ITC 308/2015.**

4.7 Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.5.4 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.5.4. Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação

Os itens 116 e 117 do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES fixaram, como pré-requisito de habilitação das licitantes, como patrimônio líquido mínimo exigido, os valores de R\$ 65.000.000,00 (*sessenta e cinco milhões de reais*), no caso de empresas isoladas, e R\$ 84.500.000,00 (*oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais*), para as coligadas em consórcio.

Deve-se ressaltar que equipe desta Colenda Casa de Contas, ao analisar o Edital de Concorrência Pública STR-001/1997 (posteriormente sustado), entendeu¹³⁰ abusiva e sem motivação a exigência, ali realizada, de patrimônio líquido mínimo de R\$ 18.000.000,00 (*dezoito milhões de reais*), observe, em muito inferior ao exigido no edital que o sucedeu.

A qualificação econômico-financeira é tratada no artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993 do seguinte modo:

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

[...]

¹³⁰ Processo TC 3224/1997. fls. 986.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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.

§ 3º. O capital mínimo ou **o valor do patrimônio líquido** a que se refere o parágrafo anterior **não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Resta saber, portanto, qual o valor estimado para a contratação. A Concessão do Sistema Rodovia do Sol, além de se tratar de prestação de serviço público, englobou a execução de obras públicas. O valor estimado, relativo às obras públicas, pode ser obtido nos parcos estudos que precederam a Concessão.

Em relação aos demais serviços, excluídas as obras, nos contratos com duração superior a 12 (doze) meses, caso da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, a qualificação econômico-financeira deve ser apurada tendo como base de cálculo seu valor anual médio, não o valor estimado global. Nesse sentido tem decidido o Tribunal de Contas da União, conforme acórdão paradigma, a seguir transcrito:

8.3.1 De fato constata-se, diante do previsto no item 6.1.3 do referido edital, que o valor máximo estimado para a contratação é de R\$ 95.544.564,76 (noventa e cinco milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta e seis centavos), e portanto a exigência constante do item 8.1.2 é de aproximadamente 10% do valor estimado para a contratação. Todavia, ratificando a análise constante da instrução precedente, entendo que a questão está adstrita ao fato do valor estimado global ser relativo a um prazo contratual inicial de 36 (trinta e seis meses), e não a um prazo de 12 (meses).

8.3.2 Isto faz com que este valor exigido como requisito de qualificação econômico-financeira se eleve a um patamar que se aproxima de 30% do valor anual da contratação.

8.3.3 Fere o princípio da razoabilidade admitir-se que o valor estimado global que serve de base de cálculo do referido percentual de até 10 %, conforme preconiza o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/1993, seja artificialmente multiplicado, em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

decorrência do excessivo prazo contratual de 36 (trinta e seis) meses previsto no edital.

8.3.4 Pelo fato da natureza dos serviços a serem executados ser de forma contínua dever-se-ia, no que tange à aplicação do percentual de até 10%, obedecer o disposto no caput e inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, que fixa que a duração do contrato poderá ser prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses, sendo como regra o prazo de vigência inicial de 12 meses.

[...]

9.2. determinar à Dataprev que, quando da realização de futuras licitações:

9.2.1. faça incidir o valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo exigido como requisito de qualificação econômico-financeira sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período, nos termos dos §§ 3º e 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993¹³¹;

Assim, para efeito de estabelecer **o limite máximo do valor** que pode ser exigido das empresas interessadas a título **de patrimônio líquido mínimo** para a qualificação econômico-financeira **equivale ao valor total dos investimentos adicionado do valor anual médio dos demais serviços.**

A Tabela 2, abaixo, demonstra o cálculo do limite máximo que poderia ter sido exigido que as empresas interessadas apresentassem como Patrimônio Líquido Mínimo, a título de qualificação econômico-financeira.

Tabela 2 – Limite máximo de exigência de patrimônio líquido mínimo

¹³¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. **Acórdão nº. 1.335-2010-P**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 19 mar. 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO EXIGÍVEL			
DESCRIÇÃO	VALORES		
	ESTUDO DE VIABILIDADE DE 1997 + EDITAL Nº. 1/1998	PROPOSTA COMERCIAL DA LICITANTE VENCEDORA	
1. Valor dos investimentos na data-base do Estudo de Viabilidade de 1997 - EV1997	R\$ 91.813.773,00		
2. Índice de reajuste entre a data-base do EV1997 e outubro de 1998	1,0646		
3. Valor dos investimentos com data-base em outubro de 1998 (1 x 2)	R\$ 97.744.942,74	R\$	148.261.450,46
4. Valor da receita tarifária prevista	R\$ 850.000.000,00	R\$	928.541.056,87
5. Valor total dos demais serviços (4 - 3)	R\$ 752.255.057,26	R\$	780.279.606,40
6. Número de anos previstos para a Concessão	25		25
7. Valor anual médio dos demais serviços (5 / 6)	R\$ 30.090.202,29	R\$	31.211.184,26
8. Base de cálculo para efeitos de qualificação econômico-financeira (3 + 7)	R\$ 127.835.145,03	R\$	179.472.634,72
9. Percentual permitido pelo artigo 31, § 3º, da Lei 8.666/1993	10,00%		10,00%
LIMITE MÁXIMO DE EXIGÊNCIA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO	R\$ 12.783.514,50	R\$	17.947.263,47

* Os valores achurados foram coletados no EV1997, no Edital de Concorrência de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e na Proposta Comercial da licitante vencedora, conforme indicado.

Numa coluna, com dados que poderiam ser utilizados pela Administração à época de elaboração do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, quais sejam, o valor total da contratação (inserida no próprio Edital) e o valor dos investimentos contido no Estudo de viabilidade econômico-financeira para concessão da Rodovia do Sol (ES-060), fls. 2231 deste Processo TC 5591/2013, é demonstrado que **o limite máximo de exigência do patrimônio líquido mínimo seria R\$ 12.783.514,50 (doze milhões, setecentos e oitenta e três mil, quinhentos e quatorze reais e cinquenta centavos)**, conforme apresentada Tabela 2, enquanto foi exigido, como já dito, R\$ 65.000.000,00 (*sessenta e cinco milhões de reais*), no caso de empresas isoladas, e R\$ 84.500.000,00 (*oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais*), para as coligadas em consórcio.

Na outra coluna, para ilustrar, com dados da Proposta Comercial da licitante vencedora, é demonstrado que o limite máximo de exigência do patrimônio líquido mínimo seria R\$ 17.947.263,47 (*dezessete milhões, novecentos e quarenta e sete mil, duzentos e sessenta e três reais e quarenta e sete centavos*), conforme apresentada Tabela 2, ainda bem abaixo do valor abusivamente exigido no certame.

Além disso, cabe destacar, a Equipe de Auditoria não encontrou, nos autos e documentos aos quais teve acesso, qualquer justificativa para a adoção dos citados valores mínimos de patrimônio líquido, embora a justificativa seja exigida pelo § 5º do artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993.

Pelo exposto, tem-se que **a exigência de patrimônio líquido mínimo**, como pré-requisito de habilitação das licitantes, **nos valores de R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

reais), no caso de empresas isoladas, e **R\$ 84.500.000,00 (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais)**, para as coligadas em consórcio, **revelou-se abusiva, restringindo ilegalmente a competitividade da licitação.**”.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “162” ao “167” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, nos tópicos 3.4.4 intitulado “Fixação do Patrimônio Líquido abusivo para fins de habilitação” e 3.4.5 denominado “Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.4.4 – Fixação do Patrimônio Líquido abusivo para fins de habilitação; e 3.4.5 – Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

162. O Relatório e a Instrução Técnica Conclusiva apontam que o edital de licitação teria imposto exigência abusiva em relação à comprovação da qualificação econômico-financeira dos participantes do certame ao exigir patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta em patamares superiores a 10% e 1% da contratação, respectivamente, como determina o art. 31, III e §2º, da Lei nº 8.666/93.

163. Contudo, revela-se infundada a afirmação, vez que, conforme demonstrado na planilha de fls. 10.408, o valor global da contratação é de **R\$ 850.000.000,00** (oitocentos e cinquenta milhões de reais), sendo, portanto, de **R\$ 85.000.000,00** (oitenta e cinco milhões de reais) e **R\$ 8.500.000,00** (oito milhões e quinhentos mil reais) os limites permitidos na Lei de Licitações, os quais foram respeitados pelo edital, que exigiu patrimônio líquido de **R\$ 65.000.000,00** (sessenta e cinco milhões de reais) para empresas isoladas e de **R\$ 84.500.000,00** (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais) para coligadas em consórcio, bem como garantia de manutenção de proposta de **R\$ 6.500.000,00** (seis milhões e quinhentos mil reais), abaixo, portanto, do limite legal.

164. Registre-se, por oportuno, que, ao contrário do que se sustentou no relatório de auditoria, não há fundamento para que se considere o valor anual dos serviços e não o valor global da contratação, vez que o art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/93 prevê expressamente que o limite tem por base o “valor estimado da contratação”, sem limitá-lo a qualquer período.

165. Consoante o ensinamento de Carlos Ari Sundfeld, as garantias previstas no art. 31 da Lei de Licitações tem por finalidade salvaguardarem o interesse público, consubstanciado na garantia da prestação do serviço público e execução da obra objetos do contrato de concessão:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

"A formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, pois resultam no alijamento de todos aqueles que, não podendo atendê-las, veem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui, no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa nos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)" ("A Habilitação nas Licitações e o Atestados de Capacidade Técnico-Operacional", in "Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 100/101).

166. Desse modo, a limitação da base de cálculo das garantias ao valor anual médio dos serviços contratados, no caso concreto, importaria no total esvaziamento da garantia, tornando-a sem eficácia para o caso [concreto. Com](#) efeito, o limite do patrimônio líquido apontado no relatório, de aproximadamente R\$ 13 milhões, é irrisório diante magnitude do contrato de concessão em questão, cujo investimento apenas com as obras demandou aproximadamente R\$ 98 milhões. Na realidade, o cálculo apresentado dilui o valor dos serviços contratados, a ponto de praticamente desconsiderá-los.

167. Diante do exposto, verifica-se que foram respeitados os limites previstos no art. 31, III e §2º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual não há que se falar em limitação da competição pela exigência das garantias.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.5.4 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.4.4 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24859-24873.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos "162" ao "167" do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos "182" ao "187" da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, havendo apenas a mudança de uma palavra



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

por um sinônimo (parágrafo “166”) e uma simples referência à Instrução Técnica Conclusiva (parágrafo “162”).

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, havendo apenas a mera repetição de argumento contido em peça anterior, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.4.4 da ITC 308/2015.**

4.8 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.5.5 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.5.5 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

O item 114-e do Edital de Concorrência para Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998 do DER/ES fixou, como pré-requisito de habilitação das licitantes, a apresentação de garantia de manutenção da proposta no valor de R\$ 6.500,000,00 (*seis milhões e quinhentos mil reais*).

A exigência de garantia de proposta, como requisito para a qualificação econômico-financeira, é prevista no artigo 31, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993, assim redigido:

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

[...]

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.

A base de cálculo para efeitos de aferição da qualificação econômico-financeira, como já explicado na Seção 2.5.4 deste Relatório de Auditoria, equivale ao valor total dos investimentos adicionado do valor anual médio dos demais serviços.

A Tabela 3, abaixo, demonstra o cálculo do limite máximo que poderia ter sido exigido que as empresas interessadas apresentassem como garantia de proposta, a título de qualificação econômico-financeira.

Tabela 3 – Limite máximo de exigência de garantia de proposta



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

GARANTIA DE PROPOSTA EXIGÍVEL

DESCRIÇÃO	VALORES	
	ESTUDO DE VIABILIDADE DE 1997 + EDITAL Nº. 1/1998	PROPOSTA COMERCIAL DA LICITANTE VENCEDORA
1. Valor dos investimentos na data-base do Estudo de Viabilidade de 1997 - EV1997	R\$ 91.813.773,00	
2. Índice de reajuste entre a data-base do EV1997 e outubro de 1998	1,0646	
3. Valor dos investimentos com data-base em outubro de 1998 (1 x 2)	R\$ 97.744.942,74	R\$ 148.261.450,46
4. Valor da receita tarifária prevista	R\$ 850.000.000,00	R\$ 928.541.056,87
5. Valor total dos demais serviços (4 - 3)	R\$ 752.255.057,26	R\$ 780.279.606,40
6. Número de anos previstos para a Concessão	25	25
7. Valor anual médio dos demais serviços (5 / 6)	R\$ 30.090.202,29	R\$ 31.211.184,26
8. Base de cálculo para efeitos de qualificação econômico-financeira (3 + 7)	R\$ 127.835.145,03	R\$ 179.472.634,72
9. Percentual permitido pelo artigo 31, inciso III, da Lei 8.666/1993	1,00%	1,00%

LIMITE MÁXIMO DE EXIGÊNCIA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO

R\$

1.278.351,45

R\$

1.794.726,35

* Os valores achurados foram coletados no EV1997, no Edital de Concorrência de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e na Proposta Comercial da licitante vencedora, conforme indicado.

Numa coluna, com dados que poderiam ser utilizados pela Administração à época de elaboração do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, quais sejam, o valor total da contratação (inserida no próprio Edital) e o valor dos investimentos contido no Estudo de viabilidade econômico-financeira para concessão da Rodovia do Sol (ES-060), fls. 2231 deste Processo TC 5591/2013, é demonstrado que **o limite máximo de exigência de garantia para manutenção da proposta seria R\$ 1.278.351,45 (um milhão, duzentos e setenta e oito mil, trezentos e cinquenta e um reais e quarenta e cinco centavos)**, conforme apresentada Tabela 3, enquanto foi exigido, como já dito, R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais).

Na outra coluna, para ilustrar, com dados da Proposta Comercial da licitante vencedora, é demonstrado que o limite máximo de exigência de garantia de manutenção de proposta seria R\$ 1.794.726,35 (um milhão, setecentos e noventa e quatro mil, setecentos e vinte e seis reais e trinta e cinco centavos), conforme apresentada Tabela 3, ainda bem abaixo do valor abusivamente exigido no certame.

Além disso, cabe destacar, a Equipe de Auditoria não encontrou, nos autos e documentos aos quais teve acesso, qualquer justificativa para a adoção dos citados valores de garantia de proposta, embora a justificativa seja exigida pelo § 5º do artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993.

Pelo exposto, tem-se que **a exigência de garantia de manutenção de proposta**, como pré-requisito de habilitação das licitantes, **no valor de R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), revelou-se abusiva, restringindo ilegalmente a competitividade da licitação.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “162” ao “167” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, nos tópicos 3.4.4 intitulado “Fixação do Patrimônio Líquido abusivo para fins de habilitação” e 3.4.5 denominado “Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreu os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.4.4 – Fixação do Patrimônio Líquido abusivo para fins de habilitação; e 3.4.5 – Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

162. O Relatório e a Instrução Técnica Conclusiva apontam que o edital de licitação teria imposto exigência abusiva em relação à comprovação da qualificação econômico-financeira dos participantes do certame ao exigir patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta em patamares superiores a 10% e 1% da contratação, respectivamente, como determina o art. 31, III e §2º, da Lei nº 8.666/93.

168. Contudo, revela-se infundada a afirmação, vez que, conforme demonstrado na planilha de fls. 10.408, o valor global da contratação é de R\$ 850.000.000,00 (oitocentos e cinquenta milhões de reais), sendo, portanto, de R\$ 85.000.000,00 (oitenta e cinco milhões de reais) e R\$ 8.500.000,00 (oito milhões e quinhentos mil reais) os limites permitidos na Lei de Licitações, os quais foram respeitados pelo edital, que exigiu patrimônio líquido de R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais) para empresas isoladas e de R\$ 84.500.000,00 (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais) para coligadas em consórcio, bem como garantia de manutenção de proposta de R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), abaixo, portanto, do limite legal.

169. Registre-se, por oportuno, que, ao contrário do que se sustentou no relatório de auditoria, não há fundamento para que se considere o valor anual dos serviços e não o valor global da contratação, vez que o art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/93 prevê expressamente que o limite tem por base o “valor estimado da contratação”, sem limitá-lo a qualquer período.

170. Consoante o ensinamento de Carlos Ari Sundfeld, as garantias previstas no art. 31 da Lei de Licitações tem por finalidade salvaguardarem o interesse público, consubstanciado na garantia da prestação do serviço público e execução da obra objetos do contrato de concessão:

“A formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, pois resultam no alijamento de todos aqueles que, não podendo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

atendê-las, veem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui, no entanto, perante urna limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa nos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)" ("A Habilitação nas Licitações e o Atestados de Capacidade Técnico-Operacional", in "Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 100/101).

171. Desse modo, a limitação da base de cálculo das garantias ao valor anual médio dos serviços contratados, no caso concreto, importaria no total esvaziamento da garantia, tornando-a sem eficácia para o caso [concreto. Com](#) efeito, o limite do patrimônio líquido apontado no relatório, de aproximadamente R\$ 13 milhões, é irrisório diante magnitude do contrato de concessão em questão, cujo investimento apenas com as obras demandou aproximadamente R\$ 98 milhões. Na realidade, o cálculo apresentado dilui o valor dos serviços contratados, a ponto de praticamente desconsiderá-los.

172. Diante do exposto, verifica-se que foram respeitados os limites previstos no art. 31, III e §2º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual não há que se falar em limitação da competição pela exigência das garantias.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.5.5 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.4.5 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24873-24880.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos "162" ao "167" do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos "182" ao "187" da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).**

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, havendo apenas a mudança de uma palavra por um sinônimo (parágrafo "166") e uma simples referência à Instrução Técnica Conclusiva (parágrafo "162").

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, havendo apenas a mera repetição de argumento contido em peça anterior, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.4.5 da ITC 308/2015.**

4.9 Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.5.6 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.5.6 Exigência de garantia de manutenção de Proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo

O Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, na Seção V, ao tratar da qualificação econômico-financeira, exige de forma concomitante, indevidamente, garantia de manutenção de proposta (item 114-e) e existência de patrimônio líquido mínimo (item 116).

Tal exigência cumulativa infringe o artigo 31, § 2º, da Lei nº. 8.666/1993 que faculta à Administração estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º de seu artigo 56.

As irregularidades apresentadas nas últimas seções, se isoladamente já maculam todo o procedimento, conjuntamente forçam à conclusão de que **o caráter competitivo do certame foi prejudicado**, em flagrante violação ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, já transcrito.

A conduta do gestor que inclui ou tolera tais situações na licitação, na medida em que restringe a concorrência, **ofende gravemente o princípio da isonomia**, privando outros possíveis interessados de participarem do certame em igualdade de condições, eivando o procedimento de **nulidade absoluta**.

Nesses termos, a conduta do então Diretor-Geral do DER/ES, que acumulava ainda a função de Presidente da Comissão de Licitação Especial, engenheiro Jorge Hélio Leal, implicou em restrição à competitividade, com desrespeito aos princípios da legalidade e da igualdade que devem informar as licitações, conforme artigo 3º, da Lei nº. 8.666/1993.

Todavia, observe que os atos que geraram a irregularidade apontada ocorreram em 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto à restrição ilegal ao caráter competitivo do certame licitatório de concessão do Sistema Rodovia do Sol, especialmente em relação à i) existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas de metodologia de execução; ii) exigência de visita técnica conjunta e obrigatória; iii) inobservância dos prazos legais de publicidade do certame; iv) fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação; v) fixação de garantia de manutenção da proposta abusiva para fins de habilitação; vi) exigência de garantia de manutenção de proposta cumulativamente com a exigência de patrimônio líquido mínimo;**

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a restrição ilegal ao caráter competitivo do certame licitatório de concessão do Sistema Rodovia do Sol (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), especialmente em relação à i) existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas de metodologia de execução; ii) exigência de visita técnica conjunta e obrigatória; iii) inobservância dos prazos legais de publicidade do certame; iv) fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação; v) fixação de garantia de manutenção da proposta abusiva para fins de habilitação; vi) exigência de garantia de manutenção de proposta cumulativamente com a exigência de patrimônio líquido mínimo;** uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.5,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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

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

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “168” ao “173” do documento de fls. 25923-26004, vol. CXVII, no tópico 3.4.6 intitulado “Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.4.6. – Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

168. Quanto à aventada impossibilidade de cumulação de duas espécies de garantia, o art. 31, §2º, prevê que é lícito à Administração estabelecer exigências "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" (grifos no original).

169. Como se verifica, não há impedimento legal para que a Administração, no julgamento que lhe é próprio quanto à oportunidade e conveniência da medida, exija mais de uma espécie de garantia ao cumprimento do contrato.

170. Diversamente do sustentado na ITC 308/2015, que acolheu integralmente o que se definiu no relatório, a literalidade do dispositivo acima transcrito, notadamente a última parte, evidencia a finalidade da imposição de tais exigências de atender ao interesse público, caracterizado na segurança de que a empresa contratada tenha capacidade econômico-financeira de cumprir o contrato. Assim, caso julgue necessário, cabe ao administrador exigir mais garantias que assegurem o fiel cumprimento do contratado.

171. Como já sustentado pela RODOSOL, a jurisprudência sobre a matéria possui reiterado entendimento, no sentido de que "ainda que a Lei 8.666/93, em seu artigo 31, §2º, tenha estabelecido que a Administração poderá exigir a demonstração de patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1º do artigo 56 daquele diploma legal, não resta defeso a exigência conjunta dessas medidas no instrumento convocatório", pois "tais medidas têm por finalidade assegurar que a empresa contratada tenha efetivamente condições financeiras de honrar o contrato em todos os seus termos, evitando-se assim prejuízo à Administração Pública."

172. Verifica-se, portanto, que o entendimento defendido pelo Relatório de Auditoria, coonestado pela Instrução Técnica Conclusiva 308/2015, afigura-se manifestamente contrário ao entendimento jurisprudencial sobre o tema.

173. Bem vistas as coisas, ante a ausência de impedimento legal para a exigência cumulativa da garantia, em estrita atenção ao interesse público, inexistente a alegada violação ao art. 31, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tampouco a aventada nulidade do Edital por limitação à competitividade.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.5.6 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.4.6 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24837-24859.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “168”, ao “173” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “188” ao “192” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).**

Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, no que pertine aos parágrafos “168” a “171” e “173” do documento juntado, havendo apenas a mudança de poucas palavras por sinônimos ou referências à Instrução Técnica Conclusiva, que perfazem quase a totalidade dos argumentos trazidos. Apenas os parágrafos “155”, “156” e “159” não é cópia fiel dos parágrafos da defesa anteriormente apresentada, mas não traz qualquer argumento novo.

No parágrafo “172”, a concessionária afirma:

172. Verifica-se, portanto, que o entendimento defendido pelo Relatório de Auditoria, coonestado pela Instrução Técnica Conclusiva 308/2015, afigura-se manifestamente contrário ao entendimento jurisprudencial sobre o tema.

O entendimento jurisprudencial citado refere-se à decisão em Agravo de Instrumento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, em julgado de 2005, entendeu regular a exigência conjunta de patrimônio líquido mínimo e as garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei 8.666/93 em um caso no qual a modalidade licitatória empregada foi um pregão.

Este julgado já havia sido suscitado pela Rodosol em sua defesa, de modo que ele foi levado em consideração na análise perpetrada. Divergindo do julgado apresentado, a ITC 308/2015 trouxe diversos julgados do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Ainda citou a súmula 275 do TCU que expressamente prevê:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços. (TCU, Súmula nº 275, de 06.06.2012).

Este é o entendimento ao qual a equipe técnica da ITC 308/2015 está perfilhada, estando devidamente embasada legal e jurisprudencialmente. Logo, não deve haver qualquer reparo na análise já efetuada.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, havendo apenas a mera



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

repetição de argumento contido em peça anterior, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.4.6 da ITC 308/2015.**

4.10 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria ventilado pela equipe de auditoria no item 2.6 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.6. Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte [QA06]

Consta do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, na Cláusula XVI, item 5, o seguinte:

5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "*Highway Capacity Manual*"; **esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).** [grifo nosso]

A referida cláusula versa sobre os critérios para considerar o serviço prestado pela concessionária como **adequado**. No seu item 5 verifica-se que **há previsão de nível de serviço para a Rodovia ES-060, mas não há para a Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte)**. Tal fato exclui este trecho da obrigação de realização de obras de expansão e melhoria do sistema, à custa da contratada, conforme previsão dos itens 6 e 7 da mesma cláusula:

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a **execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060**; [grifo nosso]

7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, **sem qualquer acréscimo tarifário**, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO. [grifo nosso]

A ausência de critérios objetivos para aferição do nível de serviço na Terceira Ponte gera questionamentos quanto à exigência constitucional de manutenção de **serviço adequado**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

no âmbito das concessões, trazida pelo artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Carta Magna.

Nesse sentido, inclusive, o Estado, por meio do Departamento de Estradas de Rodagem – DER/ES, promoveu a **Ação Ordinária nº. 024.090.107.202** em face da Concessionária Rodovia do Sol S.A., em que constam os seguintes pleitos:

(a) seja DECLARADA a existência de relação jurídica decorrente do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998 que obrigue a requerida, Concessionária Rodovia do Sol S.A., a manter, durante todo o prazo da concessão, *"a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários"*, inclusive com a adoção de outras medidas, não previstas no Programa de Exploração da Rodovia, destinadas à readequação da estrutura do trecho concedido para a preservação da *"fluidez do tráfego"*, tais como obras de ampliação e melhoramento da capacidade das vias, independentemente de reajuste de tarifa ou re-equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, reconhecendo-se, ainda, que tais encargos estão abarcados dentre as obrigações da empresa concessionária sintetizadas no conceito de *"serviço adequado"*, em vista da assunção do risco de alteração do volume do trânsito (para maior ou menor) integralmente pela concessionária (Cláusula XIII, Item 1, do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998);

(b) seja DECLARADA a existência de relação jurídica decorrente do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 01/1998 que obrigue a requerida, Concessionária Rodovia do Sol S.A., a promover obras, ou arcar com o respectivo custo, visando à melhoria do serviço prestado pela concessionária e à garantia da fluidez do tráfego, quando prejudicada pelo aumento do fluxo de veículos a gerar a conseqüente diminuição da capacidade do trecho concedido de absorção da demanda do serviço, independentemente da promoção re-equilíbrio econômico-financeiro ou qualquer outro tipo de reajustamento contratual, na forma do item 2, alínea "d", da Cláusula XXIV, e do item 7 da Cláusula XVI, do Contrato nº 01/98, inclusive no trecho da concessão denominado Ponte Deputado Darcy Castelo de Mendonça (Terceira Ponte), por força da obrigação de prestar e manter o fornecimento do *"serviço adequado"* tal como imposto na Cláusula XVI, itens 1, 2, 3 e 4 do Contrato em foco¹³².

A concessionária, por sua vez, contesta os argumentos trazidos pelo Estado do Espírito Santo, alegando em suma que, não havendo previsão de nível de serviço na Terceira Ponte, não há obrigação de arcar com obras de ampliação nesse trecho. Para que tal ocorra, segundo ela, necessário se faz o restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, conforme trecho abaixo:

E indiscutível, previsto também em lei, que a alteração unilateral do contrato de concessão (modificação dos encargos do

¹³² Processo TC 5591/2013. fls. 8356-8357.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

concessionário), imposta pelo Poder Concedente obriga ao prévio restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, como expressamente prevê o Art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95¹³³.

A questão ainda não foi objeto de decisão pelo Poder Judiciário.

No âmbito do Poder Legislativo, vale citar o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES, denominada CPI da RODOSOL. A referida peça discorre sobre o risco geral de trânsito, previsto na Cláusula XIII, e reconhece que o incremento de tráfego na Rodovia ES-060 implicaria na necessidade de obras de expansão, a serem realizadas a expensas da concessionária. Contudo, destaca que a Terceira Ponte foi excluída dessa obrigação, conforme se observa no trecho abaixo:

Quanto a eventuais variações de tráfego a maior, são desconsideradas na equação econômico-financeira. Com efeito, havendo saturação da rodovia, cogita-se da ampliação de novas pistas. Todavia, relativamente a uma saturação na ponte decorrente do fluxo de veículos, há previsão expressa isentando a empresa de qualquer ônus futuro relativo a melhorias do sistema¹³⁴.

Traçando alguns cenários, o Relatório destaca que não havia na Ponte Castello de Mendonça risco de redução de tráfego. Ao revés, àquela época já se cogitava na saturação dessa via, uma vez que já se constatava um fluxo mensal em torno de 1.710.000 (*um milhão, setecentos e dez mil*) veículos. Conforme estimativas técnicas citadas no referido Relatório, o trecho atinge sua capacidade máxima com 78.500 (*setenta e oito mil e quinhentos*) veículos por dia, com previsão, naquela oportunidade, de ocorrer em 2008.

Dessa forma, segundo a CPI, a exploração de pedágio na Terceira Ponte representava uma certeza de lucro para o empresário, na medida em que não havia perspectivas de diminuição de tráfego e tampouco a obrigação de realização de obras de melhoria do sistema quando viesse a ocorrer a sua saturação. Conclui, então, que esse quadro só trazia benefícios ao interesse privado em detrimento do interesse público e dos usuários.

Segue trecho do relatório a respeito:

Ora, ao examinar os dados, constata-se que a dita álea, relativamente à ponte, é realmente inexistente por **absoluta** impossibilidade de previsão de sua ocorrência senão vejamos:

¹³³ Processo TC 5591/2013. fls. 8635.

¹³⁴ ESPÍRITO SANTO. Assembleia Legislativa do Estado. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório final da CPI da Rodosol**. Disponível em: http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/cpi_rodosol/rel_final_rodosol.pdf. Acesso em: 11 nov. 2013.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

a) A Ponte, por estar localizada no centro da região metropolitana, não apresenta nenhum dado que revele a possibilidade de ver reduzido o número de veículos. Bem ao contrário, conforme revelam as estatísticas do IBGE, aumentam os fluxos migratórios para os centros das regiões metropolitanas, não só no Espírito Santo, mas também em todo o País. Vale dizer, não há qualquer plausibilidade de se divisar hipótese de redução do volume de tráfego da ponte, salvo a remota possibilidade de inversão do já secular fluxo migratório da cidade para o campo, previsão que até a presente data não se tem notícia.

b) Outra hipótese seria cogitar que a população deixe de passar pela ponte de 3,5km, optando por voltar a percorrer o trajeto anterior à sua construção, que ligava Vitória e Vila Velha, através da Rodovia Carlos Lindenberg, o que implicaria em percorrer diariamente 26km (ida e volta) em um trajeto altamente congestionado. Como se vê, trata-se de um cenário de baixa probabilidade.

c) Por fim, saliente-se que caso haja o saturamento da ponte, cuja previsão, segundo as estimativas técnicas, está prestes a ser atingida³², a concessionária que supostamente correu o “risco da redução de fluxo de veículos” e agora foi beneficiada com a ocorrência do contrário - isto é, o incremento do fluxo de veículos - não está sujeita a qualquer contrapartida.

No contrato, não se estipulou a instalação de equipamentos, e mais se excluiu expressamente a hipótese de construção de uma nova ponte ou outras melhorias. Não há, como se vê, qualquer proporção entre o custo e o benefício. Aboliu-se o sinalagma representado por uma justa relação entre os encargos da concessionária e a retribuição. Ademais, não há equidade na relação entre as partes.

Nos termos formalmente postos no contrato, o risco de trânsito figura como uma verdadeira álea. Todavia, quando examinamos a realidade dos dados do sistema RODOSOL, a sua inclusão revela-se um embuste destinado a mascarar o lucro exorbitante da concessionária. Com a conivência do Poder Público, foi inserida uma cláusula de suposta isonomia e aleatoriedade, mas que, consoante se demonstrou, inexiste, pois, na verdade, só traz benefícios ao interesse privado, em detrimento do interesse público e dos usuários.

Através deste e de outros expedientes escusos, o que se viu foi a inclusão de falsas áleas para favorecer o capital privado, insinuando a existência de riscos para ocultar as margens de lucro injustas e desproporcionais existentes no negócio. Ora, a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato baseia-se, dentre outros elementos, no princípio da equidade, segundo o qual qualquer das partes está impedida de praticar o locupletamento ilícito em detrimento de outrem.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Tal argumentação tem repercussão direta na análise da Cláusula XVI do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, que dispõe sobre o “Serviço Adequado”, a qual estabelece o seguinte:

CLÁUSULA XVI

Do Serviço Adequado

1. A concessão da exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.

2. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

3. Para os fins previstos neste CONTRATO, considera-se:

a) regularidade: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, neste CONTRATO e nas normas técnicas aplicáveis;

b) continuidade: a manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO;

c) eficácia: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, e que assegurem, qualitativa e quantitativamente, o cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;

d) conforto: a manutenção nas pistas de rolamento, de sinalização, de informações, de comunicações e de cobrança de pedágio em níveis que assegurem a comodidade dos usuários conforme definido no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO;

e) segurança: a operação, nos níveis exigidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, dos sistemas referidos na letra anterior, de modo a que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidente, compreendendo, também, os serviços de atendimento de resgate, e de atendimento de primeiros socorros;

f) fluidez do tráfego: as boas condições de fluidez do trânsito, alcançadas pelo correto e eficiente gerenciamento dos sistemas referidos na letra "d" acima, propiciando que os usuários alcancem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos decorrentes de gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio e nos postos de pesagem móveis; [grifo nosso]

g) atualidade: modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

h) eficiência: a execução das obras e serviços de modo a assegurar, em caráter permanente, a busca da excelência, qualitativa e quantitativa no cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;

l) generalidade: universalidade da prestação dos serviços conforme previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, isto é, serviços iguais para todos os usuários, sem qualquer discriminação;

j) cortesia na prestação dos serviços: tratamento adequado aos usuários;

k) modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos da CONCESSIONARIA e a retribuição dos usuários, expressa no valor das TARIFAS DE PEDÁGIO.

4. A CONCESSIONARIA deve assegurar, durante todo o prazo da concessão, a prestação de serviço adequado, atendidas, integralmente, as condições estabelecidas no item anterior.

5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "*Highway Capacity Manual*"; esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060;

7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO.

8. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso da CONCESSIONARIA, quando:

a) motivada por razões de ordem técnica ou de segurança de pessoas e bens;

b) por inadimplimento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

9. Interrupção da prestação do serviço nos casos aludidos no item anterior não implica em prorrogação do prazo da concessão.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Tal previsão contratual, como dito anteriormente, decorre de uma exigência constante do artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição da República, que assim estabelece:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado. [grifo nosso]

Regulamentando o referido dispositivo da Carta Magna, a Lei nº. 8.987/1995 (lei geral sobre concessões), em seu artigo 6º, *caput*, exige que **toda concessão** garanta a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, de acordo com os critérios previstos na própria lei, em outras normas pertinentes e no respectivo contrato.

No § 1º, do referido artigo, define serviço adequado como aquele que “**satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**”. [grifo nosso]

No artigo 7º, inciso I, enumera como direito do usuário “**receber serviço adequado**” e no artigo 31, inciso I, descreve como encargo da concessionária “**prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato**” [grifo nosso]. O artigo 23, inciso III, por sua vez, estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão aquela relativa “**aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço**” [grifo nosso].

A Lei Estadual nº. 5.720/1998, suplementando a Lei nº. 8.987/1995, reitera os termos desta e acrescenta as seguintes definições para a caracterização de serviço adequado, no seu artigo 7º, § 2º:

Art. 7º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, eficácia, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

§ 2º. Para os efeitos previstos no parágrafo anterior considera-se:

- a) Regularidade: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no contrato de concessão e nas normas técnicas aplicáveis;
- b) Continuidade: a manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços;
- c) Eficácia: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, que assegurem o cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;
- d) Segurança: a prestação de serviços dentro das normas técnicas aplicáveis, de modo que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidentes eventualmente existentes;
- e) Atualidade: a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades dos usuários;
- f) Generalidade: a universalidade da prestação de serviços;
- g) Eficiência: a execução dos serviços de modo a assegurar, em caráter permanente, a busca de excelência, qualitativa e quantitativamente, no cumprimento dos objetivos e das metas da concessão ou da permissão;
- h) Cortesia na prestação dos serviços: tratamento adequado aos usuários do serviço;
- i) Modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos e a remuneração da concessionária e a retribuição dos usuários.

De toda a explanação, conclui-se que o ordenamento jurídico vigente rechaça a existência de concessões que não garantam a prestação de **serviço adequado**. Discorrendo a respeito desse conceito, Marçal Justen Filho destaca o seguinte:

Talvez fosse possível identificar o conceito de adequação do serviço ao de *eficiência*. O serviço será adequado quando for eficiente. O § 1º do art. 6º produz um detalhamento do que se reputa como *eficiência*. Em suma, a eficiência consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades, do modo menos oneroso.

Logo, a questão apresenta contornos variáveis conforme as peculiaridades de cada serviço e as necessidades para cuja satisfação é orientado. **Serviço adequado é um conceito indeterminado** (*determinável*, na terminologia de Eros Grau), o que retrata uma específica opção de disciplina jurídica. **O conceito indeterminado configura-se como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo,**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

mas com a recusa do Ordenamento Jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Sua utilização deriva do reconhecimento da impossibilidade de formular, antecipadamente e no corpo da lei, a solução completa para certas situações, mas acompanhada do intento de vincular o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. Nesses casos, o aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que *melhor lhe pareça* e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados¹³⁵. [grifo nosso]

Como se depreende da análise do texto, sendo um conceito indeterminado, o serviço adequado dependerá da avaliação concreta das circunstâncias para que seja aplicado. É por conta disso que o artigo 23, inciso III, da Lei nº. 8.987/1995 estabelece como cláusula essencial dos contratos de concessão a previsão de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço. Não fosse assim, restaria prejudicada a averiguação do cumprimento desse encargo pela concessionária.

Ou seja, de nada adianta a previsão de serviço adequado se não há elementos objetivos para aferir se tal obrigação é, de fato, adimplida pela contratada. Nesse caminho, inúteis são as exigências do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 no sentido de exigir “fluidez do tráfego” (Cláusula XVI, item 3, “f”), se não há como constatar tal fato por meio de parâmetros claros. É o que ensina Marçal Justen Filho:

Adequação é conceito indeterminado, incumbindo ao Estado precisá-lo diante da situação concreta, inclusive para assegurar o controle na prestação do serviço. Dito conceito não retrata opções subjetivas nem avaliações irracionais por parte do Estado ou do usuário. Devem ser estabelecidos parâmetros objetivos de avaliação da qualidade do serviço, que variarão em função da natureza do serviço e das circunstâncias de sua prestação. Se for o caso, aplicar-se-ão as regras técnico-científicas apropriadas.

Assim, por exemplo, a avaliação do serviço de transporte urbano será efetuada com base na idade média da frota, da relação entre passageiros e número de veículos, da velocidade de cumprimento do percurso etc.

É fundamental a existência de parâmetros objetivos, índices ou outros instrumentos que permitam exame empírico da qualidade do serviço. Não se admitirá imputação de inadequação ou deficiência se não foram estabelecidos critérios objetivos. Nem teria cabimento avaliação subjetiva personalíssima, proveniente de usuário ou agente público,

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. 2003. p. 302-303.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

acerca da qualidade do serviço. Escolhas dessa ordem são irracionais e retratam processos subconscientes, variáveis de sujeito para sujeito. São imprestáveis para fins jurídicos, a não ser que haja manifestações uniformes de proporções razoáveis, segundo padrões estatísticos e técnico-científico consagrados. [grifo nosso]

Tais parâmetros podem ser observados para a Rodovia ES-060, quando há previsão de até **50 (cinquenta) horas por ano em limite inferior ao “D”**, conforme definido no *“Highway Capacity Manual”*. Superado esse limite, a concessionária se obriga à realização de obras de expansão, sem acréscimo tarifário, valendo-se do incremento da receita de pedágio decorrente do aumento do número de veículos utilizando o sistema (Cláusula XVI, item 7).

Não obstante, como observado anteriormente, esses indicadores não foram adotados para a Terceira Ponte, por força de expressa determinação contratual, na Cláusula XVI, item 5, o que representa um contrassenso em relação ao exposto. A uma, porque não se admite concessão sem a garantia de serviço adequado (artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da CF e artigo 6º, caput, da Lei nº. 8.987/1995). A duas, porque não há como aferir a adequação do serviço diante da ausência de critérios objetivos para tanto (artigo 23, inciso III, da Lei nº. 8.987/1995).

Assim, a situação como está posta revela que a concessão do trecho relativo à Terceira Ponte constitui modelo de exploração em que há contrapartida do usuário, mas não há garantia de serviço adequado no que tange à “fluidez do tráfego”, por ausência de elementos objetivos para tal caracterização.

Tal constatação revela um desequilíbrio na correlação entre os encargos da concessionária e a retribuição dos usuários. Isso porque exige a primeira de fazer investimentos para ampliação e melhoria do sistema, mesmo diante do esgotamento de sua capacidade e do recebimento de uma contrapartida para tanto, decorrente do aumento do número de veículos em relação ao estimado na proposta comercial.

Esse cenário induz à conclusão de que há um trecho na presente concessão em que não há como garantir ao usuário serviço adequado, no que tange à “fluidez do tráfego”, por ausência de critérios objetivos no contrato para tanto. Tratando-se de exploração de rodovia, é algo inaceitável.

Isso significa que, nas condições em que o ajuste foi formalizado, assegura-se o interesse privado em detrimento do interesse público e dos usuários, uma verdadeira inversão do princípio da supremacia do interesse público.

Nesses termos, é forçoso reconhecer a **nulidade absoluta** do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, por inobservância do artigo 23, inciso III, da Lei nº. 8.987/1995, que exige a previsão de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

definidores da qualidade do serviço. Tal vício se deu, como visto, em relação ao trecho referente à Ponte Darcy Castello de Mendonça, que não apresenta elementos objetivos para qualificar a prestação de serviço adequado no que tange à fluidez do tráfego (Cláusula XVI, item 3, "f").

Por outro lado, a exigência de serviço adequado, conforme previsão constitucional, infraconstitucional e contratual, induz ao questionamento sobre a obrigação da contratada de realização, a suas expensas, de obras de ampliação do sistema submetido à concessão.

A princípio, trata-se de consectário lógico, uma vez que só é possível aos usuários alcançarem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos, se as vias em questão apresentarem condições apropriadas para o escoamento do tráfego.

Dessa forma, na medida em que ocorra a saturação de tais vias, é razoável inferir-se que a responsável por explorar o sistema deverá realizar intervenções capazes de garantir o nível de serviço originalmente pactuado. E tal deve ocorrer a custas da concessionária, com os recursos provenientes do acréscimo de veículos. É o risco do negócio, próprio das concessões.

De fato, assim previu a Cláusula XVI, itens 5, 6 e 7, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998:

5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "*Highway Capacity Manual*"; esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060;

7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior **devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário**, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, **tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial** apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO. [grifo nosso]

Não obstante, conforme mencionado anteriormente, o item 5 supracitado excluiu a Terceira Ponte da observância de critérios objetivos para a caracterização do serviço adequado, no que tange à fluidez do tráfego. Ainda que tal tenha ocorrido de forma



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

indevida, houve repercussões significativas para a presente contratação.

A primeira delas decorre da conclusão do tópico anterior: a inexistência de parâmetros objetivos no contrato no referido trecho impede a aferição da adequação do serviço. Se assim o é, também não há como exigir da concessionária, a suas expensas, a realização de obras de ampliação.

A segunda diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A proposta comercial elaborada pela licitante vencedora à época, por força de previsão editalícia, não contemplou a possibilidade de realização de obras de ampliação do trecho envolvendo a Terceira Ponte.

Ora, não havendo evidências de que a concessionária tenha concorrido para tanto, é contrário aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé exigir que ela suporte os ônus de tais medidas, sem que haja o correspondente aporte de recursos por parte do Poder Público ou do usuário (mediante pedágio).

Trata-se de verdadeira alteração do contrato, ensejando o restabelecimento da equação econômico-financeira originalmente pactuada, conforme artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº. 8.666/1993:

Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [grifo nosso]

Como se depreende da análise do dispositivo, a superveniência de fatos não previstos originalmente no contrato desequilibra a relação estabelecida entre as partes, ensejando correção. É o que ensina Marçal Justen Filho:

Reconhece-se que a equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão-somente o ângulo das retribuições. **Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições.** Idêntico raciocínio aplica-se em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das retribuições¹³⁶. [grifo nosso]

Dessa forma, exigir da Concessionária encargos não previstos no Programa de Exploração romperia com o equilíbrio inicialmente pactuado, exigindo-se a ampliação das retribuições, por meio de contrapartida do Poder Público ou dos usuários, a fim de restabelecê-lo.

Ante o exposto, conclui-se que a concessionária **não está obrigada a realizar obras de ampliação, a suas expensas, do trecho referente à Terceira Ponte.** Caso o interesse público justifique tais medidas, é necessária a contrapartida correspondente por parte do Poder Público ou dos usuários (mediante pedágio), a fim de manter a equação econômico-financeira originalmente pactuada.

Cumprе salientar, por oportuno, que a conduta omissiva do então Secretário de Transportes e Obras Públicas, que acumulava ainda as funções de Diretor-Geral do DER/ES e de Presidente da Comissão de Licitação Especial, engenheiro Jorge Hélio Leal, consistente na não inserção no contrato de cláusula que lhe era essencial, resultou no descumprimento do art. 23, III, da Lei n. 8.987/1995, constituindo também irregularidade passível de multa.

Todavia, o comportamento negligente que resultou na irregularidade apontada concretizou-se em 1998, portanto, há mais de 15 (quinze) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. 2003. p. 390.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto à inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado, no que tange à fluidez do tráfego de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça**;

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado, no que tange à fluidez do tráfego de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)**, uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 0, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Estado do Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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

6. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.6, mas o Tribunal (apesar deste e dos demais achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à alteração do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), com o objetivo de inserir critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado, no que tange à fluidez do tráfego de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça, promovendo, por outro lado, a inclusão no Quadro 5 de cronograma dos investimentos a serem realizados na Terceira Ponte (e/ou em seus arredores) que sejam tecnicamente necessários ao cumprimento de tal condição, com o necessário reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.**

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “174” ao “184” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

3.5 - Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte

174. O Relatório de Auditoria e a Instrução Técnica Conclusiva sustentam a inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Ponte Darcy Castello de Mendonça ("Terceira Ponte"), alegando a violação do princípio da supremacia do interesse público e a inobservância do artigo 23, III, Lei nº 8.987/1995.

175. Deve-se ressaltar que a cláusula XVI, item 5, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 01/1998, prevê os critérios necessários para se considerar o serviço prestado pela Concessionária como adequado no tocante a Rodovia ES-060, excluindo a mesma previsão para a Terceira Ponte, conforme se pode verificar do respectivo item:

"5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-060 que compõem o SISTEMA RODOVIA 00 SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao 'D', conforme definido no 'Highway capacity .Manual'; esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte castello de Mendonça (Terceira Ponte)." (destacou-se)

176. A Instrução Técnica Conclusiva afirma que "não há qualquer obrigação contratual no sentido de realização de obras de expansão e melhorias da Terceira Ponte". Torcendo e distorcendo as alegações apresentadas pela RODOSOL, conclui assegurando que tal posição "restou incontroversa entre a empresa concessionária" (fls. 24.917).

177. No entanto, o Corpo Técnico desse e. Tribunal de Contas, que ficou responsável pela análise do contrato, não se atentou a um relevante ponto: os parâmetros acima foram fixados para a ES-060 com a finalidade de se aferir a necessidade de sua expansão, que se daria por meio das obras previstas contratualmente, a serem realizadas pela RODOSOL.

178. Com efeito, no caso da Terceira Ponte, não se utilizou o mesmo parâmetro porque sua expansão não estava prevista na concessão. Isso, por óbvio, decorre de que duplicação das vias da Terceira Ponte, ao contrário do que ocorre na rodovia, consistiria em obra de engenharia faraônica, a qual não foi prevista no contrato.

179. Não se pode dizer, por outro lado, que não há critério para averiguar a adequação do serviço prestado pela RODOSOL. Como mencionado, inclusive pela própria ITC 308/2015, a própria Lei 8.987/95 define o que seria um serviço adequado, dispondo que "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (art. 6º, § 1º).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

180. O Relatório de Auditoria afirma que "há previsão de nível de serviço para a Rodovia ES-060, mas não há para a Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte). Tal fato exclui este trecho da obrigação de realização de obras de expansão e melhoria do sistema, à custa da contratada" (fls. 10.414).

181. Note-se que, a fundamentação lançada pela Equipe de Auditoria obteve uma conclusão completamente teratológica: apenas porque, no caso da ponte, não há a previsão contratual de a Concessionária realizar a expansão da via, estaria ela desobrigada com a qualidade do serviço prestado naquele trecho.

182. Ademais, ao contrário do que afirma o Relatório de Auditoria e a Instrução Técnica Conclusiva, o contrato define claramente os critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado. O Item 3 da Cláusula XVI do Contrato de Concessão dispõe claramente acerca dos critérios objetivos de adequação do serviços, tanto na ES-060 quanto na Terceira Ponte, abarcando todos os conceitos previstos no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995.

183. Quanto à fluidez do tráfego, que alegadamente teria ficado ao olímpico oblívio, também teve seus critérios definidos no Contrato de Concessão, mais especificamente na alínea "f" do item 3 da cláusula XVI. Restou, portanto, plenamente atendido o que dispõe o art. 23, III, da Lei nº 8.987/1995.

184. Por essas razões, tendo em vista a flagrante existência de critério objetivo para aferição da adequação de todos os serviços prestados, inclusive da fluidez do tráfego, denota-se que de igual modo não há fundamento que sustente o Achado apontado pelo Relatório de Auditoria e reforçado pelo item 3.5 da Instrução Técnica Conclusiva 308/2015.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O indicativo de irregularidade, ora em enfoque, foi apontado no item 2.6 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e tratado no tópico 3.5 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24899-24925, dizendo respeito à *"inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte"*.

Ora, a irregularidade detectada diz respeito à ausência, no Edital e no Contrato de Concessão 1/98, de estipulação de critérios objetivos para a aferição da adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte (Ponte Darcy Castello de Mendonça), o que fere o princípio da supremacia do interesse público e o disposto no art. 23,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

III¹³⁷, da Lei 8.987/1995, que elenca, como cláusula essencial a todo contrato de concessão àquela relativa à previsão de “*critérios indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço*”.

Rememore-se que o Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998, em sua Cláusula XVI, item 5, traz a seguinte disposição:

5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "*Highway Capacity Manual*"; **esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte)**. [grifo nosso]

Portanto, resulta patente, uma vez que expresse no próprio contrato, que no tocante à Terceira Ponte não foram previstos critérios objetivos para a aferição do nível do serviço no que se refere à fluidez do tráfego. **Em verdade, como visto na cláusula contratual supramencionada, há previsão de nível de serviço, apenas, para a Rodovia ES-060 que, caso atingido o limite estabelecido, implicará em obras de expansão da capacidade da Rodovia ES-060, sem qualquer acréscimo tarifário, conforme estabelecem os itens 6 e 7 da Cláusula XVI do Contrato, *in verbis*:**

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a **execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060**; [grifo nosso]

7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionária, **sem qualquer acréscimo tarifário**, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como obras novas, para os efeitos da revisão tarifária prevista neste CONTRATO, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO. [grifo nosso]

Rememore-se que o Direito Brasileiro consagrou, como propósito da concessão de serviço público, a prestação de serviço adequado, contendo expressa previsão no art. 175 da CRFB/88, § 1º, e no art. 6º da Lei 8.987/95, bem como, no § 2º do art. 7º da Lei Estadual 5.720/1998.

Dessa forma, a prestação de serviço adequado, além de advir de sede constitucional, é caracterizado no § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) que lhe traz a seguinte conceituação: “*serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”.

¹³⁷ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...] omissis [...]

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Pois bem, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, na peça contestatória de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) cujas teses foram apreciadas na ITC 308/2015, argumentou, quanto ao presente indicativo de irregularidade e especificamente no tocante à fluidez do tráfego na Terceira Ponte, que ***"[...] não se pode exigir que a Concessionária cumpra determinada obrigação se, na verdade, não há nenhuma previsão contratual nesse sentido"*** (parágrafo 196 das razões de defesa da Rodosol, g.n).

Curiosamente vem agora a Concessionária Rodovia do Sol S.A, no documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), procurando descontextualizar o próprio indicativo de irregularidade, aduzir que existiriam, quanto à fluidez do tráfego, ***"[...] critérios definidos no Contrato de Concessão, mais especificamente na alínea "f" do item 3 da cláusula XVI"***.

Ora, a simples leitura do item "3" da Cláusula XVI do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.316-13.402, vol. LIX) é suficiente para que se tenha em conta que a "fluidez do tráfego" encontra-se elencada na alínea "f" como uma das condições para que se considere o serviço prestado como adequado, longe, entretanto, de trazer qualquer critério objetivo para a sua aferição. Vejamos o teor da estipulação contratual:

CLÁUSULA XVI

Do Serviço Adequado

1. A concessão da exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários.

2. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez do tráfego, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

3. Para os fins previstos neste CONTRATO, considera-se:

[...]

f) fluidez do tráfego: as boas condições de fluidez do trânsito, alcançadas pelo correto e eficiente gerenciamento dos sistemas referidos na letra "d" acima, propiciando que os usuários alcancem seus destinos de acordo com as suas programações de tempo, sem congestionamentos decorrentes de gerenciamento incorreto ou ineficiente, inclusive nas praças de pedágio e nos postos de pesagem móveis;"

Cabe novamente asseverar que parâmetros objetivos de aferição da "fluidez do tráfego" somente encontram-se previstos no que se refere à Rodovia ES-060, consoante expresso no item 5 da Cláusula XVI do Contrato, retromencionado, que exclui, como já comentado, a aplicação do critério (baseado nos níveis de serviço do "Highway Capacity Manual") ***"[...] ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte)"***.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, mas tão somente alegações infundadas e divorciadas da realidade fática lançadas pela



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Concessionária Rodovia do Sol S.A, **mantem-se, em sua totalidade, o
opinamento manifestado no item 3.5 da ITC 308/2015.**

4.11 Expedição ilegal de licença ambiental prévia

Dos Fatos/Auditoria:

O achado de auditoria, apontado pela equipe de auditoria no item 2.7 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV), relata a expedição ilegal de licença ambiental prévia nos termos seguintes:

2.7 Expedição ilegal de licença ambiental prévia [QA08]

A Lei nº. 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, em seu artigo 10, estabeleceu a necessidade de **prévio licenciamento** para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de **causar degradação ambiental**.

Algum tempo depois, a Resolução CONAMA nº. 1/1986, que estabelece as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da **Avaliação de Impacto Ambiental** como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, dispôs, no seu artigo 1º, o conceito de “*impacto ambiental*”:

Artigo 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se **impacto ambiental** qualquer **alteração das propriedades** físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II - as atividades sociais e econômicas;
- III - a biota;
- IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V - a qualidade dos recursos ambientais. [grifo nosso]

E, em seu artigo 2º, vinculou o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente à elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA:

Artigo 2º. Dependerá de elaboração de **estudo de impacto ambiental** e respectivo **relatório de impacto ambiental - RIMA**, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

- I - **Estradas de rodagem** com duas ou mais faixas de rolamento;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

[...] [grifo nosso]

Por sua vez, o Decreto nº. 99.274/1990, que regulamentou a Lei nº. 6.902/1981 (que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental) e a Lei nº. 6.938/1981 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), disciplinou o licenciamento prévio previsto nesta última, preconizando, em seu artigo 19, o seguinte:

Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes **licenças**:

I - **Licença Prévia (LP)**, na **fase preliminar do planejamento de atividade**, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo;

II - **Licença de Instalação (LI)**, autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e

III - **Licença de Operação (LO)**, autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação. [grifo nosso]

A Resolução CONAMA nº. 237/1997 incorporou as várias etapas do licenciamento ambiental oriundas do Decreto nº. 99.274/1990, do seguinte modo:

Art. 8º. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade [grifo nosso].



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Localmente, a Lei Estadual nº. 4.701/1992, que dispõe sobre a obrigatoriedade de todas as pessoas, físicas e jurídicas, garantirem a qualidade do meio ambiente, da vida e da diversidade biológica no desenvolvimento de sua atividade, assim como corrigir ou fazer corrigir às suas expensas os efeitos da atividade degradadora ou poluidora por ela desenvolvida, determinou, em seu artigo 74 e seguintes:

Art. 74. O Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA é instrumento de análise de processos, métodos, obras ou atividades que possam causar significativa poluição ou degradação ambiental, tendo como objetivo deferir ou indeferir o licenciamento requerido bem como, de análise de planos, programas e projetos governamentais, de qualquer nível, visando fazer a adequação dos mesmos à preservação, conservação, proteção e melhoria do meio ambiente.

§ 1º. O estudo referido no caput deste artigo deverá abranger a área do possível impacto ambiental do projeto ou dos planos ou programas e projetos, inclusive a bacia hidrográfica e contemplar todas as alternativas tecnológicas e locacionais, explicitando as razões da escolha indicada.

§ 2º. Os impactos ambientais do projeto deverão ser analisados através de identificação, previsão de magnitude e interpretação de importância dos prováveis impactos relevantes discriminando os impactos positivos e negativos (benefícios e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes, seu grau de reversibilidade, suas propriedades cumulativas e sinérgicas, a distribuição de ônus e benefícios sociais, e levantamento, transcrição dos textos e análise da legislação aplicável à área territorial que e à natureza da atividade ou obra pretendida.

§ 3º. O Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA, indicará as medidas preventivas saneadoras, mitigadoras e/ou compensatórias dos impactos negativos, entre elas, os equipamentos de controle de poluição e sistemas de tratamento de efluentes, estabelecendo os planos e programas específicos, com os respectivos prazos e recursos necessários para a sua implantação.

§ 4º. O Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA será realizado por equipe multidisciplinar habilitada, composta por pessoas não dependentes direta ou indiretamente da requerente do licenciamento e não podendo dela participar servidores públicos pertencentes aos órgãos da administração direta e indireta do Estado.

Art. 75. Dependerá da elaboração de **Estudo Prévio de Impacto Ambiental –EPIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA** a serem submetidos à apreciação de órgão estadual competente o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I – **estrada de rodagem** com uma ou mais faixas de rolamento;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

[...]

Art. 76. O **Relatório de Impacto Ambiental – RIMA** refletirá as conclusões do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA e visa transmitir informações fundamentais do mencionado estudo, através de linguagem acessível a todos os segmentos da população, de modo que possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como, todas as consequências ambientais de sua implementação.

[...]

Art. 79. A **Declaração de Impacto Ambiental – DIA**, será obrigatória em todos os casos de licenciamento para obras ou atividades que possam causar degradação ambiental, **não abrangidas pela exigência de EPIA**. [grifo nosso]

Por fim, o legislador ordinário, preocupado com a questão ambiental, fez constar da Lei de Licitações, nº. 8.666/1993:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o **adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento**, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

[...]

VII - impacto ambiental.

Assim, em linhas gerais, para cada etapa do processo de licenciamento ambiental tem-se uma licença adequada:

- a) No planejamento da obra: a Licença Prévia;
- b) Na construção da obra: a Licença de Instalação; e
- c) Na operação ou funcionamento: a Licença de Operação.

No caso da Licença Prévia, para sua obtenção, em linhas gerais, o interessado deve encaminhar solicitação ao órgão ambiental competente, ainda na fase preliminar de planejamento do empreendimento. O órgão ambiental, ao receber a solicitação, vistoria o local onde será implantado o empreendimento e fornece os termos de referência para os estudos ambientais.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O empreendedor apresenta os estudos ambientais ao órgão ambiental, que os analisa e emite parecer conclusivo, deferindo ou indeferindo o pedido de licença prévia. De posse da licença prévia, o projeto básico é elaborado pelo empreendedor com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, conforme previsto no artigo 6º, inciso IX, da Lei nº. 8.666/1993, já transcrito.

Concluído o projeto básico, inicia-se o procedimento licitatório, conforme previsto no artigo 7º, § 2º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993.

No que diz respeito ao caso concreto em exame, nota-se, a partir da análise do material apresentado, que houve, em 6 de março de 1997, um **requerimento de Licença de Localização (Prévia)**, feito pela Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETR à Secretaria de Estado para Assuntos de Meio Ambiente, conforme fls. 4988 deste Processo TC 5591/2013, referente ao licenciamento da duplicação da Rodovia do Sol, construção do Contorno de Guarapari e interligação da Terceira Ponte.

Seguiu-se então reunião, realizada em 11 de julho de 1997, na qual estiveram presentes Juscelino Alves, Maria Thereza R. Murad, Eva Evangelista dos Santos, estes da Coordenação de Controle Ambiental, e Dalva Vieira de Souza Ringuier, da CEARC, reunião esta da qual se produziu Ata, donde se registrou:

1 – Em relação a este tópico [**Duplicação da Rodovia do Sol**], a equipe entende que **há possibilidade de licenciamento, dispensando apresentação de EIA/RIMA** porém ressalta a necessidade de **elaboração de um diagnóstico ambiental muito bem fundamentado**, com identificação dos impactos e medidas mitigadoras desses impactos, **uma vez que o estudo apresentado é muito superficial**¹³⁸.

2 – Quanto a este tópico [**Construção do Contorno de Guarapari**], ficou definido a **necessidade de apresentação de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório (RIMA)**, em atendimento à Resolução CONAMA nº. 1/1986, **considerando que a área a ser atingida inclui diversos ecossistemas considerados frágeis sob o aspecto ambiental, e que serão altamente impactados com o empreendimento**¹³⁹. [grifo nosso]

No mesmo sentido, foi detectado o Parecer Técnico de 28 de julho de 1997, subscrito por Juscelino Alves dos Santos, Engenheiro Civil/SEAMA/CCA, no qual se pode ler:

CONCLUSÃO:

¹³⁸ Tal diagnóstico não foi encontrado por nós dentre o material enviado.

¹³⁹ Processo TC 5591/2013. fls. 4998-5000.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O empreendimento deve ser interpretado como **dois projetos distintos**:

- Duplicação da Rodovia do Sol;
- e **Construção do Contorno de Guarapari**, cujo requerimento de licença deverá ser feito **em separado**.

Para **Duplicação e melhoramentos da Rodovia do Sol**, a elaboração de um **Diagnóstico Ambiental** detalhado considerando os pontos críticos, **poderá permitir o licenciamento das obras**;

- No que se refere à construção da Rodovia do **Contorno de Guarapari**, é **indispensável**, a realização do **Estudo de Impacto Ambiental e respectivo RIMA**, para que se possa **analisar a possibilidade de licenciamento do empreendimento**¹⁴⁰. [grifo nosso]

Ainda nessa linha, de análise em separado, há despacho de Lincoln de Miranda Carvalho Neto, Coordenador de Controle Ambiental da SEAMA, de 21 de novembro de 1997, registrando:

Baseado no Parecer Técnico da equipe que analisou o empreendimento, as fls. 13 e 14, seguem as **condicionantes elencadas para liberação da Licença de Localização (LL)**.

I – Trecho 1 (**Duplicação da Rodovia do Sol**)

1 – A empresa deverá apresentar à esta Secretaria **Diagnóstico de Impacto Ambiental** 90 dias antes do pedido de Licença de Instalação,

2 – O referido diagnóstico deverá atender às diretrizes estabelecidas no Decreto 3735, Sistema de Licenciamento de atividades poluidoras.

II – Trecho 2 (Estrada do **Contorno da Cidade de Guarapari**)

1 – Apresentar **Estudo** (Ambiental), digo, de **Impacto Ambiental (EIA)** e o [sic]

3) O passivo ambiental ao longo de toda a estrada e na sua área de influência direta deverá ser avaliado com proposta de medida compensatória.

4) A faixa de domínio da Rodovia deverá ser respeitada ao longo de todo o seu traçado.

5) Os custos referentes as condicionantes III.1, III.2 e III.3 [sic] deverão fazer parte das planilhas de custos do projeto e não poderão ser transferidas para qualquer outro serviço¹⁴¹. [grifo nosso]

Assim, as condicionantes para liberação da Licença de Localização seriam em número de 5 (*cinco*), e referentes apenas

¹⁴⁰ Processo TC 5591/2013. fls. 5001-5002.

¹⁴¹ Processo TC 5591/2013. fls. 5003-5004.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ao Trecho 1, Duplicação da Rodovia do Sol, pois, conforme registrado no Parecer Técnico, o pedido de Licença de Localização para a Construção do Contorno de Guarapari deveria ser providenciado em separado. Assim, as condicionantes seriam:

1. A empresa deverá apresentar a esta Secretaria **Diagnóstico de Impacto Ambiental** 90 dias antes do pedido de Licença de Instalação;
2. O referido diagnóstico deverá atender às diretrizes estabelecidas no Decreto 3735, Sistema de Licenciamento de atividades poluidoras;
3. O passivo ambiental ao longo de toda a estrada e na sua área de influência direta deverá ser avaliado com proposta de medida compensatória;
4. A faixa de domínio da Rodovia deverá ser respeitada ao longo de todo o seu traçado; e
5. Os custos referentes às condicionantes 1, 2 e 3 deverão fazer parte das planilhas de custos do projeto e não poderão ser transferidas para qualquer outro serviço.

Muito embora, do exposto acima, tenha ficado claro, sob o ponto de vista técnico, a necessidade de se produzir Diagnóstico de Impacto Ambiental para a duplicação da Rodovia do Sol e Estudo Prévio de Impacto Ambiental para a construção do Contorno de Guarapari, tais exigências não foram mantidas, ao final. Veja-se o Ofício PRE/LIC nº. 11/1997, de 23 de outubro de 1997, expedido pelo Presidente da Comissão Especial de Licitação, engenheiro Jorge Hélio Leal, e endereçado à Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente – SEAMA:

Apresentamos a V.S^a., estudo realizado, referente ao **anteprojeto de diagnóstico ambiental do Contorno de Guarapari**, estudo este, integrante do Edital de Concorrência para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060).

Com relação a **duplicação da Rodovia do Sol**, tanto no trecho Barra do Jucu – Setiba, como no trecho Praia de Graçaí – Meaípe, informamos que a mesma se desenvolverão [sic] dentro dos limites da faixa de domínio da Rodovia, sob responsabilidade deste DER/ES.

Desta forma, **conforme entendimentos mantidos, solicitamos seja providenciada a competente Licença de Localização**¹⁴².
[grifo nosso]

O anteprojeto de diagnóstico ambiental do Contorno de Guarapari, citado pelo senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação, é o que se encontra acostado às fls. 3070 a 3357 deste Processo TC 5591/2013, datado de 28 de novembro de

¹⁴² Processo TC 5591/2013. fls. 5018.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

1996. Lembre-se que o diagnóstico requisitado pela análise técnica seria referente à duplicação, e não ao contorno. Quanto a este, a análise técnica apontava a imprescindibilidade do EIA/RIMA.

Note que o engenheiro Jorge Hélio Leal cita “*entendimentos mantidos*” com a SEAMA, mas dos quais não se fez registro algum.

Pois bem, em 8 de janeiro de 1998, reunião registrada em Ata da qual participaram apenas a senhora Marialva Lyra da Silva, Coordenadora de Controle Ambiental da SEAMA, e o engenheiro Jorge Hélio Leal, teve o seguinte desfecho:

Fica acordado que a SEAMA emitirá declaração constando, que o empreendimento é passível de Licenciamento Ambiental;

A Secretaria de Transporte e Obras Públicas deverá apresentar à SEAMA, proposta de Termo de Referência, 30 (trinta) dias após abertura do edital de Concorrência de Concessão da Rodovia ES-060 Trecho Vitória – Meaípe.

A SEAMA informa que o Termo de Referência será avaliado por este órgão e após aprovação deste, o empreendedor estará autorizado a elaboração do EIA/RIMA.

Fica acordado também que o empreendedor fará a publicação em jornal de grande circulação/diário oficial; solicitando, digo, informando ao público o pedido de Licença de Localização feito a esta Secretaria.

PS: A apresentação do Termo de Referência será de responsabilidade da firma vencedora do Edital de Concorrência¹⁴³.

E assim foi feito, já que em 19 de janeiro de 1998 a SEAMA expediu a seguinte Declaração nº. 1/1998:

Declaramos para os devidos fins que a obra de duplicação da Rodovia do Sol, construção do Contorno de Guarapari e interligação da Terceira Ponte – Av. Carlos Lindenberg, é passível de licenciamento ambiental.

Entretanto, para que possamos dar continuidade ao processo de licenciamento ambiental, faz-se necessário a apresentação do Termo de Referência relativo ao Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental, que deverão ser elaborados após a aprovação do referido Termo, por esta SEAMA¹⁴⁴. [grifo nosso]

Em continuidade, a SEAMA expediu a Licença de Localização nº. 5/1998, em 14 de abril de 1998, vide fls. 5017 deste Processo TC 5591/2013, autorizando a Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas a exercer a atividade de “*Duplicação da Rodovia do Sol (ES-060) e Construção do*

¹⁴³ Processo TC 5591/2013. fls. 5006-5007. Note a incompatibilidade entre este parágrafo e o segundo parágrafo citado

¹⁴⁴ Processo TC 5591/2013. fls. 5014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

*Contorno de Guarapari, e da interligação da Terceira Ponte”, **sem que nenhuma análise de impactos ambientais fosse efetivada por parte do órgão licenciador estadual**, fato este que se manteve imutável até a data de início do certame, ou seja, 20 de outubro de 1998.*

No corpo da própria Licença de Localização constava que deveriam ser observadas as condicionantes no verso discriminadas e, vide fls. 5153 deste Processo TC 5591/2013, foi apresentado despacho no qual se registrou a existência de 5 (*cinco*) condicionantes, que teriam sido cumpridas. As condicionantes, diversas das constantes do despacho do senhor Lincoln de Miranda Carvalho Neto, a qual nos referimos linhas atrás, são as seguintes:

1. Deverá ser apresentada proposta de Termo de Referência para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), 30 dias após a efetiva concessão da Rodovia ES 060 trecho Vitória-Meaipe; (destacamos)
2. As obras de duplicação e construção da Rodovia do Sol, trecho Vitória-Meaipe, só poderão ser iniciadas após a aprovação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) pela SEAMA e deferimento pelo CONSEMA;
3. Apresentar folha de publicação em jornal de grande circulação ou no Diário Oficial do Estado, tornando pública a obtenção da Licença de Localização, fazendo cumprir a legislação vigente. Prazo: 30 dias;
4. Apresentação obrigatória da Licença expedida pelo Órgão Ambiental, sempre que a atividade for vistoriada;
5. Requerer Licença de Instalação junto à SEAMA, antes do início das obras e/ou atividade de implantação, ou renovação desta, 30 (trinta) dias antes do seu vencimento¹⁴⁵.

Assim, o Estudo de Impacto Ambiental foi transferido para momento posterior à licitação.

Ora, **a transferência da apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para momento posterior à concessão da licença prévia é ilegal**, já que ato administrativo em desacordo com a legislação, mormente com o artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal; o artigo 2º, inciso I, da Resolução CONAMA nº. 1/1986; e o artigo 75, inciso I, da Lei Estadual nº. 4.701/1992.

A ALES, quando da elaboração do Relatório Final da CPI da RODOSOL, em 07 de junho de 2004, já havia registrado tal ocorrência. Veja:

8.9 – INEXISTÊNCIA DE ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL

¹⁴⁵ Processo TC 5591/2013. fls. 1287 (verso).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

INEXISTÊNCIA DE ESTUDOS PRÉVIOS DE IMPACTO AMBIENTAL

A **Constituição Federal**, em seu Art. 225, § 1º, inc. IV, exige, para licenciamento de atividades ou empreendimentos de significativo impacto ambiental, a elaboração de estudos prévios de impacto ambiental (e respectivo relatório de impacto ambiental) – EIA/RIMA.

O ato administrativo de concessão da Licença Ambiental subordina-se, integralmente, ao disposto na norma geral, **Lei 6.938/81** de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente; seu regulamento, o **Decreto 99.274/90** e a **Resolução 237/97 do CONAMA** – Conselho Nacional do Meio Ambiente (todas com caráter de norma geral), nos seguintes termos:

Aplica-se às “estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento” a exigência da elaboração prévia ao licenciamento ambiental, de EIA/RIMA, nos termos do **Art. 2º da Resolução 01/86 do CONAMA**.

As obras da Rodovia do Sol estavam previstas no Edital de Licitação 01/2002, da Secretaria dos Transportes e Obras Públicas/Departamento de Estrada e Rodagem – DER, o qual continha, como anexos específicos os Projetos Básicos e Diagnóstico Ambiental [Anexo III, Vol. V], os Projetos básicos e especificações técnicas (pág. 1947, vol. 11) e os Projetos de engenharia exigidos para as duas etapas do licenciamento, sendo:

I – Duplicação da Rodovia do Sol e Melhoramentos e Reabilitação da Rodovia – que incluía informações sobre a interligação Viária da Ponte Castello Mendonça com a Av. Carlos Lindenberg.

II – Contorno de Guarapari

Entretanto, o **Diagnóstico Ambiental** apresentado como **anteprojeto** e incluído como anexo ao edital, embora tenha tido cuidados e preocupações com as questões ambientais que envolviam a realização das obras da Rodovia do Sol, é do ponto de vista legal **documento inadequado para o licenciamento e para a concessão pública**, pois, tanto para obtenção do licenciamento ambiental, quanto para a celebração do contrato de concessão, a **exigência legal é de elaboração de EIA/RIMA** e não Diagnóstico Ambiental.

Sendo assim, chega-se à conclusão inevitável de que **a substituição daquele por este foi ilegal**, contrariando integralmente as normas reguladoras da matéria.

Com efeito, considerando-se que a Concessão da Rodovia do Sol teve como objetivo a realização de obras públicas, aplica-se à mesma, além da norma geral da lei de concessões Lei 8.987/95, as **normas da Lei 8.666/93**, que regulam as licitações e contratos da Administração Pública.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Tornou-se, portanto imperativo legal a observância de vários preceitos emanados da Lei 8.666/93, a começar do artigo 7º que impõe a prévia realização de um projeto básico, tema já abordado em tópico autônomo, e especialmente a prescrição legal inserida no Art. 12 que estabelece:

“Art. 12 – Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

VII – impacto ambiental.”

Portanto, quanto às questões ambientais que envolvem a Concessão da Rodovia do Sol, a Comissão Parlamentar de Inquérito, após detido exame e apuração dos fatos, concluiu relativamente a este item que **a primeira da série de irregularidades comprovadas foi a substituição ilegal do requisito “impacto ambiental”** (cuja elaboração deveria se dar mediante estudos de impacto ambiental), o qual deveria constar do projeto básico das obras, **pelo anteprojeto de diagnóstico ambiental**.

Trata-se de flagrante desrespeito às normas legais, ensejando **nulidade do processo de concessão** em face da inafastável obrigatoriedade do Poder Público em atender ao **princípio da legalidade**, conforme exige o **Art. 37 da Constituição Federal**.

[...]

9.6. IRREGULARIDADES NA ELABORAÇÃO DO EIA/RIMA DA 1ª E DA 2ª ETAPAS

1) Irregularidade na Concessão da Licença de Localização – LL 005/98, sem Exigência Prévia de EIA/RIMA

O Processo para licenciamento ambiental das atividades da RODOSOL, iniciado em 07/03/97 na Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente – SEAMA, recebeu o número 154/97, tendo como atividades: duplicação da Rodovia do Sol (ES-060), construção do Contorno de Guarapari e da Interligação Terceira Ponte – Av. Carlos Lindenberg. A equipe técnica designada para análise do processo entendeu:

“o empreendimento deve ser interpretado como dois projetos distintos – duplicação da Rodovia do Sol (1) e construção do Contorno de Guarapari, cujos requerimentos de licença deverão ser feito em separado (2)”.

Já foi observado anteriormente que o licenciamento ambiental tem regramento próprio e bem definido, com normas claras tanto em nível constitucional como em nível de legislação ordinária, onde o licenciamento de empreendimentos causadores de significativos impactos ambientais devem ser precedidos da elaboração de EIA/RIMA.

No entanto, **em 14 de abril de 1998, conforme consta da página 8.181 dos autos, a SEAMA expediu a Licença de Localização – LL Nº. 005/98 para duplicação da Rodovia do**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Sol (ES-060) e Construção do Contorno de Guarapari e interligação da Terceira Ponte, com as seguintes condicionantes: [grifo nosso]

A) Deverá apresentar **proposta do Termo de Referência** para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), 30 dias após a efetiva concessão da Rodovia do Sol ES 060 trecho Vitória Meaípe;

B) – As **obras** de duplicação e construção da Rodovia do Sol, trecho Vitória Meaípe, **só poderão ser iniciadas após aprovação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA)** pela SEAMA e deferimento pelo CONSEMA.

Há entre os especialistas de direito ambiental fartas fundamentações advertindo quanto ao risco e as consequências jurídicas prejudiciais que podem advir da inobservância das normas legais aplicáveis ao processo de licenciamento ambiental.

Veja-se a título exemplificativo a lição de Geraldo Mário Rohde (Revista de Direito Ambiental, nº 9, jan/mar-1998, p. 124) que assevera:

“Tendo em vista que se deve, sem dúvida resguardar a legalidade do processo de licenciamento ambiental por meio do EIA/RIMA, tem-se que um aspecto decisivo é o ‘momento de realização’ (Capelli, 1992) deste estudo e seu relatório final: **‘o EIA deve ser elaborado em momento prévio ao licenciamento e deve anteceder à licença prévia, pois com ela pode ser incompatível’**. Suponhamos que a equipe técnica do órgão licenciador considere inadequada a localização do empreendimento, opinando pela utilização de alternativa locacional existente no EIA. O deferimento da licença prévia, anteriormente ao julgamento do EIA/RIMA seria incompatível com a conclusão do órgão licenciador”. [grifo nosso]

Com efeito, **a Licença de Localização – LL nº. 005/98 é flagrantemente ilegal, pois deveria ser precedida da exigência de elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA/RIMA**, conforme a legislação retro citada. Lamentavelmente, neste e em outros itens atinentes às questões ambientais há prova inequívoca de que a administração pública estadual através dos seus agentes, alguns dos quais serão nominados ao final, fez menoscabo do princípio constitucional da legalidade (Art. 37, caput da Lei Maior).

Ora, licenças expedidas sem observância do regramento das normas legais aplicáveis ao licenciamento caracterizam, em tese, **crime contra a administração ambiental, previsto no Art. 67 da Lei 9.605/98**, a saber:

“Art. 67 – **Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais**, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público: Pena –



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposos, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa”.

Assim, a Licença Prévia (LL nº. 005/98) expedida sem a exigência de elaboração prévia de EIA/RIMA e sem análise do mesmo pela SEAMA, nesta fase é irregular, por contraria o regramento já citado anteriormente, constituindo-se, portanto em **ato ilegal, passível de anulação**, devendo o servidor/dirigente da SEAMA responsável pela concessão da mesma responder pela modalidade criminosa prevista no Art. 67 da Lei 9.605/98.

A Comissão constatou a **ausência de parecer jurídico** (Volume 43 – páginas 8151 a 8181) que desse sustentação à concessão da referida licença, **tendo o ex-dirigente da SEAMA, Sr. Jorge Alexandre da Silva, assinado a LL 005/98 e assumido de modo pessoal a concessão da licença sem observância da legalidade para tal.**

[...] ¹⁴⁶ [grifo do original]

Bem por isso, a impetração por parte do Ministério Público Estadual da Ação Civil Pública, Processo nº. 024980193312, em 12 de novembro de 1998, na qual se aborda a ausência de estudo prévio de impacto ambiental. Veja-se:

II – A FALTA DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL e RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (EPIA/RIMA)

Tanto a Lei Maior, como a Constituição do Estado do Espírito Santo e a Lei Orgânica do Município de Vila Velha e a Lei de Licitações, exigem, textual e assim, quadruplamente, a realização do EPIA – Estudo Prévio de Impacto Ambiental, que deve ser previamente aprovado, ou seja, antes do início da obra a ser concedida. Assim, **a realização do EPIA deve preceder ao processo licitatório antes mesmo de se cogitar a concessão.**

Vejamos:

“Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV – Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

(Constituição Federal).

¹⁴⁶ Processo TC 5591/2013. fls. 701 e ss.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A Constituição Estadual é, como convém, igualmente explícita:

“Art. 187 – Para a localização, instalação, operação e ampliação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, será exigido relatório de impacto ambiental, na forma da lei que assegurará a participação da comunidade em todas as fases de sua discussão.

[...]

§ 3º A análise do relatório de impacto ambiental relativa a projetos de grande porte será realizada pelo órgão público competente e submetida à apreciação da comissão permanente e específica da Assembléia Legislativa, devendo ser custeada pelo interessado, proibida a participação de pessoas físicas ou jurídicas que atuaram na sua elaboração.”

Ainda, a Lei Orgânica do Município de Vila Velha:

“Art. 198 – Para o licenciamento de localização, instalação, operação e ampliação de obras ou atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente o Município exigirá estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, assegurando a participação da comunidade em todas as fases de sua discussão.”

Evidencia-se assim, que a cláusula de Ampla Defesa do meio ambiente, além do *Due Process of Law* se acha assegurada pela Lei Maior, cânone quinto, postulados LIV e LV.

Da mesma forma a Resolução n.º 1 de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, em vigor, dispõe:

“Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental – RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente e da SEMA, em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I – ESTRADAS DE RODAGEM COM DUAS OU MAIS FAIXAS DE ROLAMENTO... XV – Projetos urbanísticos, acima de 100 ha, ou em áreas consideradas de relevante interesse nacional a critério da SEMA e dos órgãos municipais”...

Contudo, conforme se constata do próprio Edital, nenhum desses estudos foi elaborado e apresentado para apreciação e aprovação por quem de direito.

Através do EPIA tem-se ainda, “o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa... considerando... o meio sócio-econômico – o uso e ocupação do solo... e a sócio-economia, destacando os sítios... culturais da comunidade, as relações entre a sociedade local... análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e a longo prazos, temporários e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição de ônus e benefícios sociais..." (Art. 6º itens I, c, e II, da mencionada Resolução).

O RIMA dele resultante, deve ser apresentado de forma objetiva e adequada à sua compreensão; as informações devem ser traduzidas em linguagem acessível, ilustradas por mapas, cartas, quadros, gráficos e demais técnicas de comunicação visual, de modo que se possa demonstrar as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências de sua implementação, tudo conforme o art. 9º itens I, II, III, IV, V, VIII e § único da já mencionada Resolução do Conselho Nacional Ambiental, órgão que detém o poder normativo conferido pelo art. 8º inc. I da Lei 6938/81.

Nada disso, entretanto, foi observado pelo Poder Concedente ANTES de dar início ao processo de licitação da obra, negando à questão ambiental a devida importância.

O Edital apenas alude ao EPIA/RIMA quando atribui a responsabilidade por sua futura elaboração e aprovação à Concessionária, portanto somente depois de encerrado o processo licitatório. Isto contraria o art. 15, § 2º que prevê: "O poder concedente recusará propostas manifestamente inexecutáveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação".

Não convém discutir, nesta oportunidade, a viabilidade da ampliação da Rodovia do Sol, do ponto de vista ambiental. A matéria deverá obrigatoriamente ser analisada no Estudo Prévio de Impacto Ambiental. **O que é inadmissível é a dispensabilidade do EPIA/RIMA, pois caracteriza flagrante violação a preceitos constitucionais e à legislação infra constitucional vigente.**

A toda evidência, também foram afrontados os dispositivos sediados Lei 8.666/93, especificamente em seus arts. 6º e 7º:

"ART. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

IX – Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

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

I – projeto básico;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

II -

III -

§ 1 -

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

I – houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório”;

Como se vê, o projeto básico deve estar devidamente aprovado antes do processo licitatório, de modo a oportunizar seu exame pelos interessados (art. 7º, § 2º, I), o que não ocorreu.

Nesse sentido, assim se pronunciou a Egrégia Corte de Contas do Estado de São Paulo, destacando a exigência constitucional do EPIA, conforme o citado art. 225 § 1º, do Diploma Maior, que confere ao Judiciário inclusive, o Poder-Dever de agir de pronto para efetividade do citado direito constitucional, exigindo o mesmo EPIA aprovado para toda e qualquer licitação de obras em rodovias, “verbis”:

“Inquestionável exigência prévia, a solução do problema do impacto ambiental... **Questão preliminar e prejudicial, que antecede tudo é o EIA-RIMA...** em qualquer situação como esta, sempre prevalecerá a exigência prévia do EIA/RIMA... **tem que ser parte integrante da licitação... Qualquer alteração do contrato em decorrência da questão ambiental alterará o equilíbrio econômico-financeiro... eventual alteração afeta o objeto da concessão, altera objeto e valor.** O sistema Ananhanguera-Bandeirantes é problemático em matéria ambiental, tem suscitado discussões públicas, polêmicas e ações judiciais. **Sem aprovação do tratamento do impacto ambiental, a rigor não há o que licitar...** não inibirá, o Tribunal, no futuro, e no momento oportuno, de analisar a licitação e o contrato decorrente para a concessão... terá ampla liberdade de apreciação sobre todas as demais matérias que abrangem tanto a licitação, quanto o contrato...”

(Conselheiro Revisor ANTONIO ROQUE CITADINI, TCSP 5733/026/96 – Concorrência Internacional, Sistema Anhanguera-Bandeirantes, págs. 5/6.)¹⁴⁷

Desse modo, **a licença prévia existia e foi obtida em momento anterior ao da data da licitação:** a Licença em 14 de abril de 1998 e o certame em 20 de outubro de 1998. **Todavia, sua expedição foi irregular,** como demonstrado anteriormente, já que carente da análise ambiental prévia.

Ante todo o exposto, observou-se que **a Licença Prévia, aqui chamada de Licença de Localização, foi concedida com descumprimento dos requisitos legais,** na medida em que se

¹⁴⁷ Processo TC 5591/2013. fls. 3550 e ss.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

transferiu a análise ambiental para momento posterior ao certame licitatório (produção e avaliação do EPIA/RIMA), em flagrante desrespeito aos ditames do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, do artigo 2º, inciso I, da Resolução CONAMA nº. 1/1986; e do artigo 75, inciso I, da Lei Estadual nº. 4.701/1992, que estabelecem a produção e análise prévia de estudos ambientais, sobretudo para empreendimentos deste tipo.

Aponta-se como responsáveis pela irregularidade descrita a senhora Marialva Lyra da Silva – Coordenadora de Controle Ambiental da SEAMA, por ter firmado acordo, em nome da SEAMA, com o senhor Jorge Hélio Leal, então Diretor-Geral do DER/ES, postergando a elaboração e análise do EPIA/RIMA; e o Senhor Jorge Alexandre da Silva – Secretário de Estado para Assuntos do Meio Ambiente à época, autoridade subscritora da Licença de Localização nº. 5/1998 na qual se ratifica a postergação de análise irregular.

Todavia, observe que a Licença de Localização foi expedida em 14 de abril de 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal 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**.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “185” ao “187” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3. 6 - Expedição ilegal de licença ambiental prévia

185. Ainda que a Concessionária não tenha sido intimada a responde (sic) este "Achado", apenas para fins de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

contextualização, veja-se que a RODOSOL sempre contou com todas as licenças para executar suas obrigações, de acordo com o artigo 10, da Lei nº 6.938, de 31.8.81, e com os arts. 2º e 3º da Resolução CONAMA nº 237, de 19.12.97, como comprova, ainda, o parecer técnico anexo (fls. 14.652/14.657).

186. A concessionária solicitou e obteve as seguintes licenças: Licenças de Localização (LL 005/98), em nome da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, de 14.4.08; Licença de Instalação 091/00, de 13.12.00; Licenças de Operação do Contorno de Guarapari - Licença de Operação Provisória 03/03, de 14.4.03 e Licença de Operação Provisória 06/03, de 11.7.03.

187. Além disso, elaborou Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), submetido à audiência pública e tendo sido aprovado pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente, que ensejou a emissão da Licença de Instalação nº 091/00, de 13.12.00.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade, referente à “*expedição ilegal de licença ambiental prévia*”, encontra-se indigitado no item 2.7 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e foi analisado no tópico 3.6 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24925-24941.

Destaque-se que a inconsistência refere-se à expedição ilegal de licença prévia, em decorrência da ausência de análise ambiental **prévia** da duplicação da Rodovia do Sol, construção do Contorno de Guarapari e interligação da Terceira Ponte, em afronta ao disposto no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, artigo 2º, I, da Resolução Conama 1/1986 e o artigo 75, I, da Lei Estadual 4.701/1992.

A responsabilidade pelo ato irregular foi atribuída, pela equipe de auditoria, ao senhor Jorge Hélio Leal, então Diretor-Geral do DER/ES, em razão de ter postergado a elaboração e análise do Eia/Rima, bem como à 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 ao 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.

Cumpra registrar, mais uma vez, que ao confeccionar o Relatório de Auditoria 10/2014, elaborando os termos do achado de auditoria ora apontado, **a equipe de auditoria não sugeriu a citação de quaisquer responsáveis, já que pugna pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva dos responsabilizados**, omitindo-se quanto a do senhor Jorge Alexandre da Silva. Também não foi proposta, como encaminhamento, qualquer notificação a possíveis interessados no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

deslinde do presente indício de irregularidade, diferentemente dos demais achados constantes no relatório.

Repise-se que a Instrução Técnica Inicial acatou integralmente as sugestões contidas no Relatório de Auditoria, reiterando a prescrição dos responsabilizados, porém, incorreu na omissão perpetuada pelo relatório de auditoria ao não sugerir a prescrição da pretensão punitiva em face do senhor Jorge Alexandre da Silva. Atento a tal fato, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas elaborou o despacho às fls. 24571/24572 (Vol. CXI) alertando para a falta da proposta de declaração da prescrição da pretensão punitiva do responsabilizado faltante.

Nesse passo anotou-se na ITC 308/2015 (fls. 24939-24940) que:

Conforme aventado, não houve a citação nem a notificação de quaisquer pessoas ou entidades. Desta forma, não há nos presentes autos manifestação contrapondo-se ao presente achado de auditoria. Assim, resta prejudicada a realização de análise conclusiva meritória abordando possíveis argumentos em oposição ao relatado pela equipe de auditoria.

[...]

Nota-se, por oportuno, que **o achado de auditoria em tela não possui repercussão no Edital 1/98, nem tampouco no contrato dele decorrente. A expedição de licença prévia ilegal se deu em 1998, consistindo em condição *sine qua non* para o exercício da atividade objeto do contrato.** Porém, naquele momento não foi apurado a ilegalidade retromencionada, nem foram tomadas providências no sentido da regularidade da mesma, tendo sido expedidas as demais licenças de instalação e operação. Após deu-se início a execução contratual, perdurando por diversos anos.

A expedição de licença ilegal não acarreta a nulidade do contrato e tampouco há que se falar em desequilíbrio econômico-financeiro do pactuado, que são as principais consequências dos demais achados apontados. Buscou-se apenas apurar os fatos ora narrados e a responsabilização dos agentes que lhe deram causa, cuja aplicação de penalidades se mostra impossibilitada em face da prescrição suscitada no item 2.1 do Relatório de Auditoria 10/2014.

Oportunamente esclarece-se que os senhores Jorge Alexandre da Silva e Marialva Lyra da Silva eram servidores lotados na Secretaria de Estado para Assuntos do Meio Ambiente, órgão responsável à época pela expedição de licenças ambientais, em atendimento ao previsto na Lei Estadual 4.126, de 22 de junho de 1988¹⁴⁸, tendo agido ao representar aquele órgão.

Porém, cabe registrar que o Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, entidade autárquica vinculada à Seama, criado pela Lei Complementar Estadual 248¹⁴⁹, de 28 de junho

¹⁴⁸ Disponível em: <<http://www.meioambiente.es.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

¹⁴⁹ Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/antigo_portal_ales/images/leis/html/LC248.html>. Acesso em: 15 ago. 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

de 2002, passou a ser, desde sua criação, o responsável pela expedição de licenças ambientais conforme disposto no inciso IV do artigo 5º¹⁵⁰ da mencionada lei de criação. Porém, não foi a entidade responsável pela prática do ato ilegal nem tampouco os responsáveis que agiram sob o manto de sua representação. Resta, portanto, incabível a expedição de determinação ao gestor da Seama para dar cumprimento à lei, já que não é mais o órgão competente para a emissão de licença ambiental.

Pelo exposto, evidencia-se no caso em tela a plena caracterização da situação descrita no caput do art. 375 do da Resolução TC 261, de 4 de junho de 2013, *in verbis*:

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

O referido artigo regimental autoriza a extinção do processo quando presentes cumulativamente os seguintes elementos: prescrição do dever de punir, inexistência de dano ao erário e de expedição de determinações ao gestor para o cumprimento da lei. Tais requisitos estão presentes e bem delineados neste achado.

Vale registrar que a extinção do processo na forma do preceituado no art. 375 da Resolução TC 261/2013, ora proposta, deverá atingir somente os ora responsabilizados e no que diz respeito à emissão de licença ambiental sem cumprimento dos preceitos legais, achado de auditoria retratado no item 2.7 do Relatório de Auditoria 10/2014.

Desta forma, com fundamento no art. 375 da Resolução TC 261/2013, opina-se pela declaração da prescrição da pretensão punitiva e a consequente extinção do processo em face dos senhores Jorge Hélio Leal, Jorge Alexandre da Silva e Marialva Lyra da Silva no que pertine ao Achado de Auditoria: “expedição ilegal de licença ambiental prévia” (g.n).

A anomalia tratada neste tópico consiste na expedição ilegal de licença ambiental prévia - ilegalidade esta decorrente da ausência de análise anterior de impactos ambientais pelo órgão licenciador estadual. Entretanto, conforme se observa do excerto supra, a própria ITC 308/2015 foi clara ao estabelecer que a inconsistência “[...] **não possui repercussão no Edital 1/98, nem tampouco no contrato dele decorrente**”. Também esclareceu a ITC 308/2015 que **“A expedição de licença ilegal não acarreta a nulidade do contrato e tampouco há que se falar em desequilíbrio econômico-financeiro do pactuado, que são as principais consequências dos demais achados apontados”**.

¹⁵⁰ Art. 5º Compete ao Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos IEMA:

[...]

IV – licenciar a localização, instalação, operação e ampliação das Atividades potencial ou efetivamente poluidoras/degradadoras, nos termos das normas legais e regulamentares em vigor;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Ora, se a anomalia ora tratada não tem o condão de acarretar a nulidade do contrato ou alterar o seu equilíbrio econômico financeiro não há que se falar em consequências para o patrimônio jurídico da Concessionária Rodovia do Sol S.A de sorte que não lhe assiste interesse-necessidade em contestar o indicativo. Ademais, alegar, como faz a Concessionária, que obteve a Licença de Localização LL 05/98 (fato já registrado no próprio RA-E 10/2014), bem como licenças posteriores datadas dos anos 2000 e 2003, não elide a irregularidade que consiste, justamente, na ausência de estudo prévio de impacto ambiental (a tais licenças) por parte do órgão estadual competente.

Dessa forma, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.6 da ITC 308/2015.**

4.12 Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro

Dos Fatos/Auditoria:

Transcreve-se abaixo o indício de irregularidade ventilado pela equipe de auditoria no item 2.8 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.8 Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro [QA12]

Em 16 de março de 2002, a empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., mediante Ofício CT/DIR/PRES nº. 1.001/2, presente às fls. 1302 e 1303 deste Processo TC 5591/2013, encaminhou ao DER/ES, solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, alegando ter sofrido acréscimo, não previsto em contrato, no valor da verba rescisória prevista no item 232 do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998.

Segundo ela, o acréscimo teria ocorrido em função das despesas constantes na Tabela 1, a seguir:

Tabela 1 – Acréscimo da verba rescisória, alegado pela RODOSOL



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

DESCRIÇÃO

VALOR

1. Plano estratégico de desenvolvimento turístico e imobiliário para a área de influência da Rodovia do Sol	R\$	148.765,00
2. Batimetria no vão central da Terceira Ponte	R\$	148.500,00
3. Despesas diversas	R\$	151.831,80
4. Tiquetes em poder dos usuários da Terceira Ponte	R\$	305.000,00

TOTAL

R\$ 754.096,80

Desses valores, os itens 1, 2 e 3 foram imediata e acertadamente rechaçados pelo DER/ES, não tendo sido considerados para efeito de reequilíbrio econômico-financeiro, conforme registrado em parecer emitido pelo engenheiro Carlos Frederico von Randow, à época Assessor Especial da Secretaria de Estado de Desenvolvimento, de Infraestrutura e dos Transportes – SEDIT, datado de 16 de abril de 2002, vide fls. 1305 a 1308 deste Processo TC 5591/2013.

Por outro lado, o fato de existirem tíquetes, supostamente no valor total de R\$ 305.000,00 (trezentos e cinco mil reais), em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema para a Concessionária Rodovia do Sol S.A., com a assinatura do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, foi considerado evento causador de desequilíbrio contratual e foi computado para fins do reequilíbrio econômico-financeiro realizado por ocasião do 1º Termo Aditivo ao referido Contrato.

De fato, infere-se da documentação encaminhada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., que os tíquetes que já estavam em poder dos usuários, no momento em que ela assumiu a operação do Sistema, continuaram a ser aceitos como pagamento efetuado pelos usuários em troca da travessia pela Terceira Ponte.

Todavia, no processo e na documentação apresentada, **não foi encontrada comprovação idônea do número de tíquetes, ou de seu valor total, que a Concessionária efetivamente teria recebido dos usuários do Sistema.**

O único registro encontrado é o constante às fls. 1534 e 1535 deste Processo TC 5591/2013, segundo o qual a Concessionária teria recebido até julho de 2002 (portanto, já passados mais de três anos e meio de Concessão) tíquetes no valor de R\$191.862,65 (cento e noventa e um mil, oitocentos e sessenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), ao passo que foram requeridos R\$ 305.000,00 (trezentos e cinco mil reais). Porém,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

tal registro consta somente de um pedido da própria Concessionária, não sendo isoladamente idôneo e suficiente nem para comprovar o recebimento parcial dos tíquetes.

Portanto, é irregular sua consideração para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato como ocorreu no Primeiro Termo de Aditamento e Rerratificação ao Contrato de Concessão de Serviço Público nº. 1/1998, firmado em 2002 e juntado entre as fls. 2082 e 2084 deste Processo TC 5591/2013.

Veja que a irregular consideração do valor dos tíquetes, para fins de reequilíbrio, majorou indevidamente a tarifa de pedágio cobrada dos usuários do Sistema Rodovia do Sol, em flagrante descompasso com o artigo 9º, caput e §§ 2º ao 4º, da Lei nº. 8.987/1995.

Os engenheiros Altamiro Thomaz e Jorge Hélio Leal são os responsáveis pelo achado. O primeiro, enquanto Engenheiro Chefe do Grupo de Fiscalização de Concessões do DER/ES, não procedeu à análise requerida mediante despacho do engenheiro Carlos Frederico Von Randow – Assessor Especial da SEDIT, vide fls. 1308 deste Processo TC 5591/2013, e encaminhada por meio do despacho do senhor Jorge Hélio Leal – Diretor-Geral do DER/ES, à época, fls. 1309. O segundo, por, na qualidade de Diretor-Geral daquela autarquia, ter assinado o Primeiro Termo de Aditamento e Rerratificação ao Contrato de Concessão de Serviço Público nº. 1/1998, conforme fls. 1309, 1576 e 2082 a 2084 deste Processo TC 5591/2013, muito embora a análise referente ao valor justo dos tíquetes não tivesse sido efetivada conforme sua determinação.

Deve-se ressaltar que a irregularidade apontada ocorreu em 2002, portanto, há mais de 11 (*onze*) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, decretar, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, a prescrição da pretensão punitiva do TCEES, em relação ao engenheiro Jorge Hélio Leal e ALTAMIRO THOMAZ, respectivamente, ex-Diretor-Geral e Chefe do Grupo de Fiscalização de Concessões do DER/ES, quanto à consideração, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, do valor (sem



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

comprovação idônea) dos tíquetes que estavam em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema;

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, manifestem-se sobre a consideração, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, do valor (sem comprovação idônea) dos tíquetes que estavam em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.8, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela não considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, nem o valor dos tíquetes que estavam em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema, nem qualquer demanda da Concessionária Rodovia do Sol S.A. a título de acréscimo da Verba Rescisória prevista na Cláusula 232 do Edital de Concorrência Pública nº. 1/1998;

4. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.8, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Serviços Públicos e nele não considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, nem o valor dos tíquetes que estavam em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema, nem qualquer demanda da Concessionária Rodovia do Sol S.A. a título de acréscimo da Verba Rescisória prevista na Cláusula 232 do Edital de Concorrência Pública nº. 1/1998.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “188” ao “195” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.7 - Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro

188. O Relatório RA-E 10/2014 e a Instrução Técnica Conclusiva 308/2015 gastam rios de tinta para tentar qualificar como irregular o acréscimo de R\$ 305.000,00 no cálculo do reequilíbrio acordado pelo Poder Concedente e pela RODOSOL em 2002, realizado pelo 1º Aditivo ao Contrato de Concessão 01/98, que, como visto, foi regularmente celebrado em 10.10.02. Nada mais descabido.

189. Em primeiro lugar, tal verba corresponde a tíquetes de pedágio efetivamente vendidos pela ORL - Operação de Rodovias Ltda., antecessora da RODOSOL na exploração do pedágio da Terceira Ponte. Veja-se que, à época, o DER/ES determinou o recebimento desses tíquetes pela RODOSOL, a fim de que usuários não restassem prejudicados (fls. 14.645/14.650).

190. Considerando a obrigação da RODOSOL em arcar com as dívidas do Estado perante aquela empresa, em conformidade com o item 232 do Edital de Licitação, e que tal quantia representou excesso em comparação ao inicialmente previsto, a Concessionária requereu a sua compensação. Tudo dentro da legalidade e, sobretudo, da lógica contratual.

191. O inconformismo da Equipe de Auditoria, portanto, não se justifica. Em primeiro lugar, celebrado o referido termo aditivo em 10.10.02, como demonstrado anteriormente, o questionamento da inclusão desta verba já restou caduco, em razão do decurso do prazo quinquenal.

192. Em segundo lugar, determinado o recebimento de tíquetes pelo DER/ES e também por ele celebrado o 1º Aditivo (fls. 13.404/13.409), salta aos olhos que este ponto encontra-se abrangido pela coisa julgada administrativa, uma vez que o TC 4574/2009, cuidou da análise e da aprovação das contas do ilustre Presidente daquela autarquia à época.

193. Em terceiro lugar, a Auditoria Geral do Estado, após a profunda análise do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

realizada em 2005, e que culminou na celebração do 2º Aditivo, jamais questionou a inclusão de tal verba no ajuste anterior. Ademais, o próprio Relatório RA-E 10/2014 admite que o acréscimo de tal verba fez parte do 1º Aditivo, o que, por óbvio, significa concordância do Estado do Espírito Santo com a pertinência da referida inclusão (fls. 10.443/10.444).

194. Em quarto e último lugar, como bem reconhece o Relatório de Auditoria (fls. 10.443), o pagamento de tal quantia pela RODOSOL consistia em obrigação prevista pelo Edital, razão pela qual justificada a sua inclusão no 1º Aditivo, vez que representou acréscimo não previsto ao inicialmente determinado.

195. Desta maneira, percebe-se que o esmerneio do Relatório RA-E 10/2014 e da Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 não encontram qualquer respaldo, seja ele fático ou jurídico.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.8 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e foi examinado no tópico 3.7 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24941-24952.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “188” ao “195” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “204” ao “211” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).** Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar a uma conclusão diferente, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.7 da ITC 308/2015.**

4.13 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria ventilado pela equipe de auditoria no item 2.9 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2.9 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais [QA16]

A Lei nº. 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, em seu artigo 10, estabeleceu a necessidade de **prévio licenciamento** para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de **causar degradação ambiental**.

Por sua vez, o Decreto nº. 99.274/1990, que regulamentou a citada Lei nº. 6.938/1981, disciplinou o licenciamento prévio previsto nesta última, preconizando, em seu artigo 19, o seguinte:

Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

[...]

III - Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação. [grifo nosso]

Tabela 1 – Condicionantes ambientais cujo cumprimento não foi efetivamente verificado



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

LICENÇA CONDICIONANTE CUJO CUMPRIMENTO NÃO FOI VERIFICADO

1. LICENÇA DE OPERAÇÃO N.º 198/2006 (Renovação para o trecho entre a Darly Santos e Setiba)

Expedida em 21/07/2006, fls. 5518 a 5521 do Processo TC 5591/2013

3. Dar continuidade ao 2º ano do programa de educação ambiental nas Unidades de Conservação - UC existentes no trecho licenciado e seu entorno, conforme a condicionante n.º 5 da Licença de Operação 283/2000, atendendo as atividades pendentes do primeiro ano:

A - Atividades pendentes para o Parque Natural Municipal de Jacarenema;

A.1. Sinalização das trilhas de visitação, indicadas e quantificadas quanto da existência de um Plano de Manejo aprovado da UC;

Prazo: 60 (sessenta) dias após aprovação do layout;

B - Atividades pendentes do primeiro ano para o Parque Estadual Paulo César Vinha - PEPCV e Área de Proteção Ambiental - APA de Setiba:

B.1. Sinalização das trilhas de visitação, indicadas e quantificadas quando da existência de um Plano de Manejo da UC;

B.2. Produzir mapa imantado em menores dimensões a ser disponibilizado na Gerência do parque para distribuição nas escolas do entorno e utilização em atividades internas do PEPCV;

B.3. Elaborar produzir "Mapa Lúdico e magnético" em dimensões que permita exposição em parede e manuseio de peças tais como: bonecos para representar seres humanos, respeitando as diversas raças e gêneros, gravuras/fotos e montadas dos diversos ecossistemas do PEPCV e APA de Setiba, gravuras e fotos e montadas das ações antrópicas (extração de areia, retirada de vegetação, expansão imobiliária) e gravuras/fotos imantadas de espécies da fauna e da flora;

Prazo: 60 (sessenta) dias após aprovação do layout;

C - Atividades do 2º Ano para o PEPCV e APA de Setiba;

C.1. Construção de Centro de visitantes no PEPCV, com área total de no máximo 250m², constando pelos ambientes: auditório para 60 pessoas, sala de exposição, loja, lanchonete, sanitários, mirante e sala de guarda de animais taxidermizados;

Prazo: Após a aprovação do plano de manejo, apresentar o projeto em 30 (trinta) dias, e execução imediatamente a aprovação do projeto.

2. LICENÇA DE INSTALAÇÃO N.º 91/2000 (Trecho do Contorno de Guarapari)

Expedida em 13/12/2000, fls. 6171 a 6175 do Processo TC 5591/2013

11. Apresentar a SEAMA projeto paisagístico para a Rodovia, contemplando o uso de essências nativas da região de entorno, devendo ser considerado um "cinturão verde" para áreas lindeiras à mata, com a finalidade de proteger contra luz artificial e ruídos. O projeto deverá conter cronograma de execução;

Prazo: 180 (cento e oitenta) dias para apresentação;

3. LICENÇA DE OPERAÇÃO PROVISÓRIA N.º 3/2003 (Trecho do Contorno de Guarapari)

Expedida em 14/04/2003, fls. 6438 a 6446 do Processo TC 5591/2013

4. Dar continuidade às atividades propostas na Condicionante 04 (quatro) da LI 091/00, com relação ao Programa de Educação Ambiental Rodoverde as comunidades do entorno;

Prazo: imediato.

20. Apresentar e executar, após análise e parecer técnico do IEMA, projeto de recuperação de taludes da faixa da rodovia, com cronograma de execução detalhado;

Prazo: 30 (trinta) dias.

27. Implementar o monitoramento (existente) da fauna atropelada ao longo da rodovia, visando proposição de medidas mitigadoras;

Prazo: 30 (trinta) dias.

4. LICENÇA DE OPERAÇÃO N.º 6/2003 (Trecho do Contorno de Guarapari)

Expedida em 11/07/2003, fls. 6497 a 6501 do Processo TC 5591/2013

4. Realizar a elaboração 10 (dez) projetos pilotos de mata ciliar na bacia do rio Perocão e 10 (dez) projetos de recuperação de nascentes na mesma subbacia hidrográfica, com 3,0 (três) ha no mínimo para cada projeto piloto, envolvendo entidades e comunidades da referida bacia;

Prazo: 90 (noventa) dias para apresentação do primeiro projeto.

5. Implantar o sistema de bloqueio visando impedir o acesso inadequado ao Parque Estadual Paulo César Vinha, para a fuga de pedágio existente ao longo de três quilômetros a montante e jusante da praça de pedágio existente;

Prazo: 120 (cento e vinte) dias.

16. Viabilizar a produção de material educativo (cartilhas, vídeos e manuais) e um vídeo educativo sobre a Bacia do rio Benevente, com definições de roteiro e reproduções aprovadas e orientadas pelo IEMA;

Prazo: 120 (cento e vinte) dias.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Nessa linha, a Resolução CONAMA nº. 237/1997, incorporou as várias etapas do licenciamento ambiental oriundas do Decreto nº. 99.274/1990, do seguinte modo:

Art. 8º. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

[...]

III - Licença de Operação (LO) - **autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.**

[...] [grifo nosso].

Observe que para a expedição das licenças de operação é imprescindível a verificação, pelo órgão ambiental competente, do efetivo cumprimento das medidas de controle ambiental e condicionantes que constam nas licenças prévia e de instalação. Todavia, a partir das informações prestadas pelo Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – IEMA e da documentação constante dos autos deste Processo TC 5591/2013, a Equipe de Auditoria constatou que **foram emitidas licenças de operação sem a verificação do efetivo cumprimento de todas as condicionantes previstas nas licenças ambientais anteriores.**

Na Tabela 1, acima, são apresentadas as condicionantes ambientais cujo cumprimento não foi comprovado, as licenças ambientais que as exigiram e a data de sua expedição, bem como o trecho rodoviário a que se referem.

Dentre as condicionantes com cumprimento não confirmado, destaque-se:

- Na Licença de Operação Provisória nº. 3/2003, referente ao trecho do Contorno de Guarapari, a condicionante nº. 20, qual seja: *“Apresentar e executar, após análise e parecer técnico do IEMA, projeto de recuperação de taludes da faixa da rodovia, com cronograma de execução detalhado”*¹⁵¹; e
- Na Licença de Operação nº. 6/2003, referente ao trecho do Contorno de Guarapari, a condicionante nº. 4, a saber:

Realizar a elaboração 10 (dez) projetos de mata ciliar na bacia do rio Perocão e 10 (dez) projetos de recuperação de nascentes na mesma subbacia hidrográfica, com 3,0 (três) há no mínimo para cada projeto piloto, envolvendo entidades e comunidades da referida bacia¹⁵².

A questão referente à recuperação de taludes na faixa da rodovia foi também citada no Relatório Final da CPI do Sistema RODOSOL:

¹⁵¹ Processo TC 5591/2013. fls.6442.

¹⁵² Processo TC 5591/2013. fls. 6498.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Veja-se a seguir, a síntese das inadimplências comprovadas pelo IBAPE, em relatório datado de 5 de dezembro de 2003 (ver anexo I do relatório final):

[...]

4. Aspectos ambientais

[...]

- Observa-se que grande parte dos taludes originados por cortes está sem cobertura vegetal ou com cobertura vegetal insuficiente para minimizar os efeitos da erosão;
- Impossibilidade de avaliação dos projetos de **recuperação dos taludes**, áreas de bota-fora/empréstimos, paisagismo e de reaproveitamento da vegetação suprimida por ocasião da construção da rodovia em razão dos mesmos não terem sido disponibilizados. Esses projetos fazem parte das condicionantes ambientais contidas nas licenças de instalação e operação expedidas pelo órgão estadual do meio ambiente; (destacamos)
- A qualidade ambiental e a segurança da rodovia podem estar sendo comprometidas pelas constatações do relatório. A recomendação é que medidas corretivas sejam implementadas com urgência, antes da ocorrência de um período de maior intensidade pluviométrica¹⁵³.

Aliás, até o momento, a recuperação dos taludes continua insatisfatória, conforme pode-se observar no disposto pelo Relatório de Vistoria do IEMA, datado de 9 de dezembro de 2013, incluso no Anexo XII deste Relatório de Auditoria:

- Foram observados ao longo da rodovia alguns taludes com o solo exposto, desprovidos, total ou parcialmente, de cobertura vegetal. Foi sugerido que a RODOSOL fosse informada quanto à necessidade de manutenção das medidas de controle dos processos erosivos, devendo a vegetação dos taludes ser recuperada;

[...]

- O talude do entorno do ponto de lançamento do efluente proveniente da drenagem, localizado na praia, em frente ao trevo de Meaípe, está com o solo exposto e sofrendo processos erosivos. Foi sugerida a solicitação de adequação do talude e adoção de medidas que visam a sua manutenção e integridade¹⁵⁴.

Veja-se que, no Anexo V do Edital – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial consta o seguinte:

4.3.2. INVESTIMENTOS

¹⁵³ Processo TC 5591/2013. fls. 5789-5790.

¹⁵⁴ ESPÍRITO SANTO. Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – IEMA. **Relatório de Vistoria realizada 9 de dezembro de 2013**. Incluso no Anexo XII do Relatório de Auditoria.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

As LICITANTES deverão apresentar o Cronograma Financeiro dos Investimentos, no formato do Quadro 5, informando, ano a ano, os valores dos investimentos nas obras, instalações, projetos executivos, equipamentos e serviços para o atendimento do escopo da CONCESSÃO.

Deverão incluir nos seus preços todos os serviços, materiais, testes, ensaios, taxas, impostos, benefícios diretos e indiretos, encargos financeiros e demais despesas para execução total dos serviços e obras, considerando que todas as instalações elétricas e eletrônicas serão entregues, para fins de aceitação, em condições de operação normal. (destacamos)

Deste dispositivo contratual se extrai a obrigação imposta à Concessionária de ter incluído, em sua proposta comercial, os custos referentes às condicionantes ambientais.

Assim, o descumprimento de condicionantes desequilibra a equação econômico-financeira contratual, favoravelmente à Concessionária, devendo ser corrigido tal desequilíbrio pela Agência estadual fiscalizadora do contrato.

O responsável pelos fatos apontados é o senhor Jadir Viana dos Santos, à época Diretor Técnico do IEMA, que autorizou a expedição das Licenças de Operação nº. 3/2003 (provisória) e nº. 6/2003, sem comprovação do cumprimento da condicionante nº. 11 da Licença de Instalação nº. 91/2000. Como gestor do Órgão, deveria ter observado a ausência de posicionamento técnico a respeito e determinado a análise antes da expedição das licenças.

Todavia, observe que as referidas Licenças de Operação foram expedidas em 2003, portanto, há mais de 10 (dez) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao senhor JADIR VIANA DOS SANTOS, à época Diretor Técnico do IEMA, **quanto à ilegalidade da expedição de licença de operação apesar de restarem condicionantes ambientais cujo cumprimento não foi verificado;**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI, do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – IEMA e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a ilegalidade da expedição de licença de operação apesar de restarem condicionantes ambientais cujo cumprimento não foi verificado (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)**, uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.9, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **i) o IEMA apure quais condicionantes ambientais não foram efetivamente cumpridas e, em conjunto com a ARSI, apure os efeitos financeiros decorrentes junto ao Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol; ii) a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, o não cumprimento das condicionantes ambientais previstas nas licenças ambientais cujo cumprimento não for efetivamente verificado pelo IEMA, apurando os efeitos financeiros decorrentes em conjunto com o IEMA;**

4. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.8, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que **o IEMA tome as**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

providências necessárias ao efetivo cumprimento, pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., de todas as condicionantes ambientais previstas.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “196” ao “210” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreu os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.8 - Expedição de licença de operação e cumprimento de condicionantes

196. O item 3.8 do Relatório de Auditoria afirma que "foram emitidas licenças de operação sem a verificação do efetivo cumprimento de todas as condicionantes previstas nas licenças ambientais anteriores" (fls. 10.449).

197. Ocorre que, conforme demonstrado e devidamente corroborado pelas cartas de cumprimento das condicionantes, emitidas IEMA, bem como pelas conclusões emitidas pelo laudo técnico que segue anexo (fls. 14.659/14.668, CT/RT/14/2014), todas as condicionantes ambientais ditas inadimplidas foram cumpridas ou se encontram em cumprimento – no caso, há algumas que são de cumprimento continuado e, por isso, em constante execução -, o que demonstra o total descabimento do item 2.9 ora impugnado.

198. Em primeiro lugar, quanto a condicionante 11 da Licença de Instalação 91/2000, as condicionantes 4 e 20 da Licença de Operação Provisória 03/2003, bem como a condicionante 06 da Licença de Operação 06/2003, foram integralmente cumpridas, tendo a formalização de cumprimento indicadas nos ofícios 6558/07, 5452/07, 554/07 e 011/11, respectivamente.

199. Em segundo lugar, com relação a condicionante 04, apontada na Licença de Operação 6/2003, na Tabela 5, não assiste qualquer razão ao Relatório de Auditoria, pois ela se encontra encerrada, conforme comprova o ofício 025/11, recebido em 27.01.11 (fls. 14.659/14. 668).

200. Ademais, como bem ressaltado pelo laudo anexo, não há motivação técnica no processo de licenciamento ou qualquer fundamentação legal que justifique a inserção dessa condicionante no processo de licenciamento da rodovia do Contorno de Guarapari, quando da emissão da Licença de Operação de Obra 6/2003.

201. Não obstante isso, a RODOSOL imbuíu todos os esforços técnicos e monetários no atendimento da aludida condicionante ambiental. Para tanto, foram elaborados 10 projetos pilotos de mata ciliar na bacia do Rio Perocão, bem como 10 projetos de recuperação de nascentes na mesma subbacia hidrográfica, com 3 ha no mínimo para cada projeto, que envolveu, inclusive, entidades e comunidades da referida bacia. Contudo, ao final, o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

órgão licenciador reconheceu as dificuldades encontradas pela empresa, o que ensejou o encerramento da condicionante 04 da LO 06/03.

202. Em terceiro lugar, o descumprimento apontado na condicionante 27 da Licença de Operação provisória de igual forma carece de fundamento, pois ela se encontra em cumprimento. O monitoramento da fauna tem sido regularmente exercido, por meio do Programa de Proteção a Fauna Silvestre, o qual foi implantado em maio de 2001 e até a presente data é executado, em parceria com entidades de renome.

203. Diga-se, ainda, que o último relatório de acompanhamento referente a essa condicionante foi enviado pelo ofício CT/DIR/PRES/148/2014, de 09.4.14, protocolizado no IEMA sob o nº 6670/2014 (fls. 14.659/14.668).

204. Apontou-se, pela Equipe de Auditoria, o descumprimento da condicionante 16 da Licença de Operação 06/2003, a qual, ao contrário do afirmado, encontra-se também em cumprimento. Isso porque, como evidencia o laudo anexo, a execução dessa condicionante depende da manifestação de outros órgãos, no caso do Comitê do Rio Benevente. No entanto, a Concessionária tem adotado todas as medidas cabíveis para sua execução, como demonstra o Of. SEMAM nº 103/2010, recebido em 19.10.10 (fls. 14.659/14.668).

205. Some-se à isso que a RODOSOL sempre procurou diligenciar o Comitê do Rio Benevente, sendo seu último encaminhamento formal efetuado pelo Ofício CT/DIR/PRES/313/2011, datado de 24.11.11. Além disso, realizou também contato informal, registrado por e-mail, remetido no dia 28.8.13, endereçado à secretaria executiva do referido Órgão, o qual encaminhava um layout para aprovação, entretanto não obteve resposta ao contato.

206. Veja-se, ainda, que o Relatório de Auditoria afirma que não foi verificado o cumprimento da condicionante 03, da Licença de Operação 198/2006, relativa à continuidade do "programa de educação ambiental nas unidades de conservação". Todavia, os itens "A", "B" e "C" estão parte cumprido e parte em cumprimento, como será demonstrado a seguir:

(a) o item "A", referente à sinalização vertical no parque da Jacarenema, a Concessionária aguarda manifestação do gestor da UC, sendo que o último encaminhamento formal realizado pela RODOSOL foi em 28.3.13, por meio do ofício CT/DIR/PRES/062/2013, não respondido até o momento;

(b) o item "B", sobre as atividades no Parque Estadual Paulo Cesar Vinha, tem-se que:

(b.1) o subitem "B.1", relativo à sinalização vertical das trilhas encontra-se em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

cumprimento, pois já foram aplicados valores para aquisição de materiais para o centro de vivência do parque, sendo que o último ato formal foi indicado por meio do ofício 181/2012, de 21.6.12, e informal a instalação de 10 placas constantes no item 1 do TR juntado ao mencionado ofício;

(b. 2) o subitem "B. 2", que versa acerca da produção de mapa imantado em menores dimensões, foi regularmente cumprido, sendo a atividade convertida, conforme ofício 3842/IEMA/GCA(ACGE), datado de 27.5.09, e cumprida de acordo com o Termo de Doação;

(b. 3) o subitem "B. 3", acerca da criação de mapa imantado em maiores dimensões, se encontra em cumprimento, porém suspenso, aguardando a construção do centro de vivências no Parque de Setiba, de acordo com o ofício 3161/IEMA/GCA(ACGE), recebido em 14.5.10; e

(c) o item "C", que diz respeito a construção de centro de visitantes no Parque Estadual Paulo Cesar Vinha, permanece de igual forma em cumprimento, aguardando a manifestação do IEMA, conforme demonstra a ata da reunião realizada, bem como o ofício CT/DIR/PRES/058/2013, de 15.3.13.

207. Verifica-se, portanto, que das 8 condicionantes ambientais que o Relatório de Auditoria afirma terem sido descumpridas (7 no contorno de Guarapari e 1 da Duplicação da RODOSOL), 4 foram integralmente cumpridas, 1 delas já se encontra encerrada e 3 estão em cumprimento.

208. Forçoso ressaltar que a análise deve ser simples, mas não pode, de forma alguma, ser ingênua. Em outras palavras, a análise elaborada pela Equipe de Auditoria, abusando da superficialidade, omitiu relevantes dados que, se oportunamente analisados, evidenciariam a regularidade de todas as condicionantes ditas descumpridas.

209. Apenas para que nada fique sem resposta, não merece qualquer atenção a afirmação lançada no relatório, às fls. 10.450, de que "a recuperação dos taludes continua insatisfatória". A uma, porque inexistente qualquer critério objetivo para aferir o que, exatamente, seria uma recuperação satisfatória. A duas, pois a Concessionária vem realizando regularmente a revegetação dos taludes, conforme comprava relatórios anexos (fls. 14.670/14.698).

210. Desse modo, verificado o pleno cumprimento das condicionantes mencionadas na tabela 5 do Relatório de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Auditoria (fls. 10.448), inexistiu qualquer ilegalidade nas expedições das licenças, devendo ser desconsiderado o item 3.8, por total ausência de fundamento.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O indicativo de irregularidade, ora revisitado, que se refere à *“expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais”*, encontra-se indigitado no item 2.9 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e foi tratado no tópico 3.8 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24952-24990.

A anomalia diz respeito à expedição de licenças de operação, pelos órgãos ambientais¹⁵⁵, sem atentar para o efetivo cumprimento das condicionantes que constavam nas licenças ambientais anteriores (licenças de instalação e operação provisória).

Cabe rememorar, já que consignado na ITC 308/2015, que a expedição de licenças de operação está condicionada à verificação, pelo órgão ambiental competente, do cumprimento efetivo *“[...] das medidas de controle ambiental e condicionantes que constam nas licenças prévia e de instalação”*. Tal condicionamento, advém das normas de regência da matéria, precisamente do disposto no art. 19 do Decreto Federal 99.274/1990 e do art. 8º da Resolução Conama 237/1997, cujo teor mais uma vez se reproduz:

Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

[...]

III - Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação (BRASIL, Decreto 99.274/1990, g.n).

Art. 8º. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações

¹⁵⁵ lema, com atuação a partir de 02/07/2002. Antes da criação do lema pela Lei Complementar Estadual 248/2002, a expedição de licenças ambientais competia à própria Secretaria de Estado para Assuntos de Meio Ambiente, em atendimento ao previsto na Lei Estadual 4.126/1988.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação (BRASIL, Resolução CONAMA 237/1997, g.n).

Registre-se que as condicionantes apontadas pela equipe de auditoria, que não teriam sido cumpridas, encontravam-se previstas nas seguintes licenças:

- Licença de Operação 198/2006 (Renovação para o trecho entre a Darly Santos e Setiba), expedida em 21/07/2006 (fls. 5518-5521, vol. XXVI);
- Licença de Instalação 91/2000 (Trecho do Contorno de Guarapari), expedida em 13/12/2000 (fls. 6171-6175, vol. XXIX);
- Licença de Operação Provisória 3/2003 (Trecho do Contorno de Guarapari), expedida em 14/04/2003 (fls. 6438-6446, vol. XXX); e
- Licença de Operação 6/2003 (Trecho do Contorno de Guarapari) expedida em 11/07/2003 (fls. 6497-6501, vol. XXX).

Pois bem, o cumprimento das condicionantes ambientais que deveriam ter sido observadas para a expedição das Licenças de Operação nº 198/2006 e 06/2003 foi sobejamente analisado no tópico 3.8 da ITC 308/2015 que examinou, acuradamente, cada uma das licenças supramencionadas no tocante às condicionantes estipuladas. O tópico 3.8 da ITC 308/2015, cuidou, outrossim, de trazer todo o arcabouço legal e normativo que delineia a matéria, sendo desnecessário repetir-se o que já se encontra nele exposto.

Vale dizer que quanto à Condicionante 11 estabelecida na Licença de Instalação 91/2000, verificou a ITC 308/2015 o seu cumprimento, **razão pela qual o indício de descumprimento foi afastado**. O mesmo se diga quanto às Condicionantes 4; 20 e 27 fixadas na Licença de Operação Provisória 3/2003, bem como no que se refere às Condicionantes 4; 5 e 16 estabelecidas na Licença de Operação 6/2003, **cujo adimplemento restou reconhecido na ITC 308/2015**.

De se notar que a ITC 308/2015, após cuidadoso exame, reputou por descumpridas as alíneas "A.1", "B.1", "B.3" e "C.1" da Condicionante 3 estabelecida na Licença de Operação 198/2006.

Entretanto, ignorando o afastamento parcial da irregularidade apontada no item 2.9 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, retorna a Rodosol aos autos através do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) - cuja juntada foi determinada pela Relatoria após sustentação oral da Concessionária - e tece, *ipsis litteris*, a mesma argumentação presente nos parágrafos "215" ao "229" da peça contestatória presente às fls.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

14.329-14.431 (vol. LXIV), vale dizer, sem trazer qualquer elemento ou documento para ilidir a manutenção da anomalia no tocante ao reconhecimento do descumprimento das obrigações contidas nas alíneas “A.1”, “B.1”, “B.3” e “C.1” da Condicionante 3 fixada na Licença de Operação 198/2006.

Dessa forma, considerando que as alegações contidas nos parágrafos “196” ao “210” em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “215” ao “229” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV), **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.8 da ITC 308/2015.**

4.14 Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditoria no item 2.10 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.10 Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização [QA17]

A Equipe de Auditoria constatou que, entre 1999 e 2010, a Concessionária Rodovia do Sol S.A., a título de Verba para Custeio da Fiscalização, repassou ao Órgão Fiscalizador (até 2009 o DER/ES; após 2009 a ARSI) menos do que o ajustado no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998.

A Cláusula LXXVI do referido Contrato, originalmente, determinava o seguinte:

CLÁUSULA LXXVI

Da Verba para Custeio da Fiscalização

1. A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba destinada a cobrir as despesas do DER/ES com a fiscalização da concessão.

2. A Verba para Custeio da Fiscalização será paga pela CONCESSIONÁRIA ao DER/ES nos valores e períodos abaixo indicados:

a) no primeiro ano de Concessão: R\$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais)

b) do segundo ao quinto ano da concessão: R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

c) nos anos correspondente ao 6º, 9º, 12º, 15º, 18º, 21º e 24º aniversários deste CONTRATO: R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

d) nos demais anos da concessão, que não os referidos na letra anterior: R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

3. Os valores mensais correspondentes à verba de fiscalização serão depositados pela CONCESSIONÁRIA até 5º (quinto) dia



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

útil do mês subsequente ao vencido, em conta bancária especial do DER/ES, a ser aberta para cobrir despesas exclusivamente relativas à fiscalização do SISTEMA RODOVIA DO SOL.

4. A verba de fiscalização será utilizada pelo DER/ES exclusivamente para:

a) aquisição de materiais e equipamentos diretamente utilizados pelo DER/ES e vinculados às atividades de fiscalização da concessão;

b) pagamento de despesas diretamente vinculadas à fiscalização da concessão;

c) pagamento de despesas pertinentes ao "Processo Amigável de Solução de Divergências Contratuais", de que se tratam este CONTRATO¹⁵⁶.

Mais tarde, em 21 de dezembro de 2010, considerando a criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária – TRV pela Lei Complementar Estadual nº. 512/2009, a ARSI e a Concessionária firmaram o 4º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, que, mediante compensação com os multiplicadores tarifários, retirou da empresa, a partir de 31 de dezembro de 2010, a obrigação de repassar à ARSI os valores relativos à Verba para Custeio da Fiscalização.

Desse modo, entre 1999 e 2010, a Concessionária deveria repassar ao Órgão Fiscalizador, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, os valores previstos na Cláusula LXXVI do Contrato, já transcrita, distribuídos conforme ilustrado no ponto 1 da Tabela 6, abaixo, totalizando R\$ 1.780.000,00 (um milhão, setecentos e oitenta mil reais), em valores nominais com data-base em outubro de 1998.

Tabela 2 – Demonstrativo das diferenças de repasse da Verba para Custeio da Fiscalização

VERBA DE CUSTEIO DA FISCALIZAÇÃO: VALOR DEVIDO <i>versus</i> VALOR EFETIVAMENTE REPASSADO													
VERBA DE CUSTEIO DA FISCALIZAÇÃO	REPASSES ANUAIS (R\$ x 1000,00)												TOTAL
	ANO 1 1999	ANO 2 2000	ANO 3 2001	ANO 4 2002	ANO 5 2003	ANO 6 2004	ANO 7 2005	ANO 8 2006	ANO 9 2007	ANO 10 2008	ANO 11 2009	ANO 12 2010	
1. Valor devido com data base em outubro de 1998	310.000	240.000	240.000	240.000	240.000	90.000	60.000	60.000	90.000	60.000	60.000	90.000	1.780.000
2. Valor devido com data base no repasse	310.000	264.431	293.837	316.032	348.015	153.039	111.542	120.255	188.838	130.406	142.439	218.597	2.597.430
3. Valor repassado com data base no repasse	310.000	268.080	297.264	321.169	355.544	133.329	88.886	92.441	148.129	98.364	107.374	192.490	2.413.070
4. Valor repassado com data base em outubro de 1998	310.000	243.312	242.799	243.901	245.192	78.409	47.813	46.123	70.598	45.258	45.230	79.251	1.697.885
DIFERENÇA ENTRE DEVIDO E REPASSADO COM DATA BASE EM OUTUBRO DE 1998		-3.312	-2.799	-3.901	-5.192	11.591	12.187	13.877	19.402	14.742	14.770	10.749	82.115

¹⁵⁶ Processo TC 5591/2013. fls. 1401-1402.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Todavia, de acordo com a documentação enviada pela ARSI e com os registros existentes no Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFEM utilizado pelo Estado do Espírito Santo, conforme apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 2, acima, os valores efetivamente repassados pela Concessionária ao Órgão Fiscalizador, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, ficaram aquém do devido no valor total de R\$ 82.114,65 (oitenta e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e cinco centavos), 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.

Observando os valores (aquém do devido) repassados pela Concessionária a título de Verba para Custeio da Fiscalização a partir de 2004, pode-se inferir que a parcela mais expressiva da diferença decorre da adoção incorreta da premissa de que o redutor aplicado à tarifa da Terceira Ponte, por ocasião do 2º Termo Aditivo, também se aplicava à atualização do valor da Verba. Um erro teria ocasionado o achado de auditoria relatado nesta Seção 2.10.

A responsável inicial por esse erro seria a Direção do DER/ES, órgão ao qual cabia, até 2009, a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato. Por outro lado, observe que, a partir da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, datado de 16 de novembro de 2009, cabe à ARSI a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato, especialmente, incumbindo-lhe fiscalizar permanentemente a Concessão, intervir nela e alterar o Contrato, conforme sua Cláusula XXIII – Dos Direitos e Obrigações do DER/ES (sub-rogado à ARSI).

Todavia, conforme Nota Técnica da GET/ARSI, fls. 41 a 66 deste Processo TC 5591/2013, a ARSI elaborou relatório que apresenta estudos e análises desenvolvidas, cujo objetivo seria promover um reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, ainda no ano de 2012. Naquele trabalho, foi elaborado um mapeamento de eventos passíveis de provocar desequilíbrio ao contrato e às condições pactuadas desde sua assinatura.

Tal Nota Técnica inclui o “evento 11 – Verbas Remanescentes” que trata 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. Nesse estudo, apesar do erro da aplicação do redutor de 24,24% (vinte e quatro por cento e vinte e quatro centésimos por cento) também ao valor das verbas, são avaliados os valores repassados e propostos ajustes para o cumprimento do contrato.

Embora a intenção de efetuar o reequilíbrio em 2012 não tenha prosperado, deve-se recordar que em 9 de julho, a então Juíza



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória proferiu decisão que, até o momento da emissão deste Relatório de Auditoria, impede que sejam firmados aditivos. Portanto, existe ação da ARSI no sentido de levar ao reequilíbrio econômico-financeiro parte dos valores indevidamente não repassados. Por isso, a Equipe de Auditoria entende estar afastada, especificamente no caso do achado de auditoria relatado nesta Seção 2.10, a culpabilidade dos agentes.

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

1. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, manifestem-se sobre o repasse aquém do devido, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Custeio da Fiscalização (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;
2. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.10, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, a diferença entre o valor devido e o valor efetivamente repassado ao Órgão Fiscalizador, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 6, fls. 10454 deste Processo TC 5591/2013, no valor total de R\$ 82.114,65 (oitenta e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e cinco centavos), 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;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.10, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos e nele considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, a diferença entre o valor devido e o valor efetivamente repassado ao Órgão Fiscalizador, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 6, fls. 10454 deste Processo TC 5591/2013, no valor total de R\$ 82.114,65 (*oitenta e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e cinco centavos*), 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.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “211” ao “216” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.9 - Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização

211. Ainda em descompasso com a realidade da execução dos termos contratuais e dos fatos que se seguiram, o Relatório RA-E 10/2014 aduz que a RODOSOL teria repassado verbas a menor. Nada mais inverídico, na medida em que a Concessionária atendeu -- e atende -- a todas as determinações do Poder Concedente, como se verá abaixo.

212. Às fls. 10.453 e seguintes, a Equipe de Auditoria afirma, levianamente, ter constatado que a RODOSOL, entre 1999 e 2010, repassou ao Órgão Fiscalizador (DER/ES e ARSI, respectivamente) menos do que o ajustado no Contrato de Concessão, em descumprimento à sua cláusula LXXVI. O Relatório destaca, ainda, a celebração do 4º Aditivo, em 21.12.10, que revogou a obrigação da Concessionária de repassar Verba para Custeio de Fiscalização, como contrapartida à alteração dos multiplicadores tarifários.

213. Segundo afirma, a RODOSOL deveria ter repassado, naquele período, a quantia de R\$ 1.780.000,00, em valores



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

de outubro de 1998, ao passo que o repasse identificado monta a R\$ 82.114,65, também em valores históricos.

214. Diga-se, desde já, que o Relatório RA-E 10/2014 admite o seu entendimento de que a culpabilidade dos agentes deve ser afastada, haja vista que a questão é objeto de negociação de reequilíbrio entre as partes, no foro conveniente, ou seja, no âmbito da ARSI.

215. Como bem ressalta, ainda, a Equipe técnica, a avaliação do repasse e do eventual reequilíbrio desta verba está interrompida por força da decisão do MM. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Vitória, que impede a celebração de aditivos.

216. Todavia, ainda que assim não fosse, os repasses efetuados pela RODOSOL estão de pleno acordo com o Contrato de Concessão 01/98 (fls. 14.699/14.711), vez que o repasse da referida verba está diretamente relacionado ao valor da tarifa. Na medida em que esta, por força do 2º Aditivo, sofreu a aplicação do redutor de 24,24%, a toda evidência, esse redutor impactou no repasse.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

Conforme já aqui aventado o presente indicativo de irregularidade, referente ao *“repassa a menor da Verba de Custeio da Fiscalização”*, encontra-se indigitado no item 2.10 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e foi percutientemente analisado no tópico 3.9 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 24.991-25.002.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “211” ao “216” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos consubstanciados nos parágrafos “231” ao “235” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).** Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Nesse passo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.9 da ITC 308/2015.**

4.15 Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria indigitado pela equipe de auditoria no item 2.11 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.11 Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária [QA18]

A Equipe de Auditoria constatou que, entre 1999 e 2012, a Concessionária Rodovia do Sol S.A., a título de Verba para Aparelhamento, repassou à Polícia Rodoviária Estadual menos do que o ajustado no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998.

A Cláusula LXXVIII do referido Contrato determina o seguinte:

CLÁUSULA LXXVIII

Da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

1. A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba para o aparelhamento da Polícia Rodoviária, a ser utilizada na forma prevista nesta Cláusula.

2. Os valores da Verba e os períodos para sua utilização são os seguintes:

a) durante o primeiro ano da Concessão: R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais);

b) nos anos correspondentes ao 3º, 6º, 9º, 12º, 15º, 18º, 21º e 24º aniversários deste CONTRATO: R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais);

c) nos demais anos da Concessão, que não os referidos nas letras anteriores: R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

3. A verba destinar-se-á exclusivamente à aquisição, reposição, conservação e readequação, pela CONCESSIONÁRIA, de equipamentos e materiais de consumo necessários ao policiamento rodoviário do SISTEMA RODOVIA DO SOL, tais como veículos, motocicletas, equipamentos de radiocomunicação abastecimento de combustíveis.

4. A solicitação para a adoção das providências referidas no Item anterior serão realizadas mediante requerimento do DER/ES à CONCESSIONÁRIA, por meio de correspondência que especificará o tipo, a quantidade e a qualidade dos bens e materiais a serem adquiridos, repostos, conservados e readequados, observada, em qualquer caso, o limite da verba anual disponível.

5. Os bens ou materiais permanentes serão colocados à disposição da Polícia Rodoviária, mediante comodato gratuito, nos termos de convênio a ser celebrado entre o DER/ES, a CONCESSIONÁRIA e a POLÍCIA RODOVIÁRIA ESTADUAL.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

6. No caso de devolução de bens à CONCESSIONÁRIA, os mesmos poderão ser alienados, acrescendo-se o valor da venda à verba anual de que trata esta Cláusula¹⁵⁷.

Desse modo, entre 1999 e 2012, a Concessionária deveria repassar à Polícia Rodoviária Estadual, a título de Verba para Aparelhamento, os valores previstos na Cláusula LXXVIII do Contrato, já transcrita, distribuídos conforme ilustrado no ponto 1 da Tabela 7, abaixo, totalizando R\$ 1.310.000,00 (um milhão, trezentos e dez mil reais), em valores nominais com data-base em outubro de 1998.

Tabela 3 – Demonstrativo das diferenças de repasse da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

VERBA DE APARELHAMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA: VALOR DEVIDO <i>versus</i> VALOR EFETIVAMENTE REPASSADO															
VERBA DE APARELHAMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA	REPASSES ANUAIS (R\$)														TOTAL
	ANO 1	ANO 2	ANO 3	ANO 4	ANO 5	ANO 6	ANO 7	ANO 8	ANO 9	ANO 10	ANO 11	ANO 12	ANO 13	ANO 14	
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
1. Valor devido com data base em outubro de 1998	190.000	60.000	145.000	60.000	60.000	145.000	60.000	60.000	145.000	60.000	60.000	145.000	60.000	60.000	1.310.000
2. Valor devido com data base no repasse	190.000	66.108	177.526	79.008	87.004	246.563	111.542	120.255	304.239	130.406	142.439	352.184	152.964	159.553	2.319.789
3. Valor repassado com data base no repasse	189.092	49.253	9.751	74.580	152.017	194.388	58.350	91.554	64.193	124.919	194.691	52.955	91.238	396.447	1.743.428
4. Valor repassado com data base em outubro de 1998	189.092	44.703	7.964	56.637	104.835	114.317	31.387	45.680	30.594	57.476	82.010	21.802	35.788	149.084	971.370
DIFERENÇA ENTRE DEVIDO E REPASSADO COM DATA BASE EM OUTUBRO DE 1998	908	15.297	137.036	3.363	-44.835	30.683	28.613	14.320	114.406	2.524	-22.010	123.198	24.212	-89.084	338.630

Todavia, de acordo com a documentação enviada pela ARSI, conforme apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 7 acima, **os valores efetivamente repassados pela Concessionária à Polícia Rodoviária, a título de Verba para Aparelhamento, ficaram aquém do devido 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.**

Vale destacar ainda que a inclusão, em contratos de concessão de serviços públicos, de cláusulas como a transcrita Cláusula LXXVIII, com obrigação de repasse da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária Estadual, não é recomendada. Ela atenta contra o **princípio da modicidade tarifária**, na medida em que onera os usuários (por meio de elevação do valor da tarifa) para cumprir **objetivos que não se confundem com o serviço público concedido.**

A responsável inicial pelo achado de auditoria narrado nesta Seção 2.11 seria a Direção do DER/ES, órgão ao qual cabia, até

¹⁵⁷ Processo TC 5591/2013. fls.1403.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2009, a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato. Por outro lado, observe que, a partir da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, datado de 16 de novembro de 2009, cabe à ARSI a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato, especialmente, incumbindo-lhe fiscalizar permanentemente a Concessão, intervir nela e alterar o Contrato, conforme sua Cláusula XXIII – Dos Direitos e Obrigações do DER/ES (sub-rogado à ARSI).

Todavia, como dito na Seção 2.10 deste Capítulo 2, conforme Nota Técnica da GET/ARSI, fls. 41 a 66 deste Processo TC 5591/2013, a ARSI elaborou relatório que apresenta estudos e análises desenvolvidas, cujo objetivo seria promover um reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, ainda no ano de 2012. Naquele trabalho, foi elaborado um mapeamento de eventos passíveis de provocar desequilíbrio ao contrato e às condições pactuadas desde sua assinatura.

Tal Nota Técnica inclui o “evento 11 – Verbas Remanescentes” que trata 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. Nesse estudo, apesar do erro da aplicação do redutor de 24,24% (vinte e quatro por cento e vinte e quatro centésimos por cento) também ao valor das verbas, são avaliados os valores repassados e propostos ajustes para o cumprimento do contrato.

Embora a intenção de efetuar o reequilíbrio em 2012 não tenha prosperado, deve-se recordar que em 9 de julho, a então Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória proferiu decisão que, até o momento da emissão deste Relatório de Auditoria, impede que sejam firmados aditivos. Portanto, existe ação da ARSI no sentido de levar ao reequilíbrio econômico-financeiro parte dos valores indevidamente não repassados. Por isso, a Equipe de Auditoria entende estar afastada, especificamente no caso do achado de auditoria relatado nesta Seção 2.11, a culpabilidade dos agentes.

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

1. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, manifestem-se sobre o repasse aquém do devido, entre 1999 e 2012, a título de Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

2. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.11, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, a diferença entre o valor devido e o valor efetivamente repassado à Polícia Rodoviária Estadual, entre 1999 e 2012, a título de Verba para Aparelhamento, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 7, fls. 10459 deste Processo TC 5591/2013, 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;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.11, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e nele considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, a diferença entre o valor devido e o valor efetivamente repassado à Polícia Rodoviária Estadual, entre 1999 e 2012, a título de Verba para Aparelhamento, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 7, fls. 10459 deste Processo TC 5591/2013, 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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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.

4. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.11, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), com fundamento no artigo 1º, inciso XXXVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, c/c o artigo 206, § 2º, do Regimento Interno do TCEES, tendo em conta o princípio da modicidade tarifária, recomendar à ARSI que, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, tome as providências necessárias à alteração do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 para excluir a obrigação da Concessionária de repassar à Polícia Rodoviária Estadual a Verba de Aparelhamento prevista na atual Cláusula LXXVIII, promovendo, em contrapartida, o necessário reequilíbrio econômico-financeiro, não sem antes ouvir a respeito a CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “217” ao “221” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.10 - Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

217. Tampouco assiste razão à Equipe de Auditoria quando alega que, entre 1999 e 2012, a ROOOSOL teria repassado a menor Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária, em descumprimento à cláusula LXXVIII do Contrato de Concessão 01/98. A diferença seria de R\$ 338.629,64, em valores de outubro de 1998.

218. A tese não se sustenta, pois a Concessionária sempre efetuou os repasses de acordo com as determinações do Poder Concedente, leia-se, DER/ES ou ARSI.

219. De acordo com a sistemática contratual, o Órgão Fiscalizador enviava ofício à RODOSOL apontando a quantia que deveria ser repassada à Polícia Estadual, ou autorizando a execução de determinado gasto requerido pela autoridade policial. Os ofícios do DER/ES e da ARSI encaminhados à suplicante, assim como as notas fiscais e comprovantes de pagamento que ora se anexa aos presentes autos (fls. 14.713/14.742), são reveladores e esclarecedores. Repita-se, a ROOOSOL sempre cumpriu com todas as suas obrigações relativas ao repasse de Verba para Aparelhamento da Polícia.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

220. Ademais, igualmente deve ser aplicada à Verba para Aparelhamento da Polícia a lógica da aplicação do redutor de 24,24%, por meio do 2º Aditivo. Aplicado o redutor à tarifa, deve ele incidir na mesma proporção no que diz respeito ao repasse da referida verba.

221. Ressalte-se, por oportuno, que, assim como no item anterior, o repasse desta verba estava sendo objeto de análise pelas partes, no foro conveniente, ou seja, no âmbito da ARSI, que negociavam a eventual celebração de termo aditivo em caso de necessidade de reequilíbrio.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade, referente ao “*repasse a menor da Verba de Aparelhamento da Polícia Rodoviária*”, foi apontado no item 2.11 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e examinado, em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pela Arsi e pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, no tópico 3.10 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 25.002-25.012.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “217” ao “221” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos por ela apresentados nos parágrafos “236” ao “241” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).** Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças.

Destaque-se, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (aprovado pela Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.10 da ITC 308/2015.**

4.16 Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditoria no item 2.12 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.12 Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro [QA21]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Os serviços operacionais são aqueles descritos no Programa de Exploração de Rodovias – PER (Anexo 3, Volume 4, do Contrato). Os serviços ali descritos são: i) Arrecadação do pedágio; ii) Fiscalização de trânsito e transporte; iii) Segurança e conforto dos usuários; iv) Auditoria; v) Fluidez do tráfego. O custo para a prestação destes serviços está incluído na tarifa do pedágio. Ou seja, a concessionária está sendo remunerada pela execução destes serviços.

O artigo 9º, § 4º, da Lei nº. 8.987/1995, estabelece que “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”. No mesmo sentido, na Cláusula XIV – Do Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato, item 4 do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 foi ajustado que “Sempre que forem atendidas as condições do CONTRATO de concessão, considera-se mantido seu equilíbrio econômico e financeiro”.

Todavia, a Equipe de Auditoria observou que: i) a Concessionária é remunerada pela construção, manutenção e instalação de equipamentos do Posto de Fiscalização, enquanto o Posto encontra-se desequipado e sem funcionamento; ii) a Concessionária é remunerada pelo apoio e infraestrutura para o desenvolvimento da fiscalização dos veículos e condutores, enquanto a fiscalização não é realizada; iii) a Concessionária é remunerada pela operação dos postos móveis de pesagem, enquanto tal operação não é realizada; e iv) a Concessionária é remunerada para manter um banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado, enquanto tal comunicação não ocorre.

Conforme previsão editalícia e contratual, o posto de fiscalização seria uma unidade rodoviária, implantada ao lado da praça de pedágio da Praia do Sol, 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 dos veículos e condutores. Foi planejado numa concepção modular, para abrigar i) o policiamento rodoviário; ii) a fiscalização e controle de emissão de poluentes; iii) a fiscalização de ICMS; e iv) o módulo de Saúde.

De fato, de acordo com o afirmado pela ARSI no Ofício nº. 204/2013, o posto foi construído e está preparado para instalação de todos os módulos descritos no PER. No entanto, por falta de agente fiscalizador do Poder Concedente, não pode entrar em funcionamento até o presente momento. No período de verão, quando acontece grande fluxo de veículos na rodovia, o posto funciona com o Policiamento Rodoviário.

Desse modo, a opção da Administração por não utilizar o Posto de Fiscalização para os fins previstos no Contrato, na medida em que afeta a operação e a administração de uma pequena parcela do Sistema, constitui verdadeira alteração unilateral do Contrato



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

e deve ser considerado como evento para fins de reequilíbrio econômico-financeiro.

Com isso, a Concessionária não precisou arcar com boa parcela dos custos de administração e manutenção do próprio posto, como mostram a Fotografia 1, a Fotografia 2, a Fotografia 3, a Fotografia 4, a Fotografia 5 e a Fotografia 6 (**vide fls. 10.465, vol. XLIV**), adiante. Assim, ela economizou, por exemplo, com limpeza, segurança patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos necessários ao desempenho dessas atividades.

Da mesma forma, não foram instalados equipamentos previstos, como os i) decodificadores que ficariam sobre a rodovia, que leriam automaticamente o código RENAVAL (placa do veículo) e pesquisariam suas licenças, nos bancos de dados da Autoridade de Trânsito (DETRAN e DENATRAN); ii) equipamentos de comunicação e de acesso ao banco de dados do DETRAN; iii) equipamentos e instrumentos necessários para a verificação do correto funcionamento dos sistemas de segurança veicular (sistema de freios, sistema elétrico e de emergência, etc.) e de emissão de poluentes; e iv) equipamento de comunicação, para acesso ao banco de dados da Secretaria da Fazenda; equipamentos, mobiliário e instrumentos que permitam uma avaliação precisa das condições físicas e psicológicas dos motoristas.

Observe que o investimento previsto no QD5 da Proposta Comercial, fls. 7142 e 7143 deste Processo TC 5591/2013, para este Posto Fiscal é de R\$ 1.042.000,00 (um milhão e quarenta e dois mil reais), mas o valor paradigma da construção deste posto, com cálculo demonstrado na Seção D.14, Apêndice D deste Relatório, fls. 10553 deste Processo TC 5591/2013, é de apenas R\$ 309.249,33 (trezentos e nove mil, duzentos e quarenta e nove reais e trinta e três centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 1998, conforme detalhado na Tabela 31, localizada no Apêndice E deste Relatório de Auditoria, às fls. 10631 deste Processo TC 5591/2013.

Além disso, no QD7 da Proposta Comercial constam saídas de caixa no valor total de R\$ 7.781.232,00 (sete milhões, setecentos e oitenta e um mil, duzentos e trinta e dois reais), com data-base em outubro de 1998, que a Concessionária gastaria com "Material de Escritório", "Materiais Diversos", serviços de "Limpeza" e "Vigilância das Edificações". Obviamente, parcela desses gastos (que pelas limitações dos trabalhos, não foi possível à Equipe de Auditoria quantificar) se referiam aos serviços que seriam prestados no Posto de Fiscalização, mas nunca foram necessários.

Somem-se a esses, os valores economizados com a não operação do sistema de pesagem, como ilustrado na Fotografia 7, na Fotografia 8 e na Fotografia 9 (**vide fls. 10.467, vol. XLIV**), adiante. Apesar dos equipamentos terem sido entregues, ela



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

nunca precisou operá-los, não arcando, conforme QD6, vide fls. 7146 a 7148 deste Processo TC 5591/2013, com os custos de mão-de-obra de "PESAGEM" (Coordenador de Pesagem, Operador de Balança, Auxiliar de Pista), que totalizariam R\$ 1.525.631,28 (um milhão, quinhentos e vinte e cinco mil, oitocentos e trinta e um reais e vinte e oito centavos) durante os 25 (vinte e cinco) anos da concessão.

Outra deficiência verificada pela Equipe de Auditoria refere-se ao Centro de Controle de Operações – CCO. No Plano de Exploração da Rodovia – PER há uma cláusula que afirma que o CCO deverá dispor de bancos de dados operacionais (destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Poder Concedente) adequado às necessidades operacionais do Sistema Rodovia do Sol, incluindo os sistemas de atendimento aos usuários, arrecadação, fiscalização e conservação.

Todavia, relatório de auditoria da Auditoria Geral do Estado, em 2003, afirmou que essa determinação ainda não havia sido cumprida, conforme fls. 539 deste Processo TC 5591/2013. Então, através de contato por e-mail no dia 2 de outubro de 2013, cuja cópia impressa foi incluída no Anexo VIII deste Relatório, esta Equipe de Auditoria inquiriu os funcionários da RODOSOL Marciano Calvi Ferri, Supervisor de Tecnologia da Informação e Eletrônica, e Ednilson Santos e Silva, Gerente de Suporte e Atendimento, sobre a existência ou não desta comunicação. Como nenhuma resposta foi recebida, deduz-se que até hoje essa comunicação não esteja implantada.

A responsável inicial pelo achado de auditoria narrado nesta Seção 2.12 seria a Direção do DER/ES, órgão ao qual cabia, até 2009, a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato. Entre o início do Contrato e o ano de 2009, exerceram (como titulares) o cargo de Direção-Geral do DER/ES, os senhores Jorge Hélio Leal, Sílvio Ramos, Lúcia Vilarinho e Eduardo Antônio Mannato Gimenes.

Todavia, observe que, em relação aos atos praticados há mais de 5 (cinco) anos, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado prescreveu.

Por outro lado, até a data de conclusão da Auditoria aqui relatada, não está prescrita a pretensão punitiva do TCEES em relação aos atos praticados a menos de 5 (cinco) anos pelo senhor Eduardo Antônio Mannato Gimenes, Diretor Presidente do DER/ES durante o ano de 2009, sendo cabível sua responsabilização pelo achado de auditoria narrada nesta Seção 2.12.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Por outro lado, observe que, a partir da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, datado de 16 de novembro de 2009, cabe à ARSI a tarefa de fiscalizar a Concessão e fazer cumprir o Contrato, especialmente, incumbindo-lhe fiscalizar permanentemente a Concessão, intervir nela e alterar o Contrato, conforme sua Cláusula XXIII – Dos Direitos e Obrigações do DER/ES (sub-rogado à ARSI).

Desse modo, considerando a omissão da ARSI em relação à alteração contratual necessária em decorrência da não operação do Posto de Fiscalização e dos postos móveis de pesagem, bem como da inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado, a responsabilidade recai sobre seus Diretores-Gerais nesse período, senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, decretar, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, a prescrição da pretensão punitiva do TCEES, em relação aos senhores JORGE HÉLIO LEAL, SILVIO RAMOS e LÚCIA VILARINHO, ex-Diretores-Gerais do DER/ES, quanto à omissão do DER/ES, em relação à alteração contratual necessária em decorrência da não operação do Posto de Fiscalização e dos postos móveis de pesagem, bem como da inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado;

2. Com fundamento no artigo 207, inciso I, do Regimento Interno do TCEES, determinar a citação dos senhores Eduardo Antônio Mannato Gimeses, José Eduardo Pereira, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e Luiz Paulo de Figueiredo, respectivamente, ex-Diretor-Presidente do DER/ES, ex-Diretor-Geral da ARSI, ex-Diretora-Geral da ARSI e atual Diretor-Geral da ARSI, para, no prazo de 30 (*trinta*) dias, apresentar razões de justificativas sobre a omissão, em 2009 do DER/ES e após 16 de novembro de 2009 da ARSI, em relação à alteração contratual necessária em decorrência da não operação do Posto de Fiscalização e dos postos móveis de pesagem, bem como da inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes);

3. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

30 (*trinta*) dias, manifestem-se sobre a omissão do DER/ES e da ARSI em relação à alteração contratual necessária em decorrência da não operação do Posto de Fiscalização e dos postos móveis de pesagem, bem como da inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

4. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.12, com fundamento no artigo 135, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 207, § 4º, c/c o artigo 389, inciso II, ambos de seu Regimento Interno, aplicar aos responsáveis multa no valor compreendido entre R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

5. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.12, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, os efeitos financeiros decorrentes da não operação do Posto de Fiscalização e dos postos móveis de pesagem, bem como da inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado;

6. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.12, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Serviços Públicos nº. 1/1998 e nele considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, os efeitos financeiros decorrentes da não operação do Posto de Fiscalização e dos postos móveis de pesagem, bem como da inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos "222" ao "236" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreu os seguintes argumentos que subseqüem reproduzidos:

3.11 - Alteração nas exigências de operação/administração

222. O item 3.11 do ITC sustenta a ocorrência de suposta alteração unilateral do contrato, capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 01/1998, o que violaria o art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987 de 13.02.95, bem como sua própria "Cláusula XIV", do item 4, a qual dispõe sobre o "Equilíbrio Econômico e Financeiro do Contrato".

223. Diga-se, desde logo, que as obrigações contratuais que incumbiam à Concessionária foram executadas em estrita consonância com o descrito no Programa de Exploração de Rodovias - PER. Segundo reconhece o próprio relatório, "os serviços ali descritos são: i) Arrecadação do pedágio; ii) Fiscalização de trânsito e transporte; iii) Segurança e conforto dos usuários; iv) Auditoria; v) Fluidez do tráfego" (fls. 10.463).

224. A Equipe de Auditoria alega, por meio do item ora impugnado, o descumprimento dos serviços operacionais acima referidos. Todavia, como já mencionado, os investimentos de responsabilidade da Concessionária, que consistem na construção e manutenção do Posto de Fiscalização, foram regularmente executados. O que se pretende, contudo, é atribuir-lhe, por meio de uma distorcida interpretação do Programa de Exploração de Rodovias - PER, encargos que jamais foram assumidos.

225. O relatório afirma que "conforme previsão editalícia e contratual, o posto de fiscalização seria uma unidade rodoviária, implantada ao lado da praça de pedágio da Praia do Sol, administrada pela concessionária e operada em conjunto com o Poder Concedente" (fls. 10.463).

226. No entanto, o próprio relatório menciona que "de acordo com o afirmado pela ARSI no ofício 204/2013, o posto foi construído e está preparado para instalação de todos os módulos" e conclui afirmando que o Posto de Fiscalização, "por falta de agente fiscalizador do Poder Concedente, não pôde



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

entrar em funcionamento" (fls. 10.464 - destacou-se) . Em outras palavras, no Contrato de Concessão não ficou estabelecido, em momento algum, como obrigação da Concessionária, o emprego de mão de obra para operação do Posto de Fiscalização, que ficou a cargo do Estado.

227. Salta aos olhos, portanto, a flagrante contradição existente no Relatório de Auditoria. Ao mesmo tempo em que imputa à Concessionária o rompimento unilateral do contrato, afirma que o Posto de Fiscalização foi devidamente criado, mas não funciona por falta do Poder Concedente.

228. A Equipe de Auditoria assevera, também, que "a opção da Administração por não utilizar o Posto de Fiscalização [...] constitui verdadeira alteração unilateral do contrato" e "com isso, a Concessionária não precisou arcar com boa parcela dos custos de administração e manutenção" (fls. 10.464).

229. Ademais, ao contrário do que restou afirmado no Relatório, o serviço de manutenção está sendo prestado de forma regular pela Concessionária. Não bastasse isso, além de ter construído e realizado a regular manutenção do aludido Posto de Fiscalização, ainda foram construídos e mantidos dois outros postos, um no KM 0 e outro no KM 13, ambos não previstos contratualmente, que geram custo adicional à RODOSOL.

230. Quanto aos gastos alegadamente evitados pela Concessionária com "material de escritório", "materiais diversos", "serviços de limpeza" e "vigilância das edificações", é necessário esclarecer que não possuem eles qualquer previsão contratual e, desse modo, não podem ser exigidos, o que torna flagrantemente equivocada a afirmação lançada no Relatório de Auditoria.

231. Merece relevante destaque, ainda, a afirmação de que "apesar dos equipamentos terem sido entregues, ela [a concessionária] nunca precisou operá-los, não arcando com os custos de mão-de-obra de 'PESAGEM'" (fls. 10.466).

232. Sempre falando com o devido respeito, tal alegação é carente de fundamento e, por isso, manifestamente descabida. Pretendendo executar o aludido serviço, a Concessionária procurou contratar o pessoal necessário para auxiliar na operação do posto de pesagem (fls. 14.746/14.762), o qual não foi posto em funcionamento por decisão exclusiva do Poder Concedente.

233. Repise-se que a Concessionária construiu o mencionado posto e montou a equipe de apoio para a operação do sistema de pesagem (fls. 14.746/14.762). Entretanto, deveria ele ser operado pelo DER-ES, em conjunto com a Polícia Rodoviária, o que não foi feito. A responsabilidade pela ausência de funcionamento, por óbvio, jamais poderia ser imputada à Concessionária.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

234. Acresça-se a isso, por ser de extrema relevância, que, em contrariedade ao que afirma o relatório, inexistente qualquer benefício a ser suportado pela Concessionária, em decorrência da ausência de funcionamento do serviço de pesagem. Isso porque a não operação do mencionado posto de pesagem lhe traz prejuízos nefastos, pois impõe à ela um custo consideravelmente maior, em virtude do desgaste do pavimento.

235. Acerca da ausência de banco de dados, deve-se esclarecer que tal implementação não geraria qualquer custo adicional à Concessionária. Entretanto, a sua implementação depende da ARSI e do DER-ES, que devem manter, entre si, ligação on line das informações constantes em seus bancos de dados. Desse modo, incumbe a tais órgãos executar o aludido serviço.

236. Dessa forma, seja pela ausência de coerência e fundamento dos apontamentos formulados, seja pelo integral cumprimento das obrigações contratuais pela Concessionária, deverá ser desacolhido o presente item da Instrução Técnica Conclusiva.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade, relativo à *“alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro”*, foi apontado no item 2.12 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e analisado em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pelas partes, no tópico 3.11 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 25.012-25.053.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “222” ao “236” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos por ela apresentados nos parágrafos “242” ao “257” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV)**, nada mais sendo do que mera repetição *ipsis litteris* das alegações tecidas em sua peça contestatória e já profundamente analisadas na ITC 308/2015.

Destaque-se, mais uma vez, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (aprovado pela Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.11 da ITC 308/2015.**



4.17 Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados

Dos Fatos/Auditoria:

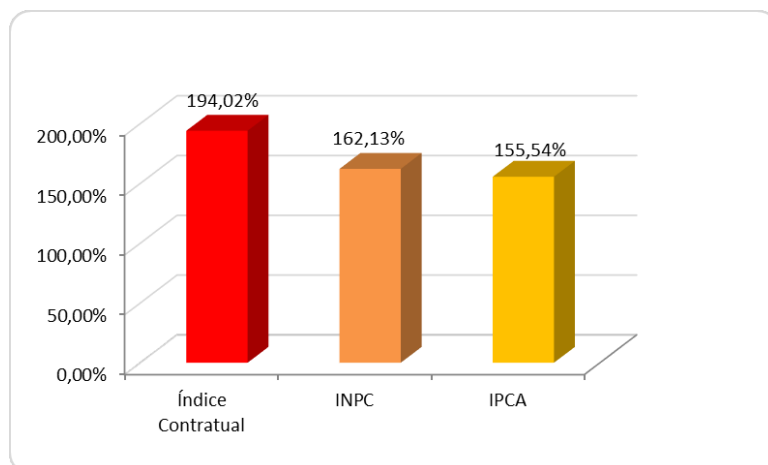
Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditoria no item 2.14 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.14 Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados [QA23]

O Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 previu, em sua Cláusula XIX – Do Reajuste da Tarifa Básica, índice de reajuste obtido por meio de fórmula paramétrica, na qual 90% (noventa por cento) de seu peso está vinculado a índices relacionados à construção e consultoria de obras rodoviárias e apenas 10% (dez por cento) de seu peso advém de índice geral de preços. Entretanto, o cronograma contratual previa obras apenas nos 5 (cinco) primeiros anos da Concessão (até 2003), tornando o índice contratual inadequado para o reajuste a ser realizado nos 20 (vinte) anos restantes da Concessão, caracterizada pela prestação de serviço público.

Para ilustrar o efeito dessa inadequação na tarifa cobrada do usuário, o Gráfico 1, adiante, apresenta a variação entre agosto de 1998 e agosto de 2013 (meses nos quais os índices são coletados para efeito de reajuste contratual) do índice contratual de reajuste frente ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC e ao Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.

Gráfico 1 – Comparativo entre a variação do índice de reajuste contratual frente ao INPC e ao IPCA



Portanto, como se observa no Gráfico 1, o índice de reajuste contratual (sem os efeitos do ISS e do redutor) variou 194,02% (cento e noventa e quatro por cento e dois centésimos por cento) entre agosto de 1998 e agosto de 2013, superando relevantemente a variação dos índices gerais de preços INPC e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

IPCA, que, no mesmo período, variaram 162,13% (cento e sessenta e dois por cento e treze centésimos por cento) e 155,54% (cento e cinquenta e cinco por cento e cinquenta e quatro centésimos por cento), respectivamente.

Logo, no período, o índice de reajuste contratual variou 22,15% (vinte e dois por cento e quinze centésimos por cento) $[(194,02\%) \times 2 / (162,13\% + 155,54\%)]$ a mais que a média da variação dos índices gerais de preços INPC e IPCA.

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

1. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, manifestem-se sobre a inadequação do índice de reajuste contratual frente ao perfil dos serviços prestados e sobre seu descolamento em relação aos índices gerais de preços INPC e IPCA (inclusive sobre a possibilidade de o TCEES acolher a proposta de encaminhamento seguinte), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;
2. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.14, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), com fundamento no artigo 1º, inciso XXXVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, c/c o artigo 206, § 2º, do Regimento Interno do TCEES, recomendar à ARSI que, no prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias, tome as providências necessárias a obter, mediante acordo com a Concessionária Rodovia do Sol S.A., a alteração da fórmula de reajuste contratual, de modo a torná-la mais adequada ao perfil dos serviços prestados no âmbito da Concessão do Sistema Rodovia do Sol.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “237” ao “244” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.13 - Índice de reajuste

237. O Relatório de Auditoria sustenta a inadequação do índice contratual utilizado para reajuste, considerando que a "Cláusula



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

XIX", do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 01/1998 previu que o índice de deveria ser obtido "por meio de fórmula paramétrica, na qual 90% (noventa por cento) de seu peso está vinculado a índices relacionados à construção e consultoria de obras rodoviárias e apenas 10% (dez por cento) de seu peso advém de índice geral de preços", entretanto o cronograma contratual teria estabelecido obras somente nos primeiros 5 (cinco) anos, motivo pelo qual supostamente não seria adequado ao contrato em questão.

238. Esclareça-se, em primeiro lugar, que os índices de reajuste foram determinados pelo Edital de Licitação. Em segundo lugar, **retratam a variação dos preços dos principais componentes de custos considerados na proposta comercial**, motivo pelo qual não há o que se falar em inadequação da tarifa cobrada do usuário, tampouco se mostra relevante à [sic] demonstração comparativa relativa às variações do índice contratual de reajuste frente ao INPC e ao IPCA.

239. Considerando que o índice de reajuste a ser adotado deve retratar a variação efetiva do custo de produção, não é possível estabelecer como regra geral um índice de reajustamento, devendo a proposta refletir, baseada nas especificidades de cada contrato administrativo, aquele que melhor se aplica, com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste sentido, leciona MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

"o reajuste da tarifa possui a fiel missão de manter sempre aquecida a equação econômico-financeira do contrato administrativo, restaurando sua forma primitiva." (MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, O Contrato Administrativo, Ed. América Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, p. 281)

240. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do serviço público, por sua vez, baseia-se na conservação das condições previstas inicialmente na proposta apresentada pela concessionária, nos termos do art. 37, XXI da Constituição da República.

241. Ora, se o Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998 previu em sua "cláusula XIX – do reajuste e da tarifa básica" que o índice de reajuste seria obtido por meio de fórmula paramétrica, na qual 90% do seu peso estaria vinculado a índices relacionados à construção e consultoria de obras rodoviárias, a alteração da fórmula de reajuste contratual, neste momento, configuraria verdadeiro desequilíbrio econômico do contrato.

242. Ademais, o índice de reajuste estabelecido retrata a alocação de riscos adotada pelas partes, de modo que a escolha pela fórmula paramétrica está intimamente ligada à capacidade de minimizar o risco da concessionária, já que quanto maior o risco, melhor deve ser o custo oportunidade [sic] do empreendimento, como forma de sua manutenção equânime e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

proporcional, sem que ocorra um prejuízo injustificado por parte da concessionária de serviço público.

243. Além disso, como demonstra o gráfico abaixo, a fórmula de reajuste prevista contratualmente, desde o ano de 2009, se mostra mais vantajosa para o usuário do Sistema Rodosol do que os índices propostos pelo Relatório RA-E 10/2014:

COMPARATIVO DE ÍNDICES

1999 a 2003

IPCA

Agosto-99	Agosto-00	Agosto-01	Agosto-02	Agosto-03
5,69	7,86	6,41	7,46	15,07

INPC

Agosto-99	Agosto-00	Agosto-01	Agosto-02	Agosto-03
5,25	7,86	7,31	7,31	17,53

Contrato

Agosto-99	Agosto-00	Agosto-01	Agosto-02	Agosto-03
12,75	9,85	8,04	10,70	15,23

2004 a 2008

IPCA

Agosto-04	Agosto-05	Agosto-06	Agosto-07	Agosto-08
7,18	6,02	3,84	4,18	6,17

INPC

Agosto-04	Agosto-05	Agosto-06	Agosto-07	Agosto-08
6,64	5,01	2,85	4,82	7,15

Contrato

Agosto-04	Agosto-05	Agosto-06	Agosto-07	Agosto-08
8,58	7,71	4,64	3,59	9,15

2009 a 2013

IPCA

Agosto-09	Agosto-10	Agosto-11	Agosto-12	Agosto-13
4,36	4,49	7,23	5,24	6,09

INPC

Agosto-09	Agosto-10	Agosto-11	Agosto-12	Agosto-13
4,44	4,29	7,40	5,39	6,07

Contrato

Agosto-09	Agosto-10	Agosto-11	Agosto-12	Agosto-13
2,39	5,01	4,29	5,15	5,20

244. Bem vistas as coisas, seja pelo (a) equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (b) pela alocação dos riscos prevista pelo Edital de Licitação; ou (c) pelo cumprimento das condições



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

estabelecidas nos contratos celebrados, deverá ser desacolhido o item “2.14” do Relatório de Auditoria.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O indicativo de irregularidade referente ao “*Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados*”, ora revisitado, encontra-se indigitado no item 2.14 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e foi analisado, em cotejo com os argumentos de defesa apresentados, no tópico 3.13 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 25.088-25.103.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “237” ao “244” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos por ela apresentados nos parágrafos “258” ao “265” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).** Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças.

Destaque-se, mais uma vez, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (aprovado pela Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.13 da ITC 308/2015.**

4.18 Obras executadas com qualidade inferior à contratada

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditoria no item 2.16 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

2.16 Obras executadas com qualidade inferior à contratada [QA13]

O Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, incluso no Anexo IV deste Relatório de Auditoria, no que se refere à qualidade das obras executadas no bojo da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, dispõe na Cláusula XVII – Da Qualidade das Obras e Serviços – e na Cláusula LXV – Da Fiscalização da Concessão – o seguinte:

Cláusula XVII – Da Qualidade das Obras e Serviços

1. Os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da **qualidade das obras** e dos serviços constam do PROGRAMA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, anexo à este CONTRATO. [grifo nosso]

[...]

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 das especificações, parâmetros e padrões de qualidade estabelecidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO e nas normas técnicas aplicáveis;

[...]

19. O DER/ES rejeitará, no todo ou em parte, a obra ou o serviço executado em desconformidade com as cláusulas deste CONTRATO, com as condições do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, com as normas técnicas para execução de obras e serviços do DER/ES ou com as normas técnicas da ABNT. [grifo nosso]

Desse modo, o Programa de Exploração da Rodovia – PER, parte integrante do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, contém os critérios e parâmetros de qualidade que deveriam ter sido observados na execução das obras no Sistema. Também assim, em caso de não atendimento dos critérios estabelecidos no PER, ou daqueles definidos nas normas técnicas da ABNT e do DER/ES, a obra ou os serviços deveriam ser rejeitados pelo DER/ES, pois a fiscalização não pode aceitar a entrega de um objeto com qualidade inferior à exigida pelas normas técnicas e pelo Contrato.

Todavia, no caso da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, contrariando as normas técnicas e o disposto no ajuste contratual, o DER/ES não rejeitou as obras que foram executadas sem a qualidade definida no Edital (englobando o PER, as normas da ABNT e as normas do DER/ES).

De fato, no Apêndice Q deste Relatório de Auditoria, a partir das fls. 10850 deste Processo TC 5591/2013, a Equipe de Auditoria apresenta um avaliação da qualidade do produto “obra” na Concessão, especificamente em relação às características geométricas da plataforma rodoviária (sobretudo quanto à sua classe) e à conformidade do pavimento às respectivas normas técnicas (inclusive, quanto ao dimensionamento e a controles tecnológicos).

Quanto à classe rodoviária, a avaliação apresentada na Seção Q.1, Apêndice Q, fls. 10851 e seguintes deste Processo TC



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

5591/2013, mostra que na **1ª etapa do Contorno de Guarapari**, trecho entre Setiba e a interseção com a Rodovia Jones dos Santos Neves, cuja extensão total é de 10.900,00 m (*dez mil e novecentos metros*), nada menos que 2.260,00 m (*dois mil, duzentos e sessenta metros*) não atendem aos critérios de qualidade contratados. Ou seja, naquele trecho, **no que tange à classe rodoviária, 20,73% (vinte por cento e setenta e três centésimos por cento) do produto foi entregue pela Concessionária em qualidade inferior à contratada pela Administração e remunerada pelos usuários.**

Na **2ª etapa do Contorno de Guarapari**, trecho compreendido entre a interseção com a Rodovia Jones dos Santos Neves e Meaípe, cuja extensão é de 16.677,00 m (*dezesesseis mil, seiscentos e setenta e sete metros*), nada menos que 1.840,00 m (*mil, oitocentos e quarenta metros*) não atendem aos critérios de qualidade contratados. Ou seja, naquele trecho, **no que tange à classe rodoviária, 11,03% (onze por cento e três centésimos por cento) do produto foi entregue pela Concessionária em qualidade inferior à contratada pela Administração e remunerada pelos usuários.**

Conforme exposto na referida Seção Q.1, Apêndice Q, **para adequar o Contorno de Guarapari à qualidade para qual a Concessionária foi contratada e pela qual foi remunerada, especificamente no que tange à classe rodoviária, seriam necessárias intervenções (obras e serviços de engenharia) no trecho, de forma a se obter inclinação máxima de 4% (quatro por cento).**

Quanto ao dimensionamento do pavimento, a avaliação apresentada na Seção Q.2, Apêndice Q, a partir das fls. 10853 deste Processo TC 5591/2013, mostra que na **duplicação da ES-060, trecho entre a interseção com a Rodovia Darly Santos e Setiba**, considerando o estudo de tráfego realizado pela licitante vencedora da Concorrência para Concessão do Sistema Rodovia do Sol S.A., apresentado em sua Proposta Comercial, inclusa no Anexo IV deste Relatório de Auditoria, a indicação técnica correta, para atender aos critérios de qualidade impostos pelo Contrato e remunerados pelos usuários, seria projetar uma camada de revestimento em concreto betuminoso com 10 cm (*dez centímetros*) de espessura. Todavia, em análise dos desenhos técnicos, do “Relatório de Projeto” e “Memória Justificativa” encaminhados pelo DER/ES, **verifica-se a indicação da espessura de 5 cm (cinco centímetros) nos eixos principais, portanto, a metade dos 10 cm (dez centímetros) necessários para atender aos critérios de qualidade impostos pelo Contrato e remunerados pelos usuários.** Ou seja, **já no projeto desse trecho da rodovia, a Concessionária não buscou entregar um produto com qualidade equivalente à contratada pela Administração e remunerada pelos usuários.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

No **Contorno de Guarapari**, considerando o estudo de tráfego realizado pela licitante vencedora da Concorrência para Concessão do Sistema Rodovia do Sol S.A., apresentado em sua Proposta Comercial, inclusa no Anexo IV deste Relatório de Auditoria, a indicação técnica correta, para atender aos critérios de qualidade impostos pelo Contrato e remunerados pelos usuários, seria projetar uma camada de revestimento em concreto betuminoso com 7,5 cm (*sete centímetros e meio*) de espessura. Todavia, em análise dos desenhos técnicos, do “Relatório de Projeto” e “Memória Justificativa” encaminhados pelo DER/ES, **verifica-se a indicação da espessura de 5 cm (cinco centímetros) nos eixos principais, portanto, a 33% (trinta e três por cento) abaixo dos 7,5 cm (sete centímetros e meio) necessários para atender aos critérios de qualidade impostos pelo Contrato e remunerados pelos usuários.** Ou seja, **já no projeto desse trecho da rodovia, a Concessionária não buscou entregar um produto com qualidade equivalente à contratada pela Administração e remunerada pelos usuários.**

Assim, conforme exposto na referida Seção Q.2, Apêndice Q, **para adequar a duplicação da ES-060 e o Contorno de Guarapari à qualidade para qual a Concessionária foi contratada e pela qual foi remunerada, especificamente no que tange ao dimensionamento do pavimento, seriam necessárias intervenções (obras e serviços de engenharia) no trecho, 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.**

Pior, **os controles tecnológicos** apresentados na Seção Q.3, Apêndice Q deste Relatório de Auditoria, fls. 10861 e seguintes deste Processo TC 5591/2013, **mostram que todas as camadas constitutivas do pavimento, executadas pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., comprovadamente, apresentam problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem.** Com isso, considerando os dispositivos contratuais transcritos no início desta Seção 2.16, o DER/ES deveria tê-las rejeitado, pois não atendiam aos critérios de qualidade contratuais, inclusive os oriundos de normas técnicas.

Em detida análise da Tabela 115, a Tabela 116, a Tabela 117, a Tabela 118 e a Tabela 119, todas apresentadas no Apêndice R deste Relatório de Auditoria, a partir das fls. 10869 deste Processo TC 5591/2013, nota-se que **nenhum dos 20 (vinte) pontos investigados pela Equipe de Auditoria passou incólume aos ensaios executados.** Esse é o resultado apresentado nos ensaios e controles tecnológicos, resumidos no Quadro 1, mostrado adiante.

Quadro 1 – Resultados dos controles tecnológicos



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ANÁLISE DOS CONTROLES TECNOLÓGICOS - RESUMO
INCIDÊNCIA DE AMOSTRAS COM DESCONFORMIDADES TÉCNICAS

ENSAIO	CAPA	BASE	SUB-BASE	SUBLEITO
Índice de Suporte Califórnia	NE	10 %	50 %	89,5 %
Expansão	NE	Conforme	Conforme	Conforme
Grau de Compactação	NA	20 %	55 %	21 %
Espessura da Camada	100 %	50 %	60 %	NA
Índice de Grupo	NE	NE	75 %	NA
Granulometria	NA	85 %	NE	NA
LL & IP & EA	NA	Conforme	NE	NE

Legenda:

NE: Não Exigido (não consta da norma técnica como condição para aceitação do serviço executado)

NA: Não Analisado (consta da norma técnica como condição para aceitação do serviço executado)

LL: Limite de Liquidez

LP: Limite de Plasticidade

EA: Equivalente de Areia

Grave, por exemplo, a situação encontrada no subleito, importante camada cujo comprometimento põe em risco todas as demais camadas constitutivas do denominado pavimento, ainda que essas sejam executadas à perfeição técnica, uma vez que as sustenta. Nessa camada, como se observa no resumo dos resultados dos ensaios apresentados na Tabela 119, Apêndice R deste Relatório de Auditoria, fls. 10878 e seguintes deste Processo TC 5591/2013, duas das suas exigências normativas cruciais, a saber, o “Índice de Suporte Califórnia” e o “Grau de Compactação”, especialmente o primeiro, deixam a desejar, cujos resultados encontrados em quase 90% (*noventa por cento*) dos 20 (*vinte*) locais estudados pela Equipe de Auditoria ficaram bem abaixo do mínimo requerido de 12% (*doze por cento*), numa média de 7,15% (*sete por cento e quinze centésimos por cento*), com valores variando entre 10,7% (*dez por cento e setenta centésimos por cento*) e 2,5% (*dois e meio por cento*).

Portanto, para adequar o trecho concedido à qualidade para qual a Concessionária foi contratada e pela qual foi remunerada, especificamente no que tange a qualidade das camadas do pavimento, seriam necessárias intervenções (obras e serviços de engenharia) de forma que o subleito, a sub-base e a base alcancem os critérios definidos pelas normas técnicas e pelo Contrato, conforme enumerados na Seção Q.3, Apêndice Q deste Relatório de Auditoria, fls. 10861 e seguintes deste Processo TC 5591/2013.

Deve-se destacar que esta auditoria não é o foro adequado para determinar o montante que seria suficiente para realizar as intervenções (obras e serviços de engenharia) indicadas como necessárias para adequar o trecho concedido aos critérios de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

qualidade que a Concessionária está obrigada a atender, sendo inclusive remunerada pelos usuários para isso. Logo, **embora a entrega de obras que não atendam à qualidade contratada seja um evento causador de desequilíbrio do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES**, neste Relatório (especialmente, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro realizada no Apêndice O deste Relatório de Auditoria, fls. 10751 e seguintes deste Processo TC 5591/2013) **ela não foi uma das ocorrências consideradas e tal montante não está contido no achado de auditoria relatado na Seção 2.18**, neste Capítulo 2, a partir das fls. 10498.

As obras iniciais de ampliação e recuperação, previstas na Concessão do Sistema do Sol, foram realizadas, primordialmente, entre os anos de 1999 e 2003, período no qual sua fiscalização, conforme Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, cabia ao DER/ES. Nesse período, conforme documentação apresentada, o DER/ES criou o Grupo de Fiscalização de Concessões, cujo chefe era o engenheiro Altamiro Thomaz. Porém, apesar das inúmeras deficiências, relativas à qualidade das obras, apontadas no achado de auditoria aqui relatado, não há na documentação apresentada à Equipe de Auditoria protesto a esse respeito, configurando a omissão do agente responsável pela sua fiscalização.

Todavia, observe que as referidas obras, foram executadas com qualidade inferior à devida, primordialmente, até o ano de 2003, portanto, há mais de 10 (*dez*) anos. A omissão ocorreu, portanto, naquela época. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro Altamiro Thomaz, Chefe do Grupo de Fiscalização de Concessões do DER/ES no período de execução das obras de ampliação e recuperação, **quanto à omissão em apontar as deficiências na qualidade das obras da Concessão do Sistema Rodovia do Sol**;

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI, do DEPARTAMENTO DE



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – der/es e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a execução das obras em qualidade inferior à contratada (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)**, uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.16, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **i) o DER/ES, em conjunto com a ARSI, avalie o montante que seria suficiente para realizar as intervenções (obras e serviços de engenharia) necessárias para adequar o trecho concedido aos critérios de qualidade previstos no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, do DER/ES; ii) a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, a entrega de obras que não atenderam à qualidade contratada, no montante apurado em conjunto com o DER/ES, que seria suficiente para realizar as intervenções (obras e serviços de engenharia) necessárias para adequar o trecho concedido aos critérios de qualidade previstos no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998;**

4. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.16, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que **a ARSI, com o suporte do DER/ES, tome as medidas previstas**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

contratualmente de forma a exigir da empresa Concessionária as intervenções (obras e serviços de engenharia) necessárias para adequar o trecho concedido aos critérios de qualidade previstos no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos "245" ao "266" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.15 - Obras executadas em conformidade ao contratado

(i) Esclarecimento necessário

245. O item 3.15 do ITC 38/2015 (sic) corrobora o item 2.16 do Relatório de Auditoria, que afirma, às fls. 10.484, que "no caso da Concessão do sistema Rodovia do Sol, contrariando as normas técnicas e o disposto no ajuste contratual, o DER/ES não rejeitou as obras que foram executadas sem a qualidade definida no Edital (englobando o PER e as normas da ABNT e as normas do DER/ES)".

246. Entretanto, como será demonstrado a seguir, a aludida afirmação carece de amparo, pois todas as obras foram realizadas regularmente, atendendo os padrões de qualidade determinados no Programa de Exploração de Rodovia - PER.

247. Inicialmente, é necessário informar que o Manual de Projeto Geométrico de Rodovias Rurais, editado pelo DNIT em 2006, o qual afirma que *"em alguns casos especiais, poderá se tornar necessário empregar valores inferiores aos recomendados, à luz das circunstâncias locais"*.

248. A título de exemplo deve-se mencionar o tema da inclinação das rampas, as quais supostamente se encontram irregulares. Como será melhor demonstrado a seguir, a alteração realizada na inclinação foi solicitada e aprovada pelo Poder Concedente com o intuito de se evitar relevante impacto ambiental. Paralelamente à isso, não há qualquer registro de congestionamentos devido à diminuição da capacidade da rodovia nos segmentos apontados, em virtude da redução da velocidade dos veículos, tampouco acidentes que pudessem indicar qualquer comprometimento quanto à segurança, que possam ser atribuídos a mencionada inclinação.

(ii) Inclinação das rampas

249. Segundo a avaliação apresentada na Seção Q.1, Apêndice "Q", fls. 10.851 e seguintes, a 1ª etapa do Contorno de Guarapari, *"foi entregue pela concessionária em qualidade inferior à contratada pela Administração e remunerada pelos usuários"* (fls. 10.484). Quanto à 2ª etapa do contorno de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Guarapari, afirma-se que o trecho que abrange 1.840 metros "*não atende aos critérios de qualidade contratados*" (fls. 10.484).

250. Relatório aponta que, para adequar a qualidade dos trechos citados acima, deveria haver intervenções de engenharia, de forma a se obter uma inclinação máxima não superior a de 4%. Ocorre que, como é sabido, as normas de projetos e construções rodoviárias admitem, em casos específicos, a implantação de rampas máximas maiores do que nela previsto, desde que haja fundamentação técnica (fls. 14.779/14.817).

251. Diante disso, a RODOSOL encaminhou correspondência ao DER-ES, por meio da qual demonstrou, justificadamente, a necessidade de que fosse alterada a inclinação das rampas em alguns trechos da rodovia (fls. 14.818/14.822). Em síntese, foi explanado que, caso a Concessionária adequasse a inclinação para 4%, a fim de seguir estritamente o que prevê a norma, seria causado calamitoso impacto ambiental na região. Evidentemente por isso, o DER-ES aprovou a inclinação da rampa até 6% (fls. 14.818/14.822).

252. Acresça-se, inclusive como já mencionado anteriormente, que o aumento da inclinação de 4% para 6%, além de evitar a ocorrência de dano ambiental na região, não traz qualquer prejuízo aos usuários, porquanto inexistem congestionamentos ou acidentes no aludido trecho, capazes de serem atribuídos às rampas.

253. Não resta dúvida, portanto, que medida adotada de aumentar a inclinação das rampas, localizadas na 1ª e na 2ª etapa do Contorno de Guarapari, não só foi devidamente autorizada pelo Poder Concedente, como também não traz qualquer prejuízo, a quem quer que seja.

(iii) Dimensionamento do pavimento

254. A Equipe de Auditoria indica, ainda, que a camada de revestimento em concreto betuminoso, no trecho que compreendido entre a interseção com a Rodovia Darly Santos e Setiba, deveria ser de 10 cm, mas, de acordo com a análise realizada, a espessura existente é de 5 cm. Já no Contorno de Guarapari, considerando o estudo de tráfego apresentado pela concessionária, deveria ser projetada uma camada de revestimento em concreto betuminoso com 7,5 cm, e não 5 cm.

255. Diga-se, por relevante, que os equivocados resultados obtidos por meio da abordagem metodológica empregada pelo Relatório de Auditoria não apresentam a realidade da obra, principalmente diante da simplificação de cálculo adotada, em detrimento da consideração de particularidades do empreendimento.

256. Ademais, o fato da Equipe de Auditoria não possuir acesso aos dados que deram origem aos parâmetros apresentados no Quadro 12, não significa que tais dados não tenham validade, podendo ser descartados quando da definição do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

dimensionamento do pavimento, como fez o Relatório de Auditoria.

257. Forçoso lembrar, ainda, que o projeto foi elaborado de acordo com as metodologias da *Americam Association of State Highway and Transportation Officials - AASHTO* e do *U.S. Army Corps of Engineers*, as quais são também adotadas pelo DNIT, e, ao final, foi submetido ao DER-ES, que o aprovou.

258. Não bastasse isso, as premissas e os dados dos quais parte o Relatório de Auditoria são sempre os mais críticos possíveis de ocorrer em qualquer trecho. A tabela adotada no cálculo apresentado pela Equipe de Auditoria remete à seguinte situação: todos os caminhões trafegam com 100% de sua capacidade de carga em ambos os sentidos da rodovia.

259. Se se permite explicar o óbvio, caso possam ser adotados os mesmos parâmetros do Relatório de Auditoria, o que se faz apenas para argumentar, se teria a seguinte situação: um caminhão que transporta um bloco de granito de Cachoeiro de Itapemirim para um determinado local em Vila Velha, onde será dividido em placas para posterior distribuição, voltaria ao ponto inicial carregado com outro bloco, de igual peso — sempre sendo ele o máximo que o veículo pode suportar. Nada mais aberrante.

260. Para se lançar uma pá de cal nos cálculos elaborados pela Equipe de Auditoria, a Concessionária pede licença para juntar, a esta defesa: (a) parecer técnico demonstrando o dimensionamento conforme o fluxo da proposta e também nas condições de fluxo realizadas durante o contrato; e (b) cálculo que possui como parâmetro a situação real da rodovia, pelo tráfego da duplicação e do contorno (fls. 14.779/14.817).

261. Por essas razões, seja pela total ausência de fundamento que justifique a utilização dos parâmetros empregados pelo Relatório de Auditoria em seus cálculos, seja pela evidente adequação do dimensionamento do pavimento, corroborada pelo parecer e cálculos aqui anexados, deverá, por mais esse motivo, ser descartado o apontamento referente ao presente item.

(iv) Controle tecnológico

262. Alega-se, também, que *"todas as camadas constitutivas do pavimento, executadas pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., comprovadamente, apresentam problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem"* (fls. 10.486),

263. No entanto, os locais escolhidos pela Equipe de Auditoria, em desacordo com as normas técnicas, para a retirada de amostras não se demonstram adequados, o que prejudicou o objetivo dos trabalhos: caracterizar a estrutura do pavimento.

264. Quando se busca executar o controle tecnológico de uma via para a verificação de sua qualidade, se faz necessário definir corretamente a posição dos sítios de investigação geotécnica. A complexidade de tal definição decorre do fato de que a escolha



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

deve obter um ponto de investigação que proporcione um resultado homogêneo.

265. Desse modo, a escolha dos locais de prospecção para a análise de uma determinada posta deverá ser realizada em pontos nos quais não se encontram degradados pela ocorrência de deformações plásticas, afundamentos localizados, fissurações elevadas e trilha de rodas.

266. Assim, por qualquer ângulo que se examine a questão, não se verifica qualquer elemento que macule a qualidade das obras realizadas, motivo pelo qual deverão ser descartados os ensaios tecnológicos erroneamente produzidos pela Equipe de Auditoria.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade, relativo às “*Obras executadas com qualidade inferior à contratada*”, foi apontado no item 2.16 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e analisado em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pelas partes, no tópico 3.15 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 25.118-25.171.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos “245” ao “266” do documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos por ela apresentados nos parágrafos “274” ao “297” da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV)**, nada mais sendo do que mera repetição *ipsis litteris* das alegações tecidas em sua peça contestatória e já profundamente analisadas na ITC 308/2015.

Destaque-se, mais uma vez, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (aprovado pela Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.15 da ITC 308/2015.**

4.19 Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio

Dos Fatos/Auditoria:

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditoria no item 2.17 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2.17 Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio [QA13; QA15; QA24; QA25; QA26; QA27]

O Edital de Concorrência para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, incluso no Anexo III deste Relatório de Auditoria, em sua Seção VII, item 9, regulou o seguinte:

SEÇÃO VII

Do Tipo de Concorrência e do Critério de Julgamento

9. A Concorrência será do tipo "menor tarifa", previsto no inciso I do art. 16 da Lei Estadual nº. 5.720, observado o valor máximo da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO estabelecido neste EDITAL.

Tal opção encontra guarida no artigo 15, inciso I, da Lei nº. 8.987/1995, (norma geral que rege as concessões de serviços públicos) e no artigo 16, inciso I, da Lei Estadual nº. 5.720/1998. Noutro dispositivo, precisamente no item 170, estabeleceu que *"170. O critério de julgamento da Licitação será o de 'MENOR TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO' proposta, observado o limite máximo estabelecido (...)".*

Cabe esclarecer que, no caso da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, quando se fala em Tarifa Básica de Pedágio quer-se referir à tarifa a ser cobrada, no início da Concessão, dos veículos enquadrados na categoria 1 que transitaram na Terceira Ponte. Esse seria o critério para a disputa no certame. Por outro lado, a tarifa inicial a ser cobrada na praça de pedágio localizada na Praia do Sol (quando satisfeitas as condições previstas no Edital) foi, desde logo, fixada no ato de convocação da Concorrência.

De fato, no Anexo VI (Estrutura Tarifária) do referido Edital, também incluído no Anexo III deste Relatório de Auditoria, o DER/ES fixou o limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio, aplicável à Terceira Ponte, em R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos de real). Fixou, também, em R\$ 2,80 (dois reais e oitenta centavos) a tarifa inicial a ser cobrada na praça de pedágio localizada na Praia do Sol (quando satisfeitas as condições previstas no Edital).

Por óbvio, tendo em conta todo o modelo de concessão desenhado no Edital de Concorrência para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, na definição desse limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio, a Administração deveria fundar-se nos projetos, estudos e avaliações realizadas ainda na fase interna da licitação, considerando, de um lado, as despesas e os investimentos necessários (em seu valor estimado), e, de outro lado, as receitas auferidas (em seu valor estimado).

Inclusive, esse é o único procedimento que atende ao princípio da modicidade tarifária, pilar da prestação de serviço adequado, pressuposto de qualquer concessão.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Infelizmente, pode-se afirmar que, com base no narrado no achado de auditoria relatado na Seção 2.2 deste Capítulo 2, fls. 10358 e seguintes, não existem estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento que reflitam as condições definidas pelo Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998.

Porém, como afirmado naquele ponto deste Relatório de Auditoria, com as adequações necessárias para atualizá-lo às condições do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, é útil considerar os dados e, especialmente, as premissas do “Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060)”, datado de março de 1997, com as condições que serviram de base para o lançamento do Edital de Concorrência SETR CN – 001/97, conforme fls. 2229 a 2242 deste Processo TC 5591/2013.

Desse modo, para avaliar se o valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte (fixado no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998) atendeu ao princípio da modicidade (não estando eivada de sobrepreço), tendo sido definido com apoio nos preços regulares de mercado, a Equipe de Auditoria, no Apêndice L deste Relatório, fls. 10676 e seguintes, chegou ao valor paradigma da tarifa, com base, de um lado, em preços de investimentos e despesas que espelhavam a realidade do mercado no momento da licitação, e, de outro lado, na previsão de receitas que seriam auferidas durante a Concessão.

Deve estar claro que a avaliação, a detalhada no referido Apêndice L, é a mesma que poderia ser realizada (inclusive pela própria Administração, por qualquer licitante, ou por esta Casa de Controle Externo) à época da licitação, tratando-se, portanto, de uma “*fotografia*” daquele momento, anterior à execução do contrato, e de sua própria tratativa.

É aqui relevante a informação, contida no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060), às fls. 2237 deste Processo TC 5591/2013, assim transcrita:

Para determinar o valor do pedágio foram levados em consideração todos os parâmetros definidos acima, de forma a se atingir uma receita que permita à Concessionária realizar todos os investimentos necessários, manter o sistema com padrões internacionais de conforto e segurança, pagar o valor devido ao Poder Concedente e os impostos devidos, e, ao mesmo tempo, viabilizar uma **Taxa Interna de Retorno (TIR)** para o empreendimento entre **18% e 20% a.a.** [grifo do original]

Observe, portanto, que **a Administração considerava de mercado, à época, uma Taxa Interna de Retorno – TIR entre 18% a.a. (dezoito por cento ao ano) e 20% a.a. (vinte por cento ao ano).**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Por esse motivo, no intuito de deter mais subsídios para a avaliação do valor do limite máximo e da própria aceitabilidade da Tarifa Básica de Pedágio contratada para a Terceira Ponte, no Apêndice L, a partir das fls. fls. 10676, a Equipe de Auditoria avaliou: i) a Taxa Interna de Retorno – TIR do projeto, para a Tarifa Básica de Pedágio – TBP fixada em R\$ 0,95 (*noventa e cinco centavos*); ii) o valor da TBP, para obter uma TIR do projeto tão próxima quanto possível de 18% a.a. (*dezoito por cento ao ano*), limite inferior do intervalo considerado no item 8 do Estudo de viabilidade Econômico-financeira para concessão da Rodovia do Sol (ES-060), Versão III de março de 1997, fls. 2237 deste Processo TC 5591/2013; iii) o valor da TBP, para obter uma TIR do projeto tão próxima quanto possível de 20% a.a. (*vinte por cento ao ano*), limite superior do intervalo considerado no item 8 do referido Estudo, fls. 2237 deste Processo TC 5591/2013; iv) o valor da TBP, para obter uma TIR do projeto igual tão próxima quanto possível de 16,80% a.a. (*dezesesseis por cento e oitenta centésimos por cento ao ano*), valor declarado na Proposta Comercial da licitante vencedora.

Como primeiro resultado, a Equipe de Auditoria concluiu que, conforme apresentado na Seção L.4 do Apêndice L deste Relatório de Auditoria, fls. 10686 deste Processo TC 5591/2013, considerando as entradas e saídas de caixa do projeto “Concessão do Sistema Rodovia do Sol”, nos moldes especificados à época da licitação no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, **fixando-se a Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte em 0,95 (noventa e cinco centavos de real), a Taxa Interna de Retorno do projeto, ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos da Concessão, seria 20,94% a.a (vinte por cento e noventa e quatro centésimos por cento ao ano)**, conforme calculado nos Quadros 13 e 14, apresentados na Tabela 56 e na Tabela 57, inclusas no Apêndice M, respectivamente, às fls. 10704, e seguinte, e às fls. 10706, e seguinte.

Portanto, **o valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio fixado no Edital, que ocasiona uma Taxa Interna de Retorno do projeto superior a 20% a.a (vinte por cento ao ano), segundo as premissas definidas pela própria Administração, era inaceitável, uma vez que estava eivado de sobrepreço.**

Observe que, por um lado, conforme apresentado na Seção L.5 do Apêndice L deste Relatório de Auditoria, fls. 10687 deste Processo TC 5591/2013, considerando o volume anual de tráfego e as saídas de caixa do projeto “Concessão do Sistema Rodovia do Sol”, nos moldes especificados à época da licitação no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, **para se obter uma Taxa Interna de Retorno do projeto, ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos da Concessão, de 17,98% a.a (dezesete por cento ao ano e noventa e oito centésimos por cento), o valor fixado para a Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte deveria ser de R\$ 0,82 (oitenta e**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

dois centavos de real), conforme Quadros 2A, 2C, 13 e 14, apresentados, respectivamente, na Tabela 58 (fls. 10708 e seguinte), na Tabela 59 (fls. 10710 e seguinte), na Tabela 60 (fls. 10712 e seguinte) e na Tabela 61 (fls. 10714 e seguinte), todas inclusas no Apêndice M deste Relatório de Auditoria.

Por outro lado, conforme apresentado na Seção L.6 do Apêndice L deste Relatório de Auditoria, fls. 10688 deste Processo TC 5591/2013, considerando o volume anual de tráfego e as saídas de caixa do projeto “Concessão do Sistema Rodovia do Sol”, nos moldes especificados à época da licitação no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, para se obter uma Taxa Interna de Retorno do projeto, ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos da Concessão, de 20,01% a.a (vinte por cento e um centésimo por cento ao ano), o valor fixado para a Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte deveria ser de R\$ 0,91 (noventa e um centavos de real), conforme Quadros 2A, 2C, 13 e 14, apresentados, respectivamente, na Tabela 62 (fls. 10716 e seguinte), na Tabela 63 (fls. 10718 e seguinte), na Tabela 64 (fls. 10720 e seguinte) e na Tabela 65 (fls. 10722 e seguinte), todas inclusas no Apêndice M deste Relatório de Auditoria.

Logo, segundo as premissas definidas pela própria Administração, o valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio deveria ter sido fixado num valor entre R\$ 0,82 (oitenta e dois centavos de real) e R\$ 0,91 (noventa e um centavos de real), nunca em R\$ 0,95 (noventa e cinco centavos de real).

Outra conclusão relevante é que, conforme apresentado na Seção L.7 do Apêndice L deste Relatório de Auditoria, fls. 10689 deste Processo TC 5591/2013, considerando o volume anual de tráfego e as saídas de caixa do projeto “Concessão do Sistema Rodovia do Sol”, nos moldes especificados à época da licitação no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, para se obter uma Taxa Interna de Retorno do projeto, ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos da Concessão, de 16,89% a.a. (dezesseis por cento e oitenta e nove centésimos por cento ao ano), o valor fixado para a Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte deveria ser de R\$ 0,77 (setenta e sete centavos de real), conforme Quadros 2A, 2C, 13 e 14, apresentados, respectivamente, na Tabela 66 (fls. 10724 e seguinte), na Tabela 67 (fls. 10726 e seguinte), na Tabela 68 (fls. 10728 e seguinte) e na Tabela 69 (fls. 10730 e seguinte), todas inclusas no Apêndice M deste Relatório de Auditoria.

Assim, para obter uma rentabilidade projetada semelhante à declarada pela Concessionária, em sua Proposta Comercial, o valor fixado para a Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte deveria ser de R\$ 0,77 (setenta e sete centavos de real), muito longe dos R\$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real) propostos pela licitante vencedora da licitação.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Por todo o exposto, pode-se afirmar que tanto o 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 nº. 1/1998 do DER/ES, quanto o valor da Tarifa Básica de Pedágio proposto em R\$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real) pela licitante vencedora, estavam eivados de sobrepreço, em flagrante violação ao princípio da modicidade tarifária, esculpido no artigo 6º, § 1º, da Lei nº. 8.987/1995.

O vício de sobrepreço tarifário impõe que a Administração faça as necessárias alterações nas cláusulas econômico-financeiras (que, não fosse tal vício na formação do Contrato, estariam cobertas pela imutabilidade) para extirpá-lo do universo contratual.

Assim, comparando os dados utilizados no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060), às fls. 2229 a 2345 deste Processo TC 5591/2013, e os Quadros da Proposta Comercial da licitante vencedora, incluída no Anexo IV deste Relatório de Auditoria, com os Quadros da avaliação do valor limite da Tarifa Básica de Pedágio, presentes no Apêndice M, a partir das fls. 10690 deste Processo TC 5591/2013, observa-se que o sobrepreço da Tarifa é decorrente, principalmente, da superavaliação dos investimentos (Quadro 5) (aplicável somente à Proposta), da superavaliação dos custos com mão de obra administrativa e operacional (Quadro 6) e da superavaliação dos demais custos administrativos e operacionais (Quadro 7). Nesses pontos é que se deve operar a alteração necessária.

Nos documentos apresentados, a Equipe de Auditoria não obteve evidências suficientes para identificar o autor das estimativas de preço que levaram ao sobrepreço no valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio. De todo modo, elas foram elaboradas antes da licitação, antes de setembro de 1998, portanto, há mais de 15 (quinze) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

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

1. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

30 (*trinta*) dias, manifestem-se sobre o sobrepreço identificado tanto 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 nº. 1/1998 do DER/ES, quanto no valor da Tarifa Básica de Pedágio proposto em R\$ 0,94 (*noventa e quatro centavos de real*) pela licitante vencedora (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

2. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.17, e o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como se eventos causadores de desequilíbrio do contrato fossem, as causas do sobrepreço identificado tanto 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 nº. 1/1998 do DER/ES, quanto no valor da Tarifa Básica de Pedágio proposto em R\$ 0,94 (*noventa e quatro centavos de real*) pela licitante vencedora;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.17, mas o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (*cento e oitenta*) dias para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e nele considere, como se eventos causadores de desequilíbrio do contrato



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

fossem, as causas do sobrepreço identificado tanto 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 nº. 1/1998 do DER/ES, quanto no valor da Tarifa Básica de Pedágio proposto em R\$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real) pela licitante vencedora.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos "267" ao "278" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), apresentado na oportunidade da sustentação oral, acerca do presente indicativo de irregularidade, carreu os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

3.16. – Sobre preço inexistente da Tarifa Básica de Pedágio

267. O item 3.16 da Instrução Técnica Conclusiva dispôs da mesma forma que o item 2.17 do Relatório de Auditoria assevera que "o valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio fixado no Edital, que ocasiona uma Taxa Interna de Retorno do projeto superior a 20% a.a (vinte por cento ao ano), segundo as premissas definidas pela própria Administração, era inaceitável, uma vez que estava eivado de sobrepreço" (fls. 10.494).

268. A Equipe de Auditoria firma seu entendimento no Apêndice "L" do relatório (fls. 10.676 em diante), por meio do qual se analisou: (a) a Taxa Interna de Retorno - TIR do projeto, para a Tarifa Básica de Pedágio - TBP fixada em R\$ 0,95; (b) o valor da TBP, para obter uma TIR aproximada de 18% a.a.; (c) o valor da TBP, com a finalidade de se obter uma TIR do projeto tão próxima quanto possível 20% a.a.; e (d) o valor da TBP, para obter uma TIR do projeto próxima de 16,80%, valor declarado na Proposta Comercial da licitante vencedora.

269. Incorrendo, embora, em flagrante equívoco, o aludido Apêndice concluiu que (a) quanto à hipótese referida na alínea "a" do item acima, segundo Quadros 13 e 14 apresentados na Tabela 56 e 57, anexas ao Apêndice "M", a TIR seria de 20,94% (fls. 10.704 e seguintes); (b) no que tange a presunção referida na alínea "b", se fosse considerada a TIR em 17,98%, o valor fixado para TBP deveria supostamente ser R\$ 0,82 (fls. 10.708/10.714 - Apêndice M); (c) na hipótese "c", ao se considerar a TIR de 20,01% a.a., o valor fixado para a Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte seria, alegadamente, R\$ 0,91 (fls. 10.718/10.722 - Apêndice "M"; e (d) relativo a hipótese "d", considerando a Taxa Interna de Retorno em 16,89% a.a., o valor da Tarifa Básica de Pedágio seria R\$ 0,77 (fls. 10.724 e seguintes - Apêndice "M").

270. Contudo, como será demonstrado adiante, não há qualquer fundamento que justifique a manutenção dos resultados obtidos no mencionado Apêndice, uma vez que os cálculos foram desenvolvidos com base em premissas equivocadas.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

271. Destaque-se, por relevante, que a metodologia utilizada pelo TCE/ES se vale dos preços referenciais dos investimentos sem se atentar aos Benefícios e Despesas Indiretas (cf. fls. 10.557). Tal providência, por óbvio, é definitivamente inadequada para definição dos valores dos investimentos, contrariando, inclusive, a própria Instrução Normativa TC 15/2009 (fls. 14.824/14.825).

272. Ademais, os valores relativos às despesas indiretas das obras previstas não estão discriminados em outros quadros do Anexo V, ao contrário do que se afirma às fls. 10.557/10.558 do Relatório de Auditoria, além, por óbvio, do Quadro 5, referente a "Investimentos". Veja-se que a inclusão de BDI no tocante aos Investimentos atende o disposto pelo Edital de Licitação (cf. Anexo 5, item 4.3.2) e pela metodologia da ANTT - Agência Nacional dos Transportes Terrestres.

273. Adicionalmente, a simples análise dos quadros que compõem a proposta, para se verificar que não constam profissionais vinculados à execução das obras. Como visto, o pressuposto da proposta comercial da Concessionária é que os valores dos investimentos abrangem também as despesas de administração das obras, por meio do BDI, em estrita observância ao disposto pelo instrumento licitatório.

274. Ressalte-se, ainda, a errônea interpretação conferida pela Equipe de Auditoria à Instrução Normativa TC 15, de 23.6.09 (fls. 14.824/14.825). A uma, porque o seu art. 2º é taxativo quanto a incidência do BDI padrão de 35% sobre os preços das tabelas indicadas, o que contraria frontalmente a afirmativa do TCE/ES de que não se deve considerar o EDT nos preços dos investimentos. A duas, pois o § 1º, do item II, do art. 1º, define que o TCE/ES admite, para obras e serviços de engenharia, valores orçamentários superiores, em até 12%, aos preços referências verificados com base nas mencionadas tabelas, ou seja, o referido dispositivo visa, portanto, fixar a margem de tolerância, no intuito de dar flexibilidade à aceitação dos preços propostos.

275. Como se não bastasse, a metodologia utilizada pelo TCE/ES, o qual utiliza os valores apresentados na Proposta Comercial da licitante, a fim de rever o EVTE, é manifestamente inadequada. A definição do salário dos funcionários é ato discricionário da Concessionária, em consonância com a qualificação exigida, bem como o nível de preços diante a realidade de mercado de trabalho.

276. Apenas para que nada fique sem resposta e que se tenha em conta dos equívocos da análise realizada pelo TCE/ES, de acordo com o que ficou até aqui demonstrado, a RODOSOL anexou, a estes autos (fls. 14.827), um comparativo (a) dos valores da proposta inicial; (b) dos valores paradigmas arbitrados pelo TCE/ES; (c) da revisão dos valores paradigmas das obras de ampliação e recuperação, considerando o expurgo do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

adicional de 12% e a inclusão do BDI, conforme a referida Instrução Normativa 15/2009.

277. A partir da revisão dos valores paradigmas das obras de ampliação e recuperação (aliena "c" do item anterior), consideradas as entradas e saídas de caixa do projeto da RODOSOL, para se obter uma TIR de 20%, o valor para Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte deveria ser R\$ 0,98.

278. Desse modo, não há que se falar em sobrepreço da Tarifa Básica, na medida em que tal valor está cabalmente demonstrado por meio do Fluxo de Caixa e Demonstrativo de Resultados (fls. 14.828).

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade, relativo ao *"sobrepreço da tarifa básica do pedágio"*, foi apontado no item 2.17 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e analisado em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pelas partes, no tópico 3.16 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 25.171-25.194.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos "267" ao "278" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos por ela apresentados nos parágrafos "298" ao "309" da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV)**, nada mais sendo do que mera repetição *ipsis litteris* das alegações tecidas em sua peça contestatória e já profundamente analisadas na ITC 308/2015.

Destaque-se, mais uma vez, que no presente feito, oportunizou-se, conforme preconizam a Lei Orgânica (LC 621/2012) e o Regimento Interno (aprovado pela Res. 261/2013) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodosol, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.16 da ITC 308/2015.**

4.20 Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol

Dos Fatos/Auditoria:

Segue transcrito o achado de auditoria apontado pela equipe de auditoria no item 2.18 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2.18 Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol [QA31]

Quando uma concorrência pública para a concessão de determinado serviço público atende aos requisitos exigidos pela legislação (tanto na fase interna, quanto na fase externa do procedimento licitatório), estando livre de vícios, no ato da concessão pública, exatamente na proposta comercial do licitante vencedor, é estabelecida uma relação entre os encargos e a remuneração então ensejada ao concessionário. Essa relação ou equivalência é o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que a Administração (nesses casos nos quais não há vício) não só não pode romper unilateralmente, mas deve, ainda, procurar preservar.

É o que a doutrina chama de imutabilidade das cláusulas econômico-financeiras, prevista na Lei nº. 8.666/1993, artigo 58, §§ 1º e 2º, que estabelece o seguinte:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Esse dispositivo decorre do preceito constitucional de manutenção das condições efetivas da proposta, expressamente previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, a seguir transcrito:

Art. 37. (...)

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Inclusive, as cláusulas de revisão e reajuste são cláusulas que visam manter as condições efetivas da proposta, ou seja, o equilíbrio econômico-financeiro. O reajuste é utilizado para



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

resolver problemas referentes à reposição da perda do poder aquisitivo da moeda. É previsto em contrato mediante aplicação de fórmula vinculada a índices de custo de produção específicos ou setoriais. No contrato em análise, o item 4 da Cláusula XIX – Reajuste da tarifa básica define essa fórmula.

Por outro lado, a revisão de tarifa visa corrigir as distorções não passíveis de serem abrangidas pelos reajustes. De fato, há imposição legal para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro rompido, por força do disposto na Lei nº. 8.666/1993, artigo 65, II, d, §§ 5º e 6º, assim redigidos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II – por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[...]

§ 5º. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

De igual modo, a Lei nº. 8.987/1995, artigo 9º, §§ 2º, 3º e 4º, estabelece que:

Art. 9º. A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Por isso, a Cláusula XX do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES prevê a revisão tarifária como instrumento para o reequilíbrio econômico-financeiro, estabelecendo, *in verbis*:

Cláusula XX

Da Revisão da Tarifa Básica

1. O contrato será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre encargos e receita da concessão;
2. Rever-se-á, também, o valor da tarifa básica de pedágio na hipótese de suspensão da cobrança de pedágio ou redução do valor das tarifas de pedágio determinada por autoridade competente, da qual resulte frustração total ou parcial da receita que teria sido arrecada pela concessionária no período de suspensão ou redução tarifária;
3. Qualquer alteração nos encargos da concessionária importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste contrato;

A referida cláusula, ainda, traz os casos em que se dará a revisão. Compilou-se, alguns itens, como segue, i) criação, alteração ou extinção de tributos; ii) acréscimo ou supressão de encargos; iii) ocorrências supervenientes decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração, que resultem em acréscimo de custo da Concessionária; iv) alteração unilateral do contrato; v) recebimento de receitas alternativas, complementares ou acessórias; vi) suspensão da cobrança do pedágio ou redução do valor das tarifas de pedágio determinada por autoridade competente. A referida cláusula estabelece, ainda, que alternativamente ou complementarmente à revisão, as partes poderão acordar por alteração de prazo da concessão, compensação de encargos, adequação do PER ou combinação destas alternativas.

De fato, ao longo da execução do Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol, conforme detalhadamente apresentado no Apêndice O deste Relatório de Auditoria, a partir das fls. 10.751 deste Processo TC 5591/2013, ocorreram uma série de fatos que se amoldam aos casos nos quais, pelo exposto anteriormente, deve haver alteração contratual, verdadeiros eventos causadores de desequilíbrio do Contrato, doravante denominados “Ocorrências”.

Em razão disso, no referido Apêndice O, a Equipe de Auditoria avalia o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES até o dia 31 de dezembro de 2012, conforme metodologia apresentada no Apêndice N deste Relatório de Auditoria, fls. 10.732 e seguintes deste Processo TC 5591/2013. Com a avaliação, a Equipe chega a um Valor Presente Líquido que representa a situação econômico-financeira do Contrato, permitindo concluir se a Concessionária recebe, pelos serviços prestados, remuneração inferior, equivalente ou superior à contratada.

Nesta avaliação, foram consideradas ocorrências tanto a superavaliação dos investimentos e demais custos administrativos e operacionais contida na Proposta Comercial (que viciaram a própria formação da equação econômico-financeira, conforme achado de auditoria relatado na Seção 2.17, Capítulo 2, deste Relatório de Auditoria, fls. 10.490 e seguintes deste Processo TC 5591/2013), quanto as que ocorreram ao longo do período da Concessão e que, individualmente, afetaram a equação contratual. Desse modo, o trabalho considera as seguintes ocorrências como geradoras de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato:

Ocorrência 1: Avaliação dos investimentos;

Ocorrência 2: Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

Ocorrência 3: Congelamento da tarifa de pedágio na Terceira Ponte;

Ocorrência 4: Atraso na homologação do reajuste tarifário;

Ocorrência 5: Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema TRANSCOL;

Ocorrência 6: Suspensão da cobrança da outorga;

Ocorrência 7: Recebimento de receitas alternativas;

Ocorrência 8: Mudanças na legislação da COFINS;

Ocorrência 9: Mudanças na legislação do PIS;

Ocorrência 10: Mudanças na legislação da CPMF;

Ocorrência 11: Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização;

Ocorrência 12: Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária - TRV;

Ocorrência 13: Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;

Ocorrência 14: Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009;

Ocorrência 15: Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa;

Ocorrência 16: Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Nas Seções O.1 a O.16, Apêndice O deste Relatório de Auditoria, fls. 10.753 e seguintes deste Processo TC 5591/2013, são indicados e quantificados os impactos diretos das Ocorrências 1 a 16 no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998. Ao passo que na Seção O.18, a partir das fls. 10.812, são compilados seus efeitos econômicos e financeiros sobre o previsto na Proposta Comercial da Concessionária, ao longo do horizonte de planejamento (25 anos de concessão), de forma a obter o impacto gerado no fluxo de caixa do projeto.

Para tanto, seguindo exatamente a metodologia apresentada na Seção N.5, Apêndice N deste Relatório de Auditoria, fls. 10.745 e seguintes deste Processo TC 5591/2013, a Equipe de Auditoria introduziu os novos valores de receita, custos e investimentos nos respectivos quadros (planilhas de cálculo) apresentados na Proposta Comercial, de forma a se obter o novo resultado do fluxo de caixa do empreendimento (sem financiamento), que substitui o Quadro 14 da Proposta Comercial.

Desse modo, conforme se pode verificar no fluxo de caixa do empreendimento, Quadro QD14, apresentado na Tabela 111, fls. 10.846 e seguinte, Apêndice P deste Relatório de Auditoria, com o impacto das ocorrências tratadas no Apêndice O, os saldos de caixa anuais do empreendimento, sem financiamento (não alavancado), ao longo do período de concessão, totalizam R\$ 332.127.855,49 (trezentos e trinta e dois milhões, cento e vinte e sete mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e nove centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R\$ 976.520.499,02 (novecentos e setenta e seis milhões, quinhentos e vinte mil, quatrocentos e noventa e nove reais e dois centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

A própria Tabela 111 demonstra que, com o impacto das ocorrências tratadas neste Apêndice O, **a equação econômico-financeira do empreendimento aponta para uma Taxa Interna de Retorno (TIR) de projeto (não alavancada) de 27,39% (vinte e sete por cento e trinta e nove centésimos por cento).**

Ao se descontar os saldos anuais do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, apresentado na Tabela 111, fls. 10.846, 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\$ 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. Esse valor, capitalizado¹⁵⁸ até 2014, equivale a R\$ 798.797.863,66 (setecentos e noventa e

¹⁵⁸ A capitalização do valor do VPL até 2014 (16 anos de Concessão) é obtida pela multiplicação de seu valor no período zero (ano 1998) pela TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), elevada a 16. Matematicamente, tem-se: VPL em 2014 = VPL em 1998 x 1,168014. Além disso, a atualização monetária do valor de 1998 para 2013 segue a sistemática deste relatório de se utilizar o índice paramétrico de reajuste, previsto no contrato.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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.

Perceba que **o Valor Presente Líquido – VPL de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) obtido, sendo diferente de zero, significa que o Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol está desequilibrado do ponto de vista econômico-financeiro.** Em razão de tal desequilíbrio, sendo positivo o VPL, **a Concessionária Rodovia do Sol S.A., ao longo da execução contratual, auferirá ganhos exorbitantes, superiores aos que justamente lhe caberiam.**

Portanto, deve a Administração tomar as medidas necessárias a restabelecer a justiça contratual. Em tese, deveria promover revisão contratual para retornar o Contrato ao equilíbrio econômico-financeiro. Todavia, **no caso do Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol, o desequilíbrio apurado é tão significativo que, considerando o prazo para o advento do termo contratual, o reequilíbrio econômico-financeiro não é mais economicamente viável.**

Explica-se. Como apresentado, o desequilíbrio registrado, até o dia 31 de dezembro de 2012, é expresso no Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 (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), com data-base em outubro de 1998. Para existir possibilidade de retorno ao equilíbrio, o empreendimento deveria ser capaz de gerar, na soma dos saldos de caixa anuais dos períodos restantes (2013 a 2023), um Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) de igual monta.

Porém, conforme apresentado no Fluxo de Caixa do Empreendimento (Quadro QD14), após o impacto das ocorrências tratadas no Apêndice O, apresentado na Tabela 111, fls. 10.846 e seguinte, Apêndice P deste Relatório de Auditoria, os saldos de caixa anuais do empreendimento, sem financiamento (não alavancado), a partir do ano de 2013 até o final da Concessão, totalizam R\$ 223.737.081,22 (duzentos e vinte e três milhões, setecentos e trinta e sete mil, oitenta e um reais e vinte e dois centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R\$ 657.830.539,03 (seiscentos e cinquenta e sete milhões, oitocentos e trinta mil, quinhentos e trinta e nove reais e três centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

Ao se descontar os saldos anuais (a partir do ano de 2013) do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, apresentado na Tabela 111, fls. 10.846, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), obtém-se o Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a R\$ 10.800.772,63 (dez milhões, oitocentos mil, setecentos e setenta e dois reais e sessenta e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

três centavos), com data-base em outubro de 1998. Portanto, inferior ao montante que representa o desequilíbrio contratual até o dia 31 de dezembro de 2012.

Isso mostra que, ainda que a empresa operasse a partir do ano de 2013 com saldo de caixa anual igual a zero, isto é, sem retorno financeiro algum, não seria suficiente para estabelecer o justo equilíbrio contratual.

De fato, no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES um exercício hipotético ajuda a entender o tamanho do desequilíbrio contratual registrado até o dia 31 de dezembro de 2012. A Tabela 112, localizada no Apêndice P, às fls. 10.848 e seguinte deste Processo TC 5591/2013, apresenta um hipotético fluxo de caixa do empreendimento (Quadro 14) para uma situação na qual: i) a Concessionária operaria o Sistema Rodovia do Sol até o final do prazo contratual; ii) a Concessionária atenderia a todas as condições, custos administrativos e operacionais e investimentos previstos até o final da Concessão; iii) a Concessionária não cobraria tarifa em nenhuma das praças de pedágio, ou seja, tanto na Terceira Ponte, como na Rodovia do Sol, teríamos “tarifa zero”.

Nas condições da absurda situação hipotética apresentada, conforme se pode verificar no fluxo de caixa do empreendimento, Quadro QD14, apresentado na Tabela 112, fls. 10.848 e seguinte, Apêndice P deste Relatório de Auditoria, sem cobrar tarifa a partir do ano de 2013, nem na Terceira Ponte, nem na Rodovia do Sol (“tarifa zero”), os saldos de caixa anuais do empreendimento, sem financiamento (não alavancado), ao longo do período de concessão, totalizam R\$ 29.413.913,34 (vinte e nove milhões, quatrocentos e treze mil, novecentos e treze reais e trinta e quatro centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R\$ 86.482.626,66 (oitenta e seis milhões, quatrocentos e oitenta e dois mil, seiscentos e vinte e seis reais e sessenta e seis centavos), em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

A própria Tabela 112 demonstra que, **mesmo com a absurda situação hipotética apresentada, sem cobrar tarifa a partir do ano de 2013, nem na Terceira Ponte, nem na Rodovia do Sol (“tarifa zero”), a equação econômico-financeira do empreendimento apontaria para uma Taxa Interna de Retorno (TIR) de projeto (não alavancada) de 23,46% (vinte e três por cento e quarenta e seis centésimos por cento).**

Veja que, **nessa absurda situação hipotética apresentada, mesmo sem cobrar tarifa a partir do ano de 2013, nem na Terceira Ponte, nem na Rodovia do Sol (“tarifa zero”), ao se descontar os saldos anuais do fluxo de caixa, apresentado na Tabela 112, fls. 10.848, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), obtém-se o Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a R\$ 7.793.104,76 (sete milhões, setecentos e noventa e três mil, cento e quatro**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

reais e setenta e seis centavos), com data-base em outubro de 1998. Esse valor, ¹⁵⁹capitalizado até 2014, equivale a R\$ 274.988.561,93 (duzentos e setenta e quatro milhões, novecentos e oitenta e oito mil, quinhentos e sessenta e um reais e noventa e três centavos), com data-base em outubro de 2013. Isto é, a Concessionária ainda deveria uma quantia remanescente.

Por todo o exposto, conclui-se que o Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES (Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol) está irremediavelmente desequilibrado, do ponto de vista econômico-financeiro, e a Concessionária Rodovia do Sol S.A., ao longo da execução contratual, auferir ganhos exorbitantes, superiores aos que justamente lhe caberiam, em flagrante violação ao princípio da modicidade tarifária, esculpido no artigo 6º, § 1º, da Lei nº. 8.987/1995, e ao artigo 9º, do mesmo diploma legal.

Deve-se destacar que o achado de auditoria narrado nesta Seção 2.18 é resultado direto de i) parte dos demais achados apontados neste Relatório de Auditoria, que constituem eventos causadores de desequilíbrio contratual; e de ii) outras Ocorrências identificadas, conforme detalhado no Apêndice O deste Relatório de Auditoria, a partir das fls. 10.751 deste Processo TC 5591/2013. Portanto, a responsabilização pelos atos irregulares que causaram o desequilíbrio do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES já foi proposta no bojo dos demais achados de auditoria, não sendo necessária aqui sua repetição.

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

1. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o princípio do contraditório, determinar a oitiva da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária – ARSI e da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., para que, no prazo de até 30 (trinta) dias, manifestem-se sobre o irremediável desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES (Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol) e sobre os ganhos exorbitantes, pois superiores aos que justamente lhe caberiam, que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. auferir ao longo da execução contratual (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de

¹⁵⁹ A capitalização do valor do VPL até 2014 (16 anos de Concessão) é obtida pela multiplicação de seu valor no período zero (ano 1998) pela TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), elevada a 16. Matematicamente, tem-se: VPL em 2014 = VPL em 1998 x 1,168014. Além disso, a atualização monetária do valor de 1998 para 2013 segue a sistemática deste relatório de se utilizar o índice paramétrico de reajuste, previsto no contrato.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

2. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.18, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, caput e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (trinta) dias para que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

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

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

5. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.18, e o Tribunal (em razão deste e de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (trinta) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar o montante do débito que detém a Concessionária, e nela considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, todas as Ocorrências identificadas no Apêndice O deste Relatório de Auditoria, a partir das fls. 10751 deste Processo TC 5591/2013;

6. Caso os esclarecimentos apresentados elidam parcialmente os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.18, mas não o suficiente para descaracterizar o irremediável desequilíbrio contratual, e o Tribunal (em razão deste e de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (trinta) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos (apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do Contrato), com o objetivo de apurar o montante do débito que detém a Concessionária, e nela considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, as Ocorrências, identificadas no Apêndice O deste Relatório de Auditoria, a partir das fls. 10751 deste Processo TC 5591/2013, cujos fundamentos não tenham sido elididos pelos esclarecimentos;

7. Caso os esclarecimentos apresentados elidam parcialmente os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.18, o suficiente para descaracterizar o irremediável desequilíbrio contratual, e o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para que a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos e nele considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, as Ocorrências, identificadas no Apêndice O deste Relatório de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Auditoria, a partir das fls. 10751 deste Processo TC 5591/2013, cujos fundamentos não tenham sido elididos pelos esclarecimentos.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “279” ao “305” do documento de fls. 25.923-26.004, vol. CXVII, no tópico 3.17 intitulado “Desequilíbrio econômico-financeiro da concessão do Sistema Rodovia do Sol”, acerca do presente indicativo de irregularidade, carrou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

2.18 - Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol

(i) Alocação de riscos

279. No item 3.17 da Instrução Técnica Conclusiva, a equipe técnica ratifica em parte o item 2.18 do Relatório de Auditoria, em que se afirma existir um desequilíbrio econômico-financeiro no contrato 01/98, pois "ao longo da execução do Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol [...], ocorreram uma série de fatos que se amoldam aos casos nos quais, pelo exposto anteriormente, deve haver alteração contratual, verdadeiros eventos causadores de desequilíbrio do Contrato" (fls. 10.501).

280. Considerando ao real enquadramento do Contrato de Concessão 01/98, o que se faz em extremo apego ao debate, será demonstrado que inexistente o desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento da Administração, sustentado pelo Relatório de Auditoria às fls. 10.498/10.508.

281. A Equipe de Auditoria alega a ocorrência de fatos que, de acordo com a "Cláusula XX" do Contrato de Serviços Públicos 01/98, seriam de revisão, haja vista que teriam ensejado o desequilíbrio do Contrato em desfavor da Administração.

282. Segundo afirma, "foram consideradas ocorrências tanto a superavaliação dos investimentos e demais custos administrativos e operacionais contida na Proposta Comercial (...) quanto as que ocorreram ao longo do período da concessão e que, individualmente, afetaram a equação contratual" (fls. 10.501).

283. Percebe-se, de pronto, que o Relatório RA-E 10/2014, sem qualquer pudor, desvirtua a natureza da licitação. Ora, como visto e revisto acima, a concorrência pública conduzida pela Administração Estadual foi de menor preço proposto para a tarifa básica da Terceira Ponte. Repita-se, menor preço. Se o fundamental era o preço, como poder-se-ia questionar investimentos, custos administrativos e operacionais? Sempre com o devido respeito, não faz qualquer sentido a "metodologia" empregada pela Equipe de Auditoria.

284. Por óbvio, os valores indicados pela licitante para tais rubricas tinha o único objetivo de justificar a viabilidade da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

proposta. Apenas isso. Relembre-se que o Edital de Licitação não previa a apresentação de composições de preços nem de custos.

285. O que o Relatório de Auditoria pretende é, avaliando os custos incorridos, investimentos e receitas obtidas pela Concessionária, sugerir que o Contrato de Concessão nº 01/98 estaria desequilibrado em detrimento do Poder Concedente. Um despropósito completo, que ignora a sistemática contratual, prevista pelo Edital de Licitação, com a alocação de riscos para a Concessionária, que deve cumprir todas as suas obrigações, limitada à tarifa básica proposta.

286. Veja-se, ainda, que, como destacado acima, não basta que um

valor qualquer seja alterado para que se caracterize um desequilíbrio na forma prevista pela cláusula XX do Contrato de Concessão. É fundamental que a alteração específica, nos exatos termos do Contrato, seja passível de gerar um desequilíbrio que contemple uma readequação. Por exemplo, tome-se o custo da duplicação de um trecho. Se maior, o ônus cabe integralmente à RODOSOL, se menor, também cabe-lhe o bônus.

287. Perdoando-se a obviedade, se a álea está prevista contratualmente, inexistente fundamento para se requerer alteração contratual, porquanto no caso de eventual prejuízo ou lucro da Concessionária, seriam eles suportados ou auferidos por ela.

288. Para análise do Contrato de Concessão nº 01/98, faz-se indispensável considerar, portanto, a matriz de risco, a qual restou completamente negligenciada pelo Relatório de Auditoria.

(ii) Erro grosseiro

289. Para que não restem dúvidas de que é errado o método adotado pelo Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e pela ITC 308/2015, nos quais *“a Equipe de Auditoria introduziu os novos valores de receita, custos e investimentos nos respectivos quadros (planilhas de cálculo) apresentados na Proposta Comercial, de forma a se obter o novo resultado do fluxo de caixa do empreendimento (...)”* (fls. 25.198), basta realizar uma leitura atenta do precedente citado pelo próprio ITC 308/2015 para defender a sua aplicação.

290. Na Decisão 1.502/2002-Plenário, exarada nos autos do Processo TCU 006.319/200-6, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, o e. Tribunal de Contas da União examinou a existência de *sobre preços* na proposta comercial da concessionária para o *arremate* do Lote 5 do Programa de Concessão de rodovias federais delegadas ao Estado do Paraná.

291. A diferença entre as hipóteses analisadas reside no fato de que, o caso examinado pelo TCU, citado pela Equipe Técnica, versa sobre uma licitação cujo *“o critério de julgamento das*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

propostas adotado pelo DER/PR foi o da maior oferta, entendida como a maior extensão das rodovias ou trechos adicionais previstos no lote em questão” (doc. 02, item 166). Conforme exhaustivamente exposto, no caso dos autos, tratou-se de licitação pelo menor preço de tarifa.

292. Evidentemente, os referidos critérios são os extremos opostos, tendo em vista que, na licitação por menor preço, o licitante vencedor será aquele que apresentar proposta comercial mais econômica, que possibilite a realização dos investimentos previstos no edital mediante a cobrança de tarifa de pedágio abaixo do teto estabelecido pela [sic] Poder Concedente, sob seu risco. Por outro lado, na licitação por maior oferta, será vencedor aquele que se dispuser a pagar mais à Administração para, naquele caso específico, operar o serviço concedido e realizar os investimentos previstos no edital mediante a cobrança do pedágio, calculado com base nos custos incorridos pelo licitante conforme valores previstos na proposta comercial.

293. Dessa forma, apesar de se buscar em ambos a existência de *sobre preços* nas propostas comerciais, é importante perquirir o motivo e a conveniência dessa análise conforme cada critério de licitação.

294. O e. Tribunal de Contas da União, como não poderia deixar de ser, apontou com clareza solar que o exame do sobre preço na proposta comercial se justifica nas licitações por maior oferta, na medida em que o valor da tarifa de pedágio é calculado com base nos custos incorridos pelo concessionário, que devem estar em conformidade com os valores previstos na proposta comercial. Nesse caso, se houver *sobre preço* na proposta comercial, evidentemente, haverá *sobre preço* na tarifa.

295. Diversamente, no caso das licitações por menor tarifa, os valores da proposta comercial não influenciam no valor da tarifa de pedágio durante a execução do contrato, tendo em vista que o seu reajuste se dá de forma prefixada no contrato de concessão. Trocando em miúdos, se o concessionário gastar mais ou menos para a execução dos investimentos previstos no edital, a tarifa continuará a mesma, porque nas licitações por menor tarifa o licitante assume o risco pela execução do contrato com a remuneração prefixada.

296. Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho da Decisão 1.502/2002-Plenário, de relatoria do Munistro Walton Alencar Rodrigues:

“190. Revela-se, mais uma vez, a inconsistência do modelo licitatório adotado. Isso porque quando o licitante vai formular sua proposta em função da menor tarifa a conferência de preços pode ser relevada. Nesse caso, a sobrevalorização dos preços pode reverter-se em desvantagem na competição. O modelo adotado, entretanto, faz com que tais acréscimos de preços venham a onerar as tarifas da concessão, na medida em



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

que qualquer novo investimento a ser inserido no PER deva ser orçado com base nos preços da proposta. (parágrafos 100 a 106)". (doc. 02, itens 190 – grifou-se e destacou-se).

297. Como se depreende, no precedente utilizado pelo ITC 308/2015, a comparação da proposta comercial com valores referenciais se justificou, na medida em que eles influenciavam diretamente o custo dos investimentos e consequentemente do valor do pedágio. Nesse caso, se o concessionário diz gastar "2X" para realizar um investimento, mas, na realidade, gasta "X", há desequilíbrio em favor do concessionário, porque a tarifa se calcula com base no custo informado, o que caracteriza o *sobre preço*.

298. No caso dos autos, independentemente do custo do concessionário com os investimentos previstos, a tarifa será calculada com base no índice estabelecido pelo contrato de concessão. Isto é, se o concessionário gastar menos, a tarifa não será diminuída e, se gastar mais, não será aumentada. Não existe *sobre preço*.

299. Diante disso, a análise do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de concessão oriundos de licitações por menor tarifa depende única e exclusivamente da manutenção da verificação da manutenção da base contratual, ou seja, da relação inicial entre os direitos e obrigações previstos originalmente no contrato. A digressão levada a cabo pelos Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e ITC 308/2015, ao alterar os valores da proposta comercial e questionar os estudos de viabilidade que fundamentaram o edital de licitação, não espelha o equilíbrio ou desequilíbrio do contrato, mas projeta um cenário hipotético, desenhado pela Equipe Técnica a partir suposições [sic], sem fundamento metodológico.

300. Por fim, é necessário afastar veementemente a alegação surrealista do ITC 308/2015, no sentido de que "o contrato protege a concessionária do risco, pois requer provas de aumento dos custos do investimento, para que haja o reequilíbrio econômico-financeiro" (fls. 25.237), fazendo referência à Cláusula LXI, "7", do Contrato de Concessão 01/98. Permita-se para a facilidade do exame, a transcrição do referido dispositivo:

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

(...)

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”. (grifamos e destacamos)

301. Segundo interpretação tresloucada da Equipa [sic] Técnica, o item “7” da referida Cláusula seria a prova cabal de que a Concessionária poderia alterar a seu alvitre as obrigações previstas, aumentar os custos e, com base nisso, requerer a revisão e reequilíbrio econômico financeiro do contrato, eliminando o risco da concessão. Confira-se, pela peculiaridade da digressão, a transcrição do seguinte excerto:

“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.” (fls. 25.236/25.237)

302. Como se depreende, a interpretação conferida à cláusula LXI abstrai que a referência do item 7 Às “modificações aludidas nos itens anteriores” se reporta ao item 5, que fala das “modificações nos encargos estabelecidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL”. Notadamente, a modificação dos encargos significa mudança de obrigações contratuais que, independente da origem, deveriam ser justificadas mediante “Relatório Técnico” com a demonstração dos correspondentes impactos”. Em outras palavras, a referida cláusula se refere à oneração fundamentada das obrigações originariamente contratadas, o que, evidentemente, conferiria à concessionária o direito de requerer o reequilíbrio.

303. A interpretação da Equipe Técnica pressupõe fraude para sustentar que o contrato de concessão teria excluído o risco da concessionária, o que não pode ser admitido na espécie, mormente porque o ITC 308/2015 não demonstrou ter ocorrido a absurda hipótese suscitada.

304. Ao contrário da subjetividade da Equipe Técnica, a Cláusula XIII é expressa em determinar que “A CONCESSIONÁRIA



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente à [sic] exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL", não deixando dúvida quanto à assunção de riscos e ao erro incorrido pela auditoria técnica.

305. Por todo o exposto, inexistente o irresponsavelmente alardeado desequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão 01/98, tendo em vista que o valor apontado é fruto de uma metodologia inaplicável ao caso, que privilegia o subjetivismo de suposições infundadas em detrimento da natureza do processo licitatório que originou o contrato e a alocação de riscos originariamente pactuada.

Por sua vez, na defesa oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25906-25912, vol. CXVI) através de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Análise:

O presente indicativo de irregularidade encontra-se indigitado no item 2.18 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) e foi tratado no tópico 3.17 da ITC 308/2015, precisamente às fls. 25.194-25.248.

As teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, precisamente nos parágrafos "279" ao "288" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) **em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos "311" ao "320" da defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).** Nota-se, inclusive, a total identidade, *ipsis litteris*, entre as alegações registradas nas duas peças, no que pertine a tais parágrafos.

As demais teses, elencadas nos parágrafos "289" ao "305", merecem maiores considerações, ressaltando que a principal divergência entre a ITC e a documentação apresentada pela Rodosol diz respeito ao risco dos investimentos previstos no plano de negócio da licitação, que será extensamente explicitado na presente análise.

Em um primeiro momento, a concessionária afirma que um julgado do TCU (Decisão 1.502/2002-Plenário), apresentado pela ITC, não se aplica ao presente caso. Sustenta que o TCU naquele julgado analisou uma concessão cujo critério de julgamento era o de "maior oferta" enquanto a licitação aqui tratada era de "menor preço de tarifa".

É preciso esclarecer que o julgado do TCU foi apresentado apenas para justificar a atuação deste TCEES no presente processo, demonstrando que o TCU atuava em licitações de natureza semelhante. Desta forma, pouco importaria se a concessão era de "maior oferta" ou não.

O que se discute é a amplitude da análise de concessões pelos Tribunais de Contas, através dos seguintes aspectos: o fato de analisarem a licitação; conferir o estudo técnico realizado pela Administração Pública; conferir os valores estimados nas propostas vencedoras para investimentos iniciais, restauração, ampliação/melhoria da capacidade viária, manutenção periódica e desapropriação.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Além disso, a defesa argumenta que sua licitação foi a de menor preço de tarifa com risco integral para a concessionária, e é justamente quanto ao “risco integral” que surgem as divergências entre os técnicos do TCEES e a concessionária. Vejamos o argumento da Rodosol quanto a esse ponto:

295. Diversamente, no caso das licitações por menor tarifa, os valores da proposta comercial não influenciam no valor da tarifa de pedágio durante a execução do contrato, tendo em vista que o seu reajuste se dá de forma prefixada no contrato de concessão. Trocando em miúdos, se o concessionário gastar mais ou menos para a execução dos investimentos previstos no edital, a tarifa continuará a mesma, porque nas licitações por menor tarifa o licitante assume o risco pela execução do contrato com a remuneração prefixada.

No excerto acima, alega-se que não caberia a metodologia do TCU/TCEES no caso da Rodosol porque “se o concessionário gastar mais ou menos para a execução dos investimentos previstos no edital, a tarifa continuará a mesma [...]” pois “o licitante assume o risco pela execução do contrato”. Pois é exatamente esse um dos pontos de discordância. **Verificou-se que, no caso da Rodosol, o risco dos investimentos não foi assumido pela concessionária**, o que impactaria na tarifa do usuário, conforme extensamente exposto na ITC 308/2015.

Com relação à matriz de riscos, no que se refere aos investimentos, e para melhor elucidação dos fatos, é importante apresentar alguns esclarecimentos quanto ao tema, a partir de obra do renomado doutrinador Mauricio Portugal Ribeiro¹⁶⁰.

O autor explica (*op. cit.*, p. 111) que, dependendo do previsto no edital e no contrato, o plano de negócios pode se tornar ou um anexo do contrato com função de mera informação ao Poder Público sobre como o parceiro privado pretende executar o contrato, ou uma referência vinculante para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Isso traz as seguintes implicações: **se o plano de negócios estiver explicitamente previsto (no edital e/ou no contrato) como mera referência, o risco dos investimentos é todo da concessionária**, não lhe sendo permitido nenhum reequilíbrio econômico-financeiro caso os custos da solução técnica adotada pela empresa superem os previstos no plano. **No entanto, se houver referência (no edital e/ou no contrato) de que o plano de negócios é vinculante, qualquer alteração nos investimentos repercutirá no cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro (obviamente para ambas as partes).**

Quanto à obrigatoriedade de se cumprir os investimentos previstos no plano de negócios, deve-se analisar como o contrato firmado entre as partes (Estado e Rodosol) dispõe sobre o tema. Entretanto, antes de analisar o contrato, mais uma vez cabe utilizar os ensinamentos de Portugal Ribeiro.

Segundo o autor (*op. cit.*, p. 124-125), para evitar que o plano de negócios não se torne vinculante, o contrato deve apresentar uma **matriz de riscos**

¹⁶⁰ RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

clara e constar diversas condições em relação à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, dentre as quais se destaca:

[...]

c) **atribuir exclusivamente à Administração Pública o poder de solicitar alteração do objeto do contrato** (quantitativas ou qualitativas), atribuindo o risco atinente a essas alterações (e, portanto, o dever de recompor o equilíbrio do contrato) à Administração Pública; (g. n).

Em síntese, a matriz de risco deve estar claramente explicitada no contrato e no edital, que devem atribuir exclusivamente à Administração Pública o poder de alterar o objeto do contrato.

Tal premissa é lógica porque se o risco do investimento for exclusivo da concessionária, o plano de negócios é mera referência. Deste modo, cabe à concessionária executar os investimentos da forma como entender tecnicamente mais propício a atingir o verdadeiro objetivo do contrato: o alcance das metas estipuladas, pois se trataria de um contrato exclusivamente de desempenho e não de investimentos/desempenho. Logo, se a Administração resolvesse solicitar alguma alteração nos investimentos previstos pela concessionária no plano de negócios, nada mais justo do que arcar com os custos dessa solicitação.

Com relação à clareza no edital e no contrato quanto à repartição dos riscos, verifica-se apenas que o risco de trânsito é risco integral da concessionária:

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.

[g. n.]

Quanto aos demais riscos, observa-se a seguinte cláusula:

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.]

Isso significa que a concessionária assumirá outros riscos, COM AS DEVIDAS EXCEÇÕES estipuladas no contrato.

Percebe-se que a redação não afirma taxativamente que os riscos dos investimentos cabem à concessionária, pois o contrato pode excepcionar quaisquer riscos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Para encerrar a questão, voltemos ao autor Mauricio Portugal Ribeiro (*op. cit.*, p. 124-125) ao ensinar que para que o plano de negócios não seja vinculante, o edital e/ou o contrato devem estipular que somente a administração pública poderá solicitar alteração no objeto. Vejamos o contrato:

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 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.

[g. n.]

O item 5 da Cláusula LXI é claro: qualquer modificação nos encargos estabelecidos no plano de investimentos poderá ser solicitado pela concessionária.

Dito isto, já fica evidente que a hipótese levantada pelo doutrinador não se aplica ao caso concreto, pois não era apenas a Administração que podia solicitar alteração no objeto. Tal situação foi disponibilizada à concessionária, que inclusive tinha a faculdade de apresentar planilha de novos custos para fins de efeitos de reequilíbrio econômico financeiro, conforme item 7 da Cláusula LXI, o que prova que o risco do investimento não lhe cabia.

Especificamente quanto a esse item o documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) tece a seguinte argumentação:

302. Como se depreende, a interpretação conferida à cláusula LXI abstrai que a referência do item 7 Às “modificações aludidas nos itens anteriores” se reporta ao item 5, que fala das “modificações nos encargos estabelecidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL”.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Notadamente, a modificação dos encargos significa mudança de obrigações contratuais que, independente da origem, deveriam ser justificadas mediante “Relatório Técnico” com a demonstração dos correspondentes impactos”. Em outras palavras, a referida cláusula se refere à oneração fundamentada das obrigações originariamente contratadas, o que, evidentemente, conferiria à concessionária o direito de requerer o reequilíbrio.

303. A interpretação da Equipe Técnica pressupõe fraude para sustentar que o contrato de concessão teria excluído o risco da concessionária, o que não pode ser admitido na espécie, mormente porque o ITC 308/2015 não demonstrou ter ocorrido a absurda hipótese suscitada.

304. Ao contrário da subjetividade da Equipe Técnica, a Cláusula XIII é expressa em determinar que “A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente à [sic] exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL”, não deixando dúvida quanto à assunção de riscos e ao erro incorrido pela auditoria técnica.

Nota-se que a Rodosol afirma, através do parágrafo “302”, que as modificações de que trata o item 7 da Cláusula LXI referem-se à “mudança de obrigações contratuais que, independente da origem, deveriam ser justificadas [...] o que, evidentemente, conferiria à concessionária o direito de requerer o reequilíbrio”

Trata-se de verdadeira contradição. A concessionária constantemente afirma que o risco do investimento era integralmente dela, mas, ao mesmo tempo, qualquer mudança nos encargos, independente da origem, ainda que se solicitada pela Administração ou pela concessionária, conferiria à Rodosol (como de fato vem conferindo-lhe) o direito ao reequilíbrio.

Ora, se o risco fosse integralmente da Concessionária, como ela alega, apenas nos casos em que a Administração requeresse alterações no plano de investimentos poderia a Rodosol ter direito ao reequilíbrio. Entretanto não é isto que se verifica no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98. Ora, se a própria Concessionária Rodovia do Sol S.A afirma e reconhece que o contrato lhe confere o direito de alterar os investimentos e requerer o reequilíbrio, evidencia-se, sem sombra de dúvidas, que a assunção de riscos não é integral por parte da empresa Rodosol.

Quando o que se discute nos autos é a repartição dos riscos dos investimentos, chama atenção também a afirmação presente no parágrafo 304 do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), segundo a qual a Cláusula XIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98¹⁶¹ comprovaria a assunção integral dos riscos pela Rodosol. Entretanto, a simples leitura da referida estipulação contratual é suficiente para que se conclua que o risco, no caso, se limita ao “risco de trânsito”, longe de se ter, portanto, uma assunção integral dos riscos do negócio. Para que não parem dúvidas eis o teor da Cláusula XIII:

¹⁶¹ Fls. 13.316-13.402, vol. LIX.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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, nesta se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras vias.

2. A assunção do risco de alteração do trânsito no SISTEMA RODOVIA DO SOL constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação de sua PROPOSTA COMERCIAL, qualquer alteração de seus encargos, ou, ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO. (g. n.)

A Cláusula XIII do Contrato de Concessão, acima colacionada, apenas expressa que o risco de trânsito foi alocado na seara da Concessionária. Entretanto, no que se refere ao risco de investimento, a Rodosol não logrou qualquer êxito em comprovar que aquele lhe pertencia integralmente. Ademais, caso houvesse, de fato, alguma cláusula contratual que demonstrasse, inequivocamente, a assunção integral dos riscos de investimento pela Rodosol, certamente a própria empresa a teria apresentado. Entretanto, o que se verifica no caso, é a inexistência da alegada assunção integral de riscos pela Concessionária, sendo esta a verdade material que emerge do conteúdo probatório dos autos.

Ressalte-se, ainda, que a Cláusula LXI, itens 1 e 2, estabelece que as obras deveriam seguir os projetos básicos e as condições do plano de investimentos, enquanto a Cláusula LXV, item 5, “b”, indica que o controle das obras seria por medição com ênfase na observância dos quantitativos.

Ora, se realmente houvesse risco integral da concessionária a Administração jamais poderia efetuar medições e cobrar a realização dos quantitativos executados porque os investimentos seriam meros parâmetros, cabendo à Administração, nesse caso, tão somente, a cobrança pelo desempenho da concessionária (fluidez do trânsito, por exemplo).

Assim, sobram elementos contratuais que suportam a conclusão da ITC de que os investimentos não consistiam em risco da concessionária, o que justifica a inserção dos valores considerados no Relatório de Auditoria e ratificados na ITC.

Por fim, cabe uma pequena observação. No parágrafo 303 do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) a Rodosol afirma que *“a interpretação da Equipe Técnica pressupõe fraude para sustentar que o contrato de concessão teria excluído o risco da concessionária”*, no entanto, em nenhum momento o trabalho técnico afirmou que o contrato foi fraudulento.

Assim sendo, por todo o a qui exposto e reiterando-se a análise contida no tópico 3.17 da ITC 308/2015, **mantem-se, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.17 da ITC 308/2015.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

5 ANÁLISE ACERCA DO LAUDO PERICIAL CONSTANTE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 1147553-37.1998.8.08.0024 JUNTADO PELA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A

5.1 Análise do “Laudo Econômico” apresentado pela Rodosol em contraponto aos cálculos apresentados no tópico 3.17 da ITC 308/2015

Além dos argumentos trazidos no documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) juntado na oportunidade da sustentação oral, a Concessionária carreu às fls. 26006-26057 (vol. CXVII) um laudo de perícia econômica, buscando se contrapor aos cálculos do desequilíbrio econômico financeiro apresentados pela ITC. Aliás, por oportuno, cabe asseverar que o laudo apresentado é que pode, a teor do que dispõe o art. 328 do Regimento Interno desta Corte de Contas, ser considerado um “*documento novo*”.

Inicialmente, conforme Tabela 34 do “Laudo Econômico” (fls. 26.050 – Vol. CXVII) dos peritos judiciais, verifica-se que foram ali constatados cinco cenários possíveis referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em tela:

1. Desequilíbrio favorável ao Poder Concedente de R\$ 3.198.572,79;
2. Desequilíbrio favorável ao Poder Concedente de R\$ 3.225.921,52;
3. Desequilíbrio favorável à Concessionária de R\$ 463.560,17;
4. Desequilíbrio favorável à Concessionária de R\$ 62.324.932,58; e
5. Desequilíbrio favorável à Concessionária de R\$ 2.357.163,69.

Já a ITC 308/2015 apontou apenas um cenário, com desequilíbrio favorável à Concessionária no valor de R\$ 613.388.613,57 (fl. 25.756 do Proc. TC 5.591/13).

Tal divergência nos valores de desequilíbrios apurados chama a atenção e revela a necessidade de maiores explicações. Para melhor organização e compreensão dos argumentos e análises tecidas, a análise perpassará, inicialmente, pelos fatores ensejadores das diferenças apuradas do montante, para fins de reequilíbrio contratual, de forma resumida (através de cinco tópicos, “a” ao “e”). Após, haverá detalhamento levando em consideração cada evento ensejador de alterações no equilíbrio econômico-financeiro.

a) O primeiro fator ensejador da diferença de valores existente entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é a interpretação jurídica quanto à natureza contratual do risco dos investimentos, bem como o tratamento dado às alterações dos investimentos previstos.

Embora já fartamente discutido, é mister ressaltar que o elemento gerador da maior parte da diferença nos cálculos da equipe técnica e do “Laudo Econômico” apresentado pela Rodosol e ora em análise é a interpretação jurídica quanto à natureza contratual do risco dos investimentos, bem como o tratamento dado às alterações dos mesmos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Quanto ao risco dos investimentos o TCEES verificou que não era integralmente da concessionária, enquanto as análises estritamente econômicas ora trazidas não adentraram nesse mérito.

Convém reproduzir aqui o que a ITC 308/2015 já havia dito (fls. 25.226-25.230) quanto à análise econômica da Fundação Getúlio Vargas - FGV no Proc. TC 4.574/09 (fruto de auditoria extraordinária), posto que esta utiliza premissas bastante semelhantes às usadas pela perícia judicial econômica¹⁶²:

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.

Esta metodologia encontra respaldo? Sim, inclusive os doutrinadores mais tradicionais¹⁶³ defendem sua utilização.

Ora, se esta metodologia está correta, devemos inferir que está errada a utilizada no presente processo? Embora aparentemente paradoxal, a resposta é “não”.

O que difere uma metodologia da outra é basicamente a análise relativa à engenharia. A FGV faz uma análise estritamente econômica, partindo da premissa de que o contrato nasceu equilibrado, fruto de um processo licitatório perfeitamente concorrencial, no qual os parâmetros exigidos pelo Poder Concedente expressavam a realidade do mercado. Nesse cenário, presume-se ter havido a devida disputa entre os interessados, culminando com a assinatura de um contrato que representava o perfeito equilíbrio entre as partes (contratante e contratado).

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 valores previstos para desapropriação e para

¹⁶² De modo geral, difere-se apenas quanto ao tratamento das receitas acessórias.

¹⁶³ Por exemplo: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

conservação especial não foram gastos. 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.

[...]

Nesse sentido, conclui-se que as análises da FGV e dos TCs não são conflitantes, apenas divergem quanto à profundidade do escopo.

(g. n.)

Resumindo: **qualquer perícia estritamente econômica** (como foi o caso da realizada pela FGV e é o caso da atual juntada pela Rodosol) **parte de pressupostos diferentes daqueles utilizados pelo TCEES.**

Além disso, **perícia econômico-financeira não inclui uma análise de engenharia, que verifica se as obras previstas foram realizadas da maneira contratualmente pactuada.**

Ademais, as perícias econômico-financeiras partem do pressuposto de que os valores previstos para investimento são risco integral da concessionária, o que justificaria a manutenção dos valores da proposta ao longo do cálculo do reequilíbrio. No entanto, a ITC 308/2015 considerou que os investimentos NÃO eram risco integral da Rodosol, conforme trecho abaixo:

[...] a defesa da Rodosol [...] afirma que se deve observar a matriz de risco do contrato, de forma que tudo que contratualmente for considerado risco da concessionária não pode ser reequilibrado, independente de ter havido algum sobrepreço na proposta, uma vez que os valores ali inseridos seriam meramente referenciais, posto que a concessão seria fiscalizada por parâmetros de desempenho e não pelo custo de seus serviços.

[...]

Ocorre que há [...] 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.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

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

[g. n.]

Na Cláusula LXI, “1” e “2”, há previsão de que as obras a serem realizadas pela Concessionária devem obedecer aos projetos básicos estabelecidos pelo Poder Concedente, 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.

Ademais, mesmo que concordássemos com a tese de que os investimentos iniciais previstos no PER seriam risco integral da concessionária, existe determinação do TCU para que toda a alteração desses investimentos previstos no PER seja avaliada



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

(e entre no fluxo de caixa) pelo preço constante nas tabelas referenciais de obras de engenharia:

Decisão TCU 1502/2002-Plenário

[...]

8.2. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná - DER/PR que:

a) promova os devidos ajustes na Cláusula V do Aditivo 18/2000 ao Contrato 75/97, celebrado com a Rodonorte - Concessionária de Rodovias Integradas S.A., a fim de que, **no caso de inclusão no Programa de Exploração Rodoviária do lote 5 de novos investimentos, ainda que os correspondentes preços unitários já tenham sido orçados na proposta comercial da Rodonorte, sejam utilizados os preços constantes das tabelas do DER/PR (Siscusto) e não aqueles indicados na proposta da concessionária;**

[g. n.]

No presente caso, inúmeros investimentos constantes no PER foram alterados, de forma que o que a Equipe fez, verificando o custo destes frente aos preços das tabelas referenciais de engenharia, e inserindo, no fluxo de caixa, os novos valores, encontra amparo na Corte de Contas Federal, não se configurando em nenhuma prática inovadora e não reconhecida.

Ressaltemos: enquanto as perícias econômico-financeiras consideram que os investimentos são risco integral das concessionárias (que é a regra de praticamente todas as **atuais** concessões e PPPs), a ITC analisou o contrato da presente concessão, **assinado em 1998**, e concluiu que o risco não era integral, de modo que os investimentos previstos no plano de negócios eram vinculantes. Não sendo executados de acordo com o plano, seus valores deveriam ser ajustados pelo que efetivamente foi realizado, tendo como parâmetro tabelas de preços referenciais para obras e serviços de engenharia.

Por fim, importa acrescentar que mesmo que os investimentos fossem de risco integral da concessionária, havendo alteração de investimentos previstos no plano de negócios, as obras novas devem ser avaliadas (e entrar no fluxo de caixa) pelo preço constante nas tabelas referenciais de obras de engenharia, conforme metodologia do TCU.

Tais alterações de investimentos ocorreram diversas vezes (ver fls. 25.239-25.241 da ITC 308/2015), o que justifica a prática do TCEES, situação não levada em conta pelas perícias econômico-financeiras porque estas ficaram adstritas a uma abordagem exclusivamente econômica (adotando os valores contratuais), sem a necessária avaliação e análise crítica dos aspectos de engenharia (valores dos investimentos efetivamente realizados).

b) O segundo fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é a data de atualização dos valores e da realização da perícia.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A perícia apurou eventos e atualizou valores até junho de 2015, enquanto a ITC apurou eventos até 31 de dezembro de 2012 e atualizou valores até 2014.

Nesse sentido, eventos que não tinham acontecido até dezembro de 2012 favoráveis à Concessionária (como a suspensão do pedágio na Terceira Ponte) não entraram no cálculo do TCEES, em cumprimento aos exercícios tratados no bojo da auditoria realizada.

Destaque-se que, conforme abordado no item 3.17 da ITC, tais fatores não seriam suficientes para um reequilíbrio do contrato, em virtude do irremediável e profundo desequilíbrio contratual verificado.

c) O terceiro fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é o tipo e a quantidade de eventos considerados pelas duas análises.

Embora a equipe técnica do TCEES e a perícia tenham considerado os mesmos eventos em parte dos trabalhos, a equipe de Auditores do TCE não considerou passíveis de reequilíbrio alguns eventos, que, no seu conjunto, foram considerados favoráveis à Concessionária pela perícia. A título de exemplo, podem ser citados: ganhos e perdas com arredondamento de tarifas, suspensão no pedágio da Terceira Ponte e investimentos não previstos em contratos ou aditivos.

As razões pelas quais a equipe técnica não considerou tais eventos em seus cálculos estão demonstradas nos itens 5.1.3, 5.1.5, 5.1.16 e 5.1.17 infra desta Manifestação Técnica.

d) O quarto fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é que o TCEES aponta apenas um cenário

A perícia apresenta diversos cenários porque efetua cálculos em cima de eventos discordantes entre as partes, de modo que se a Justiça decidir que uma das partes tem razão sobre algum ponto controverso, o cálculo já estará pronto.

Nenhum dos cenários deve ser aceito porque partem de premissas e valores diferentes e não trazem os documentos comprobatórios que embasam seus números, conforme ficará demonstrado ao longo desta Manifestação Técnica.

No caso dos técnicos do TCEES, a própria equipe já analisa as disputas e leva em consideração os documentos obtidos em face do que está no edital ou no contrato/aditivo, descartando demandas subjetivas e fixando um único cenário que entende ser o correto para o Plenário julgar.

e) O quinto fator ensejador da diferença de valores entre o “Laudo Econômico” e a ITC 308/2015 é que a perícia utiliza uma proposta comercial que não condiz com a constante na licitação, que foi utilizada pelo TCEES

Quanto à receita estimada, os valores apresentados pela perícia como se fossem da proposta original divergem daquela apresentada e declarada



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

vencedora na licitação, como se pode verificar no Anexo IV, Quadro 2-A, fls. 13.133-13.134. Já o TCEES utilizou os valores corretos, extraídos da proposta vencedora (ver maiores detalhes no item 5.1.2 desta Manifestação Técnica).

Se inexistissem os demais cinco fatores aqui já listados, esse sexto seria capaz de causar divergência nos cálculos, posto que a receita estimada, que é o ponto de partida dos estudos de reequilíbrio, não é a mesma.

Além disso, cabe destacar que os cálculos da perícia em comparação com os do TCEES não conferem devido a utilização de parâmetros divergentes relativos ao valor a ser atualizado, ao prazo de atualização e ao índice de atualização contratual. Explicando:

A fórmula de atualização dos valores é a seguinte: calcula-se o desequilíbrio em valores de 1998, multiplica pela TIR do contrato (16,8024%) elevada à quantidade de anos que se pretende atualizar e multiplica pelo índice de reajuste previsto no contrato.

No caso da ITC, obteve-se:

- 1- desequilíbrio em valores de 1998 = R\$17.383.274,75
- 2- TIR = 1,168024
- 3- anos que se pretende atualizar: 16 (de 1998 a 2014)
- 4- índice de reajuste: 2,94 (até agosto de 2013)
- 5- desequilíbrio atualizado até out. 2013: $17.383.274,75 \times 1,168024^{16} \times 2,94 = \text{R\$ } 613.388.613,57$

Para efeito de comparação, iremos demonstrar os dados utilizados no cenário 1 da perícia:

- 1- desequilíbrio em valores de 1998 = R\$ 69.954,54
- 2- TIR = 1,168024
- 3- anos que se pretende atualizar: 17 (de 1998 a 2015)
- 4- índice de reajuste: 3,26 (até 2015)
- 5- desequilíbrio atualizado até 2015: $69.954,54 \times 1,168024^{17} \times 3,26 = \text{R\$ } 3.198.572,79$

Note-se que dos quatro valores utilizados para atualizar o desequilíbrio, apenas a TIR foi a mesma, logo, se as premissas foram diferentes, o resultado dos cálculos não poderia ser igual.

Por fim, cabe registrar que o índice de atualização contratual utilizado pela perícia a partir de 2004 diverge ligeiramente do utilizado pelo TCE¹⁶⁴. No entanto, considerando que tais diferenças são pouco significativas para o contexto geral, mantém-se os índices do TCEES.

Tecidos estes esclarecimentos, cabe esmiuçar cada ponto divergente dos trabalhos, levando em consideração cada evento considerado capaz de

¹⁶⁴ De 2004 em diante o TCEES passou a usar o mês de agosto como referência para o cálculo de reajuste, em obediência ao previsto em aditivo (até 2003 o mês de referência era outubro). Quanto à perícia, percebe-se que utilizou o índice de reajuste do mês de dezembro, o que explica a diferença. A título de exemplo, para 2013 o índice do TCEES foi 2,94% e o da perícia 2,97%.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão 1/98.

5.1.1 Atraso na homologação de reajustes

Para se chegar ao valor de perda de receita, é preciso multiplicar a quantidade de dias de atraso do reajuste, o valor da diferença do que foi efetivamente cobrado e o que seria devido se reajustado na data correta e o fluxo diário de veículos nas duas praças de pedágio (Terceira Ponte e Rodovia do Sol).

Tanto o TCEES quanto a perícia utilizaram as premissas acima, no entanto, o TCEES considerou ter havido atraso total de 80 dias na Ponte e 89 dias na Rodovia no período (fls. 25.588-25.589), enquanto a perícia encontrou 83 dias na Ponte e 488 dias de atraso na Rodovia, conforme quadros a seguir.

TC		PERÍCIA	
Ano	Dias de atraso na Ponte	Ano	Dias de atraso na Ponte
2000	12	2000	25
2001	38	2001	38
2002	24	2002	14
2003	0	2003	0
2004	0	2004	0
2005	0	2005	0
2006	0	2006	0
2007	6	2007	6
TOTAL	80	TOTAL	83

TC		PERÍCIA	
Ano	Dias de atraso na Praia do Sol	Ano	Dias de atraso na Praia do Sol
2000	0	2000	25
2001	38	2001	48
2002	8	2002	14
2003	0	2003	0
2004	0	2004	367
2005	24	2005	24
2006	13	2006	4
2007	6	2007	6



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

TOTAL	89	TOTAL	488

A conclusão do TCEES foi que os atrasos nas homologações geraram perdas de receita que deveriam ser revertidas à Concessionária equivalentes a R\$ 656.386,90. Já a perícia entende que a perda da Concessionária alcançou R\$ 890.037,38 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998), conforme quadro abaixo:

TC		PERÍCIA	
Ano	Perda de receita	Ano	Perda de receita
2000	60.823,09	2000	103.567,65
2001	254.471,88	2001	166.241,45
2002	61.110,15	2002	65.719,88
2003	67.816,65	2003	0,00
2004	0,00	2004	522.678,97
2005	146.487,86	2005	23.988,32
2006	41.414,92	2006	1.462,73
2007	24.262,35	2007	6.378,37
TOTAL	656.386,90	TOTAL	890.037,38

Importante destacar a existência de premissas diferentes entre as análises. A título de exemplo, a perícia entendeu que teria havido atraso de 367 dias de homologação em 2004 no pedágio da Praia do Sol (Tabela 1 do Laudo Econômico). Ocorre que no 2º Aditivo assinado em 2005, a não homologação do reajuste (tido pela perícia como “atraso”) foi devidamente considerado como evento e acordado entre as partes, conforme item 2 da Cláusula Terceira (fls. 13.410/13.415 – Vol. LX). Logo, considerar como novo evento aqui distorce os cálculos em benefício da Concessionária.

Além disso, em alguns anos a quantidade de dias de atraso considerados pelas duas análises não conferem, o que gera valores diferentes de perdas de receita (esta diferença é maior na praça de pedágio da Praia do Sol, com destaque para os anos de 2000 e 2004).

Ressalta-se que a equipe técnica apontou a razão de cada atraso e juntou a documentação comprobatória (fls. 10.761-10.771, vol. XLVI). Acrescente-se que a Rodosol, quando da apresentação de sua manifestação como terceira interessada, concordou com tais valores, conforme consta no estudo realizado pela MB Consultoria, contratada pela Rodosol (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI), conforme se segue:

2.3.4. Demais ocorrências.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Considerando a semelhança dos valores e conceitos, **adota-se para efeito do presente estudo os valores calculados pelo TCEES para as demais ocorrências, quais sejam:**

- Ocorrência 2: Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
- Ocorrência 3: Congelamento da tarifa de pedágio na Terceira Ponte;
- Ocorrência 4: Atraso na homologação do reajuste tarifário 1999/2000/2001/2002/2003/2005/2006/2007
- Ocorrência 6: Suspensão da cobrança da outorga (3%);
- Ocorrência 7: Recebimento de receitas alternativas;
- Ocorrência 8: Mudanças na legislação do COFINS;
- Ocorrência 9: Mudanças na legislação do PIS;
- Ocorrência 10: Mudanças na legislação da CPMF;
- Ocorrência 11: Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização;
- Ocorrência 12: Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária – TRV;
- Ocorrência 13: Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária; e
- Ocorrência 14: Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009.

Considerando ainda que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo de dias de atraso encontrados pela perícia, **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.2 Redução da tarifa da Terceira Ponte

Para se chegar ao valor de perda de receita decorrente da redução de tarifas na Terceira Ponte, é preciso multiplicar a receita média mensal da praça de pedágio da Ponte, conforme proposta da Concessionária, pelo percentual de reajuste sobre a tarifa básica.

Tanto o TCEES quanto a perícia utilizaram a premissa acima, conforme quadro a seguir.

TC – valor X R\$1000,00				PERÍCIA – valor X R\$1000,00			
Ano	Receita estimada	% reajuste	Perda de receita	Ano	Receita estimada	% reajuste	Perda de receita
2004	18.667	10,71	2.000	2004	19.649	11,76	2.311
2005	19.173	18,48	3.543	2005	20.181	18,21	3.675
2006	19.722	24,24	4.781	2006	20.759	24,24	5.032
2007	20.276	24,24	4.915	2007	21.342	24,24	5.173



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2008	20.858	24,24	5.056	2008	21.955	24,24	5.322
2009	21.274	24,24	5.157	2009	22.392	24,24	5.428
2010	21.721	24,24	5.265	2010	22.863	24,24	5.542
2011	22.142	24,24	5.367	2011	23.488	24,24	5.693
2012	22.601	24,24	5.479	2012	23.975	24,24	5.812
2013	22.907	24,24	5.553	2013	24.299	24,24	5.890
2014	23.247	24,24	5.635	2014	24.661	24,24	5.978
2015	23.564	24,24	5.712	2015	24.997	24,24	6.059
2016	23.853	24,24	5.782	2016	25.303	24,24	6.133
2017	24.117	24,24	5.846	2017	25.583	24,24	6.201
2018	24.355	24,24	5.904	2018	25.836	24,24	6.263
2019	24.567	24,24	5.955	2019	26.060	24,24	6.317
2020	24.819	24,24	6.016	2020	26.328	24,24	6.382
2021	24.908	24,24	6.038	2021	26.422	24,24	6.405
2022	25.042	24,24	6.070	2022	26.564	24,24	6.439
2023	25.145	24,24	6.095	2023	26.674	24,24	6.466
TOTAL			106.169	TOTAL			112.521
(valor nominal)				(valor nominal)			
TOTAL (valor de out 1998)			11.940	TOTAL (valor de out 1998)			12.668

A conclusão do TCEES foi que as reduções de tarifa geraram perdas de receita, que deveriam ser revertidas à Concessionária, equivalentes a R\$ 11.940.176,84. Já a perícia entende que a perda da Concessionária alcançou R\$ 12.668.011,51 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A divergência dos valores encontrados deve-se a dois fatores: ligeira diferença nos percentuais de reajuste utilizados para 2004 e 2005 e diferentes valores considerados na receita estimada ano a ano.

Quanto à receita estimada, os valores apresentados pela perícia como se fossem da proposta original na realidade divergem daquela apresentada e declarada vencedora na licitação, como se pode verificar no Anexo IV, Quadro 2-A, fls. 13.133-13.134. **Já o TCEES utilizou os valores corretos, extraídos da proposta vencedora.**

Com relação aos índices de reajuste de 2004 e 2005, a perícia considerou, respectivamente, 11,76% e 18,21%. Já o TCEES utilizou os índices de 10,71% (2004) e 18,48% (2005). A explicação para isto se encontra nos cálculos abaixo:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

a) TCEES (2004): aplicou a fórmula de reajuste contratualmente prevista (utilizando o índice acumulado desde agosto de 1998 até agosto de 2003, constante na revista "Conjuntura Econômica") à tarifa básica inicial e dividiu por 0,95 (para considerar a inclusão do ISS de 5%, não previsto no contrato), chegando ao valor de tarifa básica calculada de R\$1,68. Como o valor ficou congelado em R\$1,50, a defasagem foi de 10,71% $(1 - 1,50/1,68)$.

b) TCEES (2005): aplicou a fórmula de reajuste contratualmente prevista (utilizando o índice acumulado até agosto de 2004, constante na revista "Conjuntura Econômica") à tarifa básica inicial e dividiu por 0,95 (para considerar a inclusão do ISS de 5%, não previsto no contrato), chegando ao valor de tarifa básica calculada de R\$1,84. Como o valor ficou congelado em R\$1,50, a defasagem foi de 18,48% $(1 - 1,50/1,84)$.

c) Perícia (2004 e 2005): não encaminhou as premissas que subsidiaram seus cálculos, de modo que não é possível explicar o porquê da diferença nos índices.

Considerando que a equipe técnica juntou a documentação comprobatória (fls. 10.755-10.761, vol. XLVI); considerando que a Rodosol a princípio concordou com tais valores (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI); e considerando que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo da perícia (notadamente quanto aos valores anuais da receita estimada contidos na proposta vencedora), **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.3 Suspensão da cobrança de tarifa na Terceira Ponte

A perícia abordou o evento acima, gerado a partir de decisão judicial, **com efeitos a partir de 22 de abril de 2014**, tendo chegado à conclusão que a suspensão da cobrança de pedágio gerou perdas de receita à Concessionária no valor de R\$ 944.865,38 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A ITC 308/2015, constante deste processo, tratou de eventos ocorridos até 31 de dezembro de 2012, logo, não cabe analisar esse ponto trazido pela defesa eis que foge completamente do escopo da auditoria.

Nos termos das propostas de encaminhamento da ITC 308/2015, tal evento deverá ser objeto de reequilíbrio a ser realizado pela ARSP e acompanhada pelo TCEES.

5.1.4 Isenção do pagamento de tarifa dos veículos do Sistema Transcol

Para se chegar ao valor de perda de receita decorrente da isenção tarifária dos veículos do Transcol, é preciso multiplicar o fluxo médio dos veículos por categoria pela tarifa básica de cada categoria.

Tanto o TCEES quanto a perícia utilizaram a premissa acima, conforme quadro a seguir.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

TC			PERÍCIA		
Ano	Fluxo de veículos Categoria 2	Fluxo de veículos Categoria 4	Ano	Fluxo de veículos Categoria 2	Fluxo de veículos Categoria 4
2006	290.769	15.691	2006	275.823	32.455
2007	320.545	17.298	2007	321.641	33.877
2008	384.952	20.773	2008	377.464	42.928
2009	468.051	25.257	2009	394.328	48.157
2010	460.364	24.843	2010	384.556	46.971
2011	458.328	24.733	2011	386.728	51.257
2012	449.206	24.240	2012	327.501	33.290
2013	455.315	24.580	2013	329.996	26.407
2014	461.962	24.985	2014	335.276	26.830
2015	468.384	25.290	2015	340.204	27.224
2016	474.145	25.594	2016	344.763	27.589
2017	479.266	25.898	2017	348.969	27.925
2018	483.914	26.204	2018	352.808	28.232
2019	488.124	26.408	2019	356.266	28.509
2020	493.250	26.686	2020	359.436	28.763
2021	495.025	26.715	2021	362.240	28.987
2022	497.699	26.918	2022	364.739	29.187
2023	499.689	27.020	2023	366.855	29.357
TOTAL DE VEÍCULOS	8.128.988	439.133	TOTAL DE VEÍCULOS	6.329.593	597.945
TOTAL DA PERDA DE RECEITA (R\$ - valor de out 1998)		1.191.069	TOTAL DA PERDA DE RECEITA (R\$ - valor de out 1998)		1.043.854

A conclusão do TCEES foi de que as isenções de tarifa ao Transcol geraram perdas de receita, que deveriam ser revertidas à Concessionária, equivalentes a R\$1.191.069,44. Já a perícia entende que a perda da Concessionária alcançou R\$1.043.854,78 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A diferença dos valores encontrados deve-se a divergência das fontes de informação relativas ao fluxo de veículos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

O TCEES utilizou informação da Ceturb conforme fls. 10.771-10.776, vol. XLVI:

A CETURB declarou não ter condições de estratificar a quantidade de viagens realizadas pelos ônibus articulados, sujeitos à categoria 4, que passam pela Terceira Ponte. Entretanto, informa que, do total de 1.581 (*mil quinhentos e oitenta e um*) veículos pertencentes à frota, apenas 81 (*oitenta e um*) ônibus são do tipo articulado, ou seja, apenas 5,12% (*cinco por cento e doze centésimos por cento*) da frota total. Informa, também, que, desses 81 (*oitenta e um*) veículos, somente uma parte deles é alocada em linhas com itinerário pela Terceira Ponte.

Assim, mantendo a proporção de veículos articulados em relação ao total da frota, a Equipe de Auditoria considerou que 5,12% (cinco por cento e doze centésimos por cento) do total de viagens de ônibus do Sistema TRANSCOL, na Terceira Ponte, é realizada por veículos articulados, categoria 4. Nesse raciocínio, o restante, 94,88% (noventa e quatro por cento e oitenta e oito centésimos por cento) é realizada por veículos da categoria 2, conforme apresentado na Tabela 83 [...]

Já a perícia informa que “foram considerados os valores de fluxo de veículos fornecidos pelo Poder Concedente”, no entanto, ao contrário do TCEES, **não junta no presente processo nenhuma documentação que ampare os dados utilizados.**

Considerando que a equipe técnica juntou a documentação comprobatória (fls. 10.771-10.776, vol. XLVI); e considerando que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo da perícia (notadamente quanto ao fluxo de cada categoria de Transcol na Terceira Ponte), **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.5 Ganhos e perdas no arredondamento de tarifas

A perícia abordou o evento acima alegando que a Cláusula XVIII do contrato de concessão define critérios para arredondamento de tarifa que, se não observados, geram perdas ou ganhos para as partes.

Em sua análise, os peritos afirmam que as partes concordam que tais arredondamentos trouxeram desequilíbrio ao contrato.

Nos seus cálculos, a perícia encontrou desequilíbrio de receitas em favor do Poder Concedente na monta de R\$ 226.841,22 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A equipe técnica desconsiderou o evento, conforme abaixo (fls. 10.743-10.745, vol. XLVI):

Também não foram considerados ocorrências, o **arredondamento das tarifas**. A Cláusula XVIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, ao tratar do Sistema Tarifário, permite o arredondamento dos valores das tarifas como forma de manter a adequada fluidez do trânsito e



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

propiciar maior comodidade aos usuários, estabelecendo formas de compensação.

Ressalte-se que tanto a Rodosol quanto a Arsi sequer se manifestaram na ITI quanto ao fato acima (fl. 25.569).

Arredondamentos de tarifa ocorrem em um ano para cima e no outro para baixo, em uma praça de pedágio para cima e na outra para baixo, e decorrem de uma prática permitida expressamente na Cláusula XVIII, item 2, do Contrato.

Desta forma, basta que ao final de concessão sejam compensados eventuais ganhos ou perdas da concessionária em virtude dos arredondamentos, não havendo a necessidade de ser considerado como evento capaz de desequilibrar o contrato.

A Equipe de Auditoria entendeu como correto calcular os efeitos do arredondamento no encerramento do contrato, para efeito de encontro de contas, de modo que no presente cálculo, efetuado durante a vigência contratual, não cabe a inserção desses acontecimentos no reequilíbrio.

Do exposto, **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.6 Ganhos da Concessionária com receitas acessórias

O item 3 da Cláusula XXI estipula receitas alternativas/acessórias (basicamente publicidade e utilização da faixa de domínio) que impactam no fluxo de caixa de forma positiva para a Concessionária.

Nesse caso, a metodologia consiste em verificar, mediante documentos hábeis, os valores efetivamente auferidos até o ano em que é realizado o estudo e, para os anos vindouros, deve-se projetar a receita que será auferida.

A título de exemplo, se a análise ocorreu durante 2012 e a concessão durará até 2022, o cálculo levará em conta o que efetivamente foi auferido até 2011 e projetará os valores de 2012 a 2022.

O TCEES e a perícia lançaram valores a título de receitas acessórias e concordaram que houve desequilíbrio favorável ao Poder Concedente, divergindo apenas no montante (R\$ 520.787,56, segundo a perícia, e R\$ 943.278,08, segundo o TCEES, VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A divergência pode ser explicada por três fatores. O primeiro é que o período de cada apuração é diferente (até 2012, pelo TCEES, e até 2015, pela perícia). Assim, na planilha do TCEES constam valores efetivos até 2011 e projetados a partir de 2012, enquanto na planilha pericial constam valores efetivamente auferidos até 2014.

O segundo fator é que o TCEES utilizou valores projetados para tais receitas para os períodos de 2012 até o fim da concessão (2023), enquanto os peritos entenderam que as receitas a partir de 2015 não deveriam ser consideradas, pois ensejadoras de reequilíbrios futuros.

O terceiro fator é que o TCEES considerou como valores de 1999 a 2005 aqueles constantes no aditivo assinado em 2005 e, para o período de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2006 a 2011, os valores constantes nos balancetes da própria Rodosol. A perícia, no entanto, não apresenta os documentos que ampararam os valores considerados ano a ano em sua Tabela 6, de forma que não há como validar tais valores.

Entendemos que a metodologia do TCEES é a mais propícia inclusive por já ter sido aceita pela própria Rodosol (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI) e por ter sido utilizada pela FGV (vide fls. 599-614 do Processo TC-5591/2013, onde consta Resumo Executivo do estudo da FGV, datado de dezembro de 2008, que inclui o Evento 7 – Diferencial de Receitas Alternativas, onde estão computadas as receitas acessórias).

Diante do exposto, **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.7 Alteração de alíquota de ISS

A perícia abordou o evento acima alegando que, embora não previsto no contrato original o pagamento de ISS, durante a vigência da concessão, os municípios de Vitória, Vila Velha e Guarapari aprovaram leis que instituíram cobranças desse imposto.

Em sua análise, os peritos afirmam que as partes concordam que tais cobranças trouxeram desequilíbrio ao contrato.

Nos seus cálculos, a perícia encontrou desequilíbrio de receitas em favor da Concessionária de R\$ 5.000.499,01 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A equipe técnica já considerou o impacto da criação do ISS nos municípios de Vitória, Vila Velha e Guarapari, conforme fl. 10.743-10.744 (Ocorrência "N4"):

A Equipe de Auditoria, analisando os reajustes contratuais que se seguiram à legislação citada, observou que seu impacto foi acrescido diretamente no cálculo da tarifa. Desse modo, desnecessário qualquer evidenciamento de seu impacto, pois todo o encargo é repassado diretamente ao usuário. Contudo, para os cálculos do impacto de todas as ocorrências no fluxo de caixa da proposta, fez-se necessário incluir os efeitos do ISSQN no imposto de renda e em garantias e seguros, conforme apresentado mais adiante neste Relatório. Porém, é recomendável formalizar em aditivo contratual a inclusão do ISSQN na fórmula de reajuste tarifário.

Conforme acima, como foram considerados nos reajustes contratuais, se considerados novamente também como eventos, ocorrerá um duplo efeito nos cálculos.

Diante do exposto, conclui-se que fica **mantida a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.8 Alteração de alíquota do COFINS

A conclusão do TCEES foi que as alterações de alíquota do COFINS geraram perdas à Concessionária, equivalentes a R\$ 1.636.385,88. Já a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

perícia entende que a perda da Concessionária alcançou R\$ 1.768.740,04 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A divergência dos valores encontrados deve-se a diferentes valores considerados na receita estimada ano a ano, já relatado no item 5.1.2 desta Manifestação Técnica.

Ressalte-se que a Tabela 9 do Laudo Econômico aponta, para o ano de 2004, um valor nominal de desequilíbrio igual a R\$858.232,99, quase três vezes maior do que o calculado pelos próprios peritos nos anos próximos, o que configura indício de ter havido incorreção no lançamento do valor para 2004 (situação que, se realmente ocorrida, também explica parte da diferença encontrada entre a perícia e o TCEES).

Considerando que a equipe técnica juntou a documentação comprobatória (fls. 10.782-10.785, vol. XLVI); considerando que a Rodosol a princípio concordou com tais valores (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI); e considerando que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo da perícia (notadamente quanto aos valores anuais da receita estimada contidos na proposta vencedora e memória de cálculo do diferencial da COFINS), **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.9 Alteração de alíquota do PIS

Entre dezembro de 2002 e julho de 2004, a alíquota do PIS foi majorada em 1%, gerando desequilíbrio no fluxo de caixa do empreendimento.

O cálculo da perícia ficou bastante divergente do efetuado pelo TCEES, conforme quadro a seguir:

TC – valor X R\$1000,00		PERÍCIA – valor X R\$1000,00	
Ano	Desequilíbrio a favor do Poder Concedente	Ano	Desequilíbrio a favor da Concessionária
2002	2,55	2002	12,48
2003	27,54	2003	138,47
2004	14,16	2004	53,78
TOTAL	44,25	TOTAL	204,73

A conclusão do TCEES foi que a majoração de alíquotas gerou perdas ao Poder Concedente equivalentes a R\$ 44.244,70. Já a perícia entende que houve perda da Concessionária igual a R\$ 204.736,53 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

Muito embora a Rodosol não tenha apresentado o cálculo detalhado do evento, mas apenas uma tabela simplificada (Tabela 10), ao que parece, a perícia teria multiplicado a receita estimada das praças de pedágio pela diferença da alíquota, enquanto o TCEES observou que a lei que alterou o PIS (Lei 10.637/2002) majorou o PIS de 0,65% para 1,65% sobre a receita



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

bruta da concessionária, **excluídas determinadas despesas operacionais.**

Se realmente não observou o comando legal, a perícia calculou o diferencial de alíquota sobre a receita bruta, obtendo um valor bem maior do que o obtido pelo TCEES, a ponto de ter sido favorável à concessionária.

O TCEES, ao contrário, constatou decréscimo no desembolso da Concessionária em decorrência das alterações na legislação do PIS, situação que beneficiou a empresa, gerando reequilíbrio em favor do Poder Concedente.

A título de exemplo, apresenta-se o cálculo da perícia e do TCEES relativo a dezembro de 2002 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998):

PERÍCIA (Tabela 10 do Laudo Econômico) – valor X R\$1000,00		
Período	Diferencial alíquota	Perda de receita
Dez/2002	1%	12,48

TC (Tabela 88, fl. 10.787) – valor X R\$1000,00						
Período	(a) Receita	(b) PIS previsto na proposta (0,65% x 2.387)	(c) Desconto legal na base de cálculo	(d) Base de cálculo legal (a – c)	(e) PIS “legal” (1,65% x 653)	Perda de receita de (e – b)
Dez/2002	2.387	15,52	1.734	653	10,78	- 4,74

Além da metodologia acima, a receita estimada também apresenta divergência, conforme explicado no item 5.1.2 (Redução da tarifa da Terceira Ponte) desta Manifestação Técnica.

Considerando que a equipe técnica juntou a documentação comprobatória (fls. 10.785-10.788, vol. XLVI); considerando que a Rodosol a princípio concordou com tais valores (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI); e considerando que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo da perícia (notadamente quanto aos valores anuais da receita estimada e memória de cálculo do diferencial de PIS), **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.10 Alteração de alíquota e prazo da CPMF

Entre 1999 e 2007 a Concessionária viu incidir CPMF sobre suas receitas. O TCEES calculou perdas de R\$ 363.737,95 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998), mas a perícia concluiu que não caberia considerar esse evento como



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

ensejador de reequilíbrio, uma vez que a Nota Técnica 80/2000/SEAE/MF do Ministério da Fazenda assevera que a CPMF não geraria revisão nas tarifas por ser um tributo análogo ao imposto de renda.

Todavia, a redação esculpida na cláusula XX, item 4, “a” do Contrato de Concessão 1/98, estabelece que somente o imposto de renda não gera revisão tarifária. Em momento algum faz menção a CPMF, cuja base de cálculo é distinta, nos termos da Lei 9.311/96.

A concessionária quer fazer aplicar, no âmbito estadual, a Nota Técnica 80/2000/SEAE/MF do Ministério da Fazenda. De fato, no âmbito da esfera federal há o entendimento neste sentido acatado pela Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT¹⁶⁵.

Porém, é certo que nota técnica do Ministério da Fazenda não possui força normativa para afastar previsão contida no contrato. Seria necessária a realização de um aditivo contratual ou instrumento congênere com o fito de englobar tal aspecto. Em momento algum isto foi pactuado pelo Poder Concedente junto com a Concessionária.

É temerário ir de encontro com expressa previsão contratual, sem qualquer fundamento legal, baseado unicamente em ato normativo secundário expedido no âmbito federal, aplicável às concessões mais recentes daquele ente somente. Inaplicável, portanto, o entendimento exposto na Nota Técnica 80/2000/SEAE/MF do Ministério da Fazenda.

Ressalta-se, ainda, que a Lei 9.311/96, que criou a CPMF, é de 24 de outubro de 1996, sendo exigida a partir de 1997. Quando da assinatura do contrato já vigorava a referida contribuição. Desta forma, optou-se por não incluí-la como hipótese de revisão tarifária no contrato. **Logo, deve ser mantida a conclusão da ITC 308/2015 quanto ao presente ponto.**

5.1.11 Eliminação da outorga variável e inclusão da TRV

O contrato previa o pagamento de outorga variável em benefício do Poder Concedente no percentual de 3% da arrecadação bruta mensal, obrigatoriedade retirada por meio de aditivo firmado em 31/12/2010.

Em 21/12/2010 foi criada a Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público de Infraestrutura Viária (TRV) pela Lei Complementar 512/09.

Nesses dois eventos, a perícia verificou desequilíbrio favorável à Concessionária no valor de R\$ 2.729.989,52 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

O TCEES, por seu turno, constatou desequilíbrio favorável à Concessionária no montante de R\$ 2.546.003,83 (VPL no período zero - 1998 - com data base de outubro de 1998), sendo:

- a) O cálculo da outorga para o TCE apresenta R\$ 2.841.510,42 (VPL no período zero - 1998 - com data base de outubro de 1998) como

¹⁶⁵ Conforme resposta dada pela ANTT constante na Súmula do relatório de Audiência Pública nº 033/2006. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_33/sumuladorelatorio_ap033.pdf. Consultado em 04 de abril de 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

redução de despesa à Concessionária, conforme Tabela 85, fl. 10.778, vol. XLVI;

- b) O cálculo do TRV para o TCE apresenta R\$ 295.506,59 (VPL no período zero - 1998 - com data base de outubro de 1998) como aumento de despesa da Concessionária, conforme Tabela 91, fl. 10.797, vol. XLVI.

Embora a Tabela 12 do Laudo Econômico não tenha sido encaminhada com a memória dos cálculos, mas considerando que tanto o cálculo da TRV quanto da outorga incidem sobre a receita estimada e considerando que a perícia utilizou estimativa de receita divergente daquela contida na proposta vencedora da licitação (ver item 5.1.2 desta Manifestação Técnica), pode-se inferir que a diferença nos cálculos surgiu principalmente em virtude desta diferença de receita.

Considerando que a equipe técnica juntou a documentação comprobatória (fls. 10.776-10.779 e 10.794-10.798, vol. XLVI); considerando que a Rodosol a princípio concordou com tais valores (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI); e considerando que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo da perícia (notadamente quanto aos valores anuais da receita estimada), **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.12 Repasse à Polícia Rodoviária

O contrato previa repasse para aparelhamento da polícia rodoviária de R\$190.000,00 no 1º ano, R\$145.000,00 nos 3º, 6º, 9º, 12º, 15º, 18º 21º e 24º anos e R\$60.000,00 nos demais anos da concessão (valores nominais).

A perícia constatou desequilíbrio favorável ao Poder Concedente de R\$121.975,96 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

O TCEES encontrou desequilíbrio favorável ao Poder Concedente de R\$142.048,91 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

Duas são as razões da diferença.

Em primeiro lugar, o TCEES levantou valores repassados até 2012, enquanto a perícia obteve dados até 2014.

A segunda razão é que os valores considerados pela perícia como repassados pela Concessionária divergem em oito anos daqueles considerados pelo TCEES:

TC		PERÍCIA	
Ano	Repasse (valor nominal x R\$1000,00)	Ano	Repasse (valor nominal x R\$1000,00)
2004	114	2004	134
2005	31	2005	40



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

2006	46	2006	63
2008	57	2008	59
2009	82	2009	92
2010	22	2010	24
2011	36	2011	40
2012	149	2012	168
TOTAL	537	TOTAL	620

Fonte: Tabela 92, fl. 10.799 (valores TC) e Tabela 13 do Laudo Econômico (valores perícia)

Considerando que a equipe técnica juntou a documentação comprobatória (fls. 10.798-10.799, vol. XLVI); considerando que a Rodosol a princípio concordou com tais valores (fls. 14.877-14.878, vol. LXVI); e considerando que não foram juntados novos documentos que amparassem o cálculo da perícia (notadamente quanto aos valores anuais dos repasses), **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.13 Eventos de investimentos

Embora todos os itens anteriores apresentem divergência entre os cálculos da perícia e do TCEES, este é o que apresenta a diferença mais significativa, conforme explicado no item 5.1, alínea “a” desta Manifestação Técnica.

[...] qualquer perícia estritamente econômica (como foi o caso da realizada pela FGV e é o caso da atual juntada pela Rodosol) parte de pressupostos diferentes daqueles utilizados pelo TCEES.

Além disso, perícia econômico-financeira não inclui uma análise de ENGENHARIA, que verifica se as obras previstas nos contratos e aditivos foram realizadas da maneira pactuada.

Ademais, as perícias econômico-financeiras partem do pressuposto de que os valores previstos para investimento são risco integral da concessionária, o que justificaria a manutenção dos valores da proposta ao longo do cálculo do reequilíbrio. No entanto, a ITC considerou que os investimentos NÃO eram risco integral da Rodosol [...]

Isso significa que a perícia partiu dos valores previstos na proposta para investimentos e fez os ajustes ao longo da vigência contratual, incluindo ou suprimindo valores a partir de aditivos contratuais.

Já o TCEES entendeu que os investimentos não eram risco da Concessionária e que o plano de investimentos era vinculante, devendo ser executado exatamente como previsto na proposta. Logo, o valor das obras deveria refletir os preços contidos nas tabelas de preços referenciais de engenharia e não os valores previstos na planilha da proposta.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

A divergência de interpretação jurídica da natureza contratual explica a maior parte da diferença encontrada entre as avaliações do TCEES e da perícia. Vejamos os valores de investimento, incluindo desapropriações, considerados nos cálculos de cada um:

TC		PERÍCIA	
Investimento	Custo da obra segundo tabela referencial de preços x R\$1.000,00	Investimento	Custo da obra segundo proposta x R\$1.000,00
Duplicação ES 060 (Rod. Darly Santos – Setiba)	20.683	Duplicação ES 060 (Rod. Darly Santos – Setiba)	28.515
Duplicação ES 060 (Graçaí – Meaípe)	0,0	Duplicação ES 060 (Graçaí – Meaípe)	3.100
Duplicação Ponte Rio Jucú	1.690	Duplicação Ponte Rio Jucú	3.072
Implantação pedágio Rod. Sol	1.161	Implantação pedágio Rod. Sol	1.557
Contorno Guarapari (terraplanagem completa e pavim. 1ª pista)	17.106	Contorno Guarapari (terraplanagem completa e pavim. 1ª pista)	27.447
Contorno Guarapari (pavim. 2ª pista)	12.287	Contorno Guarapari (pavim. 2ª pista)	11.702
Interligação Av. Carlos Lindemberg – 3ª Ponte	0,0	Interligação Av. Carlos Lindemberg – 3ª Ponte	5.685
Recup. Moderniz. 3ª Ponte	21.357	Recup. Moderniz. 3ª Ponte	21.357
Conservação espec.	0,0	Conservação espec.	35.693
Desapropriações	196	Desapropriações	5.000
Infraestrutura para serviços de operação, conservação e admin	4.935	Infraestrutura para serviços de operação, conservação e admin	5.133
TOTAL (vlr. Nominal)	79.415	TOTAL (vlr. Nominal)	148.261
TOTAL (VPL 1998)	44.709	TOTAL (VPL 1998)	73.956
Fonte: Tabela 36, fl. 10.640 (valores TC) e Tabela 14 do Laudo Econômico (valores perícia)			



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Apenas quanto à divergência de premissas no cálculo de investimentos e depreciação já se tem, como ponto de partida, sem considerar eventos posteriores havidos em cada investimento, uma diferença desfavorável à Concessionária de cerca de R\$ 68.846.000,00 (valor nominal), que corresponde a R\$ 29.247.000,00 em VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998.

Importante destacar que **mesmo que os investimentos fossem entendidos como risco da empresa e que, portanto, deveriam ser considerados a partir dos valores constantes nas propostas, todos os investimentos inicialmente previstos e alterados via aditivos devem ter seus valores ajustados, para efeito de reequilíbrio econômico-financeiro, segundo tabelas referenciais de custo para obras/serviços de engenharia, mesmo entendimento expressado pelo TCU (Acórdão TCU 346/2016-Plenário e Decisão TCU 1502/2002-Plenário).**

Nesse sentido, **dos nove investimentos acima, oito foram alterados significativamente** (conforme exposto às fls. 25.239-25.241 do presente processo, apenas a recuperação/modernização da 3ª Ponte não foi alterada), **de modo que deveriam ter sido reavaliados segundo as tabelas de preços referenciais.**

Para se ter uma ideia mais clara das consequências da diferença de interpretação jurídica, **abordaremos o caso da conservação especial.**

Esse item consta na proposta original no valor de R\$ 35.693.568,80 e foi aumentado para R\$ 40.801.000,00 no 2º aditivo contratual (valores nominais).

O TCEES, ao considerar que o investimento não era risco integral da Rodosol, entendeu que tal expressivo valor somente seria devido se realmente tivesse ocorrido tal despesa. **Ocorre que a Equipe de Auditoria demonstrou (fls. 10.580-10.588, volume XLV) que nada foi gasto relativamente a esse item.**

Já a perícia econômica, partindo da premissa de que investimento era risco integral da empresa, computou em seus cálculos esses valores que jamais foram dispendidos pela Concessionária.

Considerando tudo o que foi exposto quanto à metodologia de cálculo do TCEES **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.14 Desapropriações

O item “desapropriações” entrou na proposta pelo valor nominal de R\$ 5.000.000,00, alterado pelo 2º aditivo para R\$ 6.706.000,00, **mas a Equipe de Auditoria constatou, conforme documentação acosta aos autos, que a Concessionária só tinha gasto R\$217.759,06** em valores nominais (R\$195.587,81 - VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

A perícia assim se manifestou:

O Poder Concedente e Concessionária divergem quanto aos valores fornecidos para essa perícia sobre as desapropriações.
Essa perícia não tem condições de confirmar os valores



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

devidos. Sendo assim, considerou-se ambos os valores fornecidos para os cenários mostrados na Seção Final deste laudo. (g. n.)

A perícia informa que não tem como afirmar quais valores foram pagos e por isso apresenta mais de um cenário nos seus cálculos, embora apresente detalhamento apenas dos valores da proposta da Concessionária mais o aditivo (totalizando R\$6.706.000,00), deixando de informar quanto o Poder Concedente entende como devido.

Com os valores apresentados pela Rodosol, a perícia encontrou desequilíbrio favorável ao Poder Concedente no montante de R\$396.057,58 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

Ao contrário da perícia, para a elaboração do relatório de auditoria, os técnicos do TCEES realizaram o levantamento dos registros de desapropriações constantes no Processo DER nº 59989750, obedecendo como critério para validação da despesa a existência de **laudo de avaliação** e **parecer favorável** da comissão da avaliação do DER/ES, acrescidos do **recibo assinado** em favor da Concessionária da quantia acordada com o proprietário do imóvel desapropriado ou da **escritura pública**, conforme fl. 25.391 deste processo.

Considerando tudo o que foi exposto quanto à metodologia de cálculo do TCEES e quanto à matriz de risco contratual, **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**

5.1.15 Eventos de infraestrutura

Os chamados “eventos de infraestrutura” são sistema de arrecadação, posto geral de fiscalização, sistema de pesagem móvel, sistema de controle de velocidade, sistema de atendimento ao usuário, sistema de monitoração e controle de tráfego e centro de controle operacional. Destes, apenas o posto geral de fiscalização apresentou divergência entre TCEES e perícia.

Para o TCEES, as obras de infraestrutura também são obras vinculadas ao plano de investimentos, de forma que não seriam de risco integral da Concessionária, devendo ser avaliados segundo as tabelas de preços de engenharia. A perícia manteve o procedimento de considerar quaisquer obras como risco integral da empresa, de forma que seus valores são aqueles da proposta comercial.

Quanto ao posto geral de fiscalização, a diferença de premissas gerou uma divergência nos cálculos: enquanto o TCEES apurou que a obra deveria entrar na planilha de fluxo de caixa pelo valor de R\$ 309.249,33, a perícia considerou o valor de R\$ 1.041.638,48, sendo que a alteração no cronograma de desembolsos teria gerado desequilíbrio de R\$ 3.900,00 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998). Registre-se para ambas as análises o Poder Concedente teve perdas, diferindo apenas no montante.

Considerando tudo o que foi exposto quanto à metodologia de cálculo do TCEES, **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 quanto a este ponto.**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

5.1.16 Outros investimentos – não previstos contratualmente: projeto ampliado

A perícia afirma que a Concessionária reclama de eventos não previstos no contrato ou nos aditivos, relativos a “investimentos adicionais no Projeto Ampliado”.

Assim se manifestou a perícia:

Além dos itens elencados anteriormente, a Concessionária reclama reequilíbrio econômico-financeiro de eventos de investimentos adicionais no Projeto Ampliado, que não foram estabelecidos pelo Contrato, nem por Termo Aditivo. Nesse caso, foram incluídos cenários com e sem esses itens, **pois a perícia econômica não possui elementos comprobatórios para julgar tais itens**. (g. n.).

Embora tenha reconhecido que não tem elementos comprobatórios para considerar devidos esses supostos eventos, a perícia traçou cenários incluindo esse pedido da Concessionária, que incluiria gastos de R\$ 977.635,26 realizados em 2011 (valores nominais), favoráveis à Concessionária. O impacto disso foi de R\$ 129.808,73 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

Considerando a própria afirmação da perícia, de que não existem elementos comprobatórios da despesa, não há como reconhecer tal evento. Portanto, **mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 que sequer se manifestou quanto a este ponto**.

5.1.17 Outros investimentos – não previstos contratualmente

A perícia afirma que a Concessionária reclama de eventos não previstos no contrato ou nos aditivos, a saber: clínica de pronto atendimento, reaproveitamento vegetal, programa de comunicação social, investimento de 0,5% sobre o valor dos investimentos previstos, programa de educação ambiental, plano de manejo e recuperação do Parque Paulo César Vinha e estudo de impacto urbano.

Destes, segundo a perícia, o Poder Concedente admite apenas a clínica de pronto atendimento, embora não tenha sido juntado nenhum documento atestando tal alegação.

Pelos cálculos da perícia, a clínica teria gerado um impacto negativo para a Concessionária de R\$ 149.670,94 e se fosse considerado todo o pedido da Rodosol o impacto seria ainda maior: R\$ 1.764.576,88 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998).

Vale destacar a manifestação da perícia:

Como esses investimentos não foram considerados em aditivos, **essa perícia não tem condições de analisar o mérito desse pleito** [...] (g.n.).

Embora tenha declarado que não tem como analisar, a perícia traçou cenários levando em conta os valores pleiteados.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Importante destacar que todos os eventos aqui tratados (clínica de pronto atendimento, reaproveitamento vegetal, programa de comunicação social, investimento de 0,5% sobre o valor dos investimentos previstos, programa de educação ambiental, plano de manejo e recuperação do Parque Paulo César Vinha e estudo de impacto urbano) já foram analisados e negados na ocasião do 2º Termo Aditivo, assinado pelas partes, ratificando o acordado. Assim, cabalmente inapropriada essa inclusão, posto que existe acordo sacramentado pelas partes.

Ademais, considerando a própria afirmação da perícia, de que não há previsão contratual para tal solicitação, não há como reconhecer os eventos. Portanto, mantém-se a conclusão da ITC 308/2015 que sequer se manifestou quanto a este ponto.

5.1.18 Cenários apresentados pela perícia

Cenário 1: inclui quase todos os eventos considerados pelo TCEES, sendo que a divergência mais significativa refere-se aos valores dos investimentos, ante à diferença de premissas, conforme exaustivamente explicado ao longo desta peça técnica. Não inclui investimentos não previstos em contratos/aditivos; considera os valores de desapropriação apresentados pela Concessionária; e atualiza eventos até 2015 (não abordados pelo TCEES). Aponta desequilíbrio favorável ao Poder Concedente na monta de R\$ 69.951,54 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998) que, atualizados para 2015, alcançam R\$3.198.572,79.

Cenário 2: inclui quase todos os eventos considerados pelo TCEES, sendo que a divergência mais significativa refere-se aos valores dos investimentos, ante à diferença de premissas, conforme exaustivamente explicado ao longo desta peça técnica. Não inclui investimentos não previstos em contratos/aditivos; afirma considerar os valores de desapropriação apresentados pelo Poder Concedente, mas não os comprova; e atualiza eventos até 2015 (não abordados pelo TCEES). Aponta desequilíbrio favorável ao Poder Concedente na monta de R\$70.549,64 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998) que, atualizados para 2015, alcançam R\$ 3.225.921,52.

Cenário 3: inclui quase todos os eventos considerados pelo TCEES, sendo que a divergência mais significativa refere-se aos valores dos investimentos, ante à diferença de premissas, conforme exaustivamente explicado ao longo desta peça técnica. Exclui repasses à Polícia Rodoviária. Não inclui investimentos não previstos em contratos/aditivos; considera os valores de desapropriação apresentados pela Concessionária; e atualiza eventos até 2015 (não abordados pelo TCEES). Aponta desequilíbrio favorável à Concessionária na monta de R\$ 10.137,88 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998) que, atualizados para 2015, alcançam R\$ 463.560,17.

Cenário 4: inclui quase todos os eventos considerados pelo TCEES, sendo que a divergência mais significativa refere-se aos valores dos investimentos, ante à diferença de premissas, conforme exaustivamente



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

explicado ao longo desta peça técnica. Inclui investimentos não previstos em contratos/aditivos; considera os valores de desapropriação apresentados pela Concessionária; e atualiza eventos até 2015 (não abordados pelo TCEES). Aponta desequilíbrio favorável à Concessionária na monta de R\$ 1.363.021,90 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998) que, atualizados para 2015, alcançam R\$ 62.324.932,58.

Cenário 5: inclui quase todos os eventos considerados pelo TCEES, sendo que a divergência mais significativa refere-se aos valores dos investimentos, ante à diferença de premissas, conforme exaustivamente explicado ao longo desta peça técnica. Inclui apenas um investimento não previsto em contratos/aditivos (clínica de pronto atendimento); considera os valores de desapropriação apresentados pela Concessionária; e atualiza eventos até 2015 (não abordados pelo TCEES). Aponta desequilíbrio favorável à Concessionária na monta de R\$ 51.550,25 (VPL no Período 0 - ano 1998; descontado à TIR de 16,80% - com data-base em outubro de 1998) que, atualizados para 2015, alcançam R\$ 2.357.163,69.

Nenhum dos cenários deve ser aceito porque partem de premissas e valores diferentes e não trazem os documentos comprobatórios que embasam seus números, conforme fartamente explanado anteriormente.

A principal divergência é quanto à diferença de entendimento jurídico entre a perícia multidisciplinar do TCEES e a perícia meramente econômica, que analisa apenas os novos eventos, considerando que o contrato é de risco integral da concessionária.

O cenário 3 também falha ao excluir sem motivação os repasses à polícia rodoviária.

Além disso, os cenários 4 e 5 apresentam o agravante de incluírem investimentos que a concessionária afirma ter realizado, mas que não têm nenhuma previsão em contrato ou aditivo, e que já foram analisados e negados na ocasião do 2º Termo Aditivo, assinado pelas partes, ratificando o acordado.

Ante todo o exposto, **mantém-se integralmente a extensiva e completa análise realizada no bojo da ITC 308/2015.**

Por fim, importante frisar a consideração tecida na ITC 308/2015, abaixo transcrita:

Já tendo sido discutido e demonstrado (cf. item 3.16 desta ITC) que a proposta vencedora da licitação já apresentava parâmetros superiores aos de mercado, ou seja, que o ajuste inicial entre a Rodosol e o DER/ES já apresentava sobrepreço desde sua assinatura, e muito embora diversos achados de auditoria apontados até o item 3.15 desta ITC sinalizem a existência de motivação suficiente para a declaração de nulidade do contrato, este item 3.17 busca discutir tema, suscitado pela equipe de auditoria, concernente à possibilidade, ou não, de se reequilibrar o Contrato 1/98 e as formas usualmente aceitas para o alcance deste reequilíbrio, caso possível. (fl. 25.224)

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Importa frisar que o VPL foi aqui 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 considerando os eventos ocorridos até 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. (fl. 25.260)

Da leitura do referido trecho, conclui-se e reforça-se que: já havia motivação suficiente para a declaração de nulidade do Contrato 1/1998, de forma que o cálculo apresentado no item 3.17 da ITC visava apenas discutir se havia desequilíbrio contratual e quem seria beneficiário do reequilíbrio; e o cálculo efetuado na ITC 308/2015 traçava um “retrato” da situação contratual até dezembro de 2012, cabendo à agência reguladora estadual, no momento oportuno, utilizando os mesmos critérios adotados pelo TCEES, apurar o montante real, considerando todos os eventos posteriores àquela data.

Destaque-se que, conforme abordado no item 3.17 da ITC, a existência de irremediável e profundo desequilíbrio contratual verificado, incapaz de propiciar reequilíbrio contratual.

6 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS – ATUAÇÃO DESRESPEITOSA DA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A

Na peça de fls. 25.920-25.921 (vol. CXVII), protocolizada em 15/2/2016, a Concessionária Rodovia do Sol S.A apresentou o seguinte pedido:

2. Ademais, em conformidade com o disposto no art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno desta e. Corte de Contas, que autoriza as partes, antes do início do julgamento, apresentar novos documentos, a suplicante requer V. Exa. Se digne determinar a juntada: (a) da complementação das suas razões de defesa, tendo em vista que a RODOSOL não foi intimada para contraditar a Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 (doc. 01); e (b) do laudo pericial apresentado nos autos ação civil pública nº 1147553-37.1998.8.08.0024, que evidencia o absurdo das conclusões da **abjeta¹⁶⁶ ITC 308/2015** (doc. 2) (g.n).

De se notar, portanto, que em requerimento no qual aduziu a pretensão de juntada de documentos para fazer face às análises e conclusões presentes na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015, a Rodosol **adjetivou a ITC 308/2015, constante destes autos, de peça “abjeta”** (g.n).

¹⁶⁶ Abjeto é sinônimo de canalha, sórdido, sujo, repelente, nojento, nauseabundo, imundo, ignóbil, desprezível, asqueroso, torpe, baixo, vil.

Para maiores informações acerca da extensão conceitual do signo “abjeta”, confira em: <https://www.dicio.com.br/abjeto/>. Acesso em 25 abr 2017.

Nota de Rodapé não constante no texto original.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Consultando-se vários dicionários da língua portuguesa é possível facilmente apropriar-se que o vocábulo “*abjeto*” tem o significado de algo desprezível, indigno, vil, baixo, execrável, imundo, torpe, infame, entre outros sinônimos. **Note-se que tal adjetivação não é apenas pejorativa, mas sim encontra-se impregnada de inegável caráter ofensivo.**

Não se diz, segundo as regras de boa educação e civilidade, que algo ou alguém é desprezível, torpe ou imundo. Em uma relação jurídico-processual, como é cediço, impõe-se que as partes e seus procuradores ajam de forma civilizada com relação aos demais sujeitos processuais e à própria instituição responsável por proceder ao julgamento.

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), em seu artigo 78 e §§, veda expressamente que as partes, seus procuradores, bem como qualquer órgão ou pessoa que atue no processo, empreguem expressões ofensivas nas peças apresentadas. Eis o que dita a Lei Processual Civil:

Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo **empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.**

§ 1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada. (g. n.)

Em verdade a preocupação com o comportamento dos atores processuais, no que toca ao dever de urbanidade, já era previsto no revogado Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973) que em seu artigo 15 assim preconizava:

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

(g. n.)

Necessário dizer-se que a virulência e incontinência verbal observadas no documento de fls. 25.920-25.921 (vol. CXVII) não é um fato isolado ou dirigido apenas à Área Técnica desta Corte de Contas. Em verdade, é possível observar que a Concessionária Rodovia do Sol S.A vem, desde o início do presente processo, se referindo a este Tribunal de maneira desrespeitosa e agressiva, utilizando-se de palavras e expressões



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

desabonadoras como se pode verificar na nota publicada no sítio eletrônico¹⁶⁷ da Rodosol em 23/4/2014:

Nota de Esclarecimento – “Declarações irresponsáveis do Tribunal de Contas, são mentirosas e repletas de nulidades”

A RodoSol irá cumprir todas as determinações do governo do Estado e confia no restabelecimento da segurança jurídica, reiterando que as **informações** que serviram de base para a suspensão da cobrança do pedágio da Terceira Ponte, **produzidas irresponsavelmente pelo Tribunal de Contas, são mentirosas e repletas de nulidades.**

A empresa ainda está avaliando as consequências dessa decisão e as medidas cabíveis, mas, em respeito a seus usuários e aos seus 350 funcionários, julga necessário, esclarecer algumas dessas informações.

Entre as mais absurdas, está a afirmação fantasiosa de que a RodoSol teria deixado de investir R\$ 798 milhões, soma que é muito superior aos R\$ 620 milhões de receita bruta obtidos pela empresa nos 15 anos da concessão.

É igualmente falsa a informação do relatório preliminar do Tribunal de que houve sobrepreço na tarifa básica da concessão. O preço apresentado na concorrência foi, inclusive, inferior ao valor estabelecido pelo Governo do Estado, no Edital da época.

Vale lembrar que o mesmo Tribunal de Contas, na auditoria realizada em 2010, nada de irregular apontou no mesmo contrato da Rodosol. Outros três estudos já realizados sobre o tema (CPI da Assembléia Legislativa, Fundação Getúlio Vargas e Auditoria Geral do Governo do Estado) igualmente nada encontraram de errado no contrato. Uma das auditorias foi presidida e conduzida pelo hoje conselheiro do Tribunal de Contas Sebastião Ranna em 2005, na época auditor geral do Estado. Naquela auditoria, nenhuma irregularidade foi identificada, procedendo-se à assinatura de Termo Aditivo para reequilíbrio do contrato, após verificação de que existia desequilíbrio em favor da Rodosol da ordem de R\$ 157 milhões (documento disponibilizado para a imprensa).

Portanto, se agora o Tribunal de Contas aponta irregularidades no mesmo contrato, porque não investiga o conselheiro Sebastião Hanna por omissão e prevaricação, já que ele nada denunciou em 2005 e ainda coordenou um aditivo de contrato?

Sem ter tido direito de defesa, o que constitui grave violação de princípio básico do Direito, a Rodosol julga importante denunciar a **conduta irresponsável do Tribunal de Contas** na divulgação de um relatório preliminar repleto de nulidades, números irreais e

¹⁶⁷ Disponível em: <<http://www.rodosol.com.br/blog/2014/04/nota-de-esclarecimento-declaracoes-irresponsaveis-do-tribunal-de-contas-sao-mentirosas-e-repletas-de-nulidades.html>> Acesso em 06 abril de 2017.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

desrespeito às leis, jogando a opinião pública contra a concessionária.

Trata-se de uma autêntica e absurda condenação prévia, que tem como vítimas, além da própria empresa, o estado de Direito e a segurança jurídica. (g. n.)

Nos destaques realizados na “nota” divulgada pela Rodosol é possível verificar-se o menosprezo nutrido pela Concessionária a esta Corte de Contas a quem tece a pecha de “irresponsável” eis que seria emitente de “declarações mentirosas e repletas de nulidades”. Ademais, ainda procura ridicularizar este TCEES ao sugerir, de modo zombeteiro, que este Sodalício deveria investigar o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

Retornando-se à utilização da expressão ofensiva no documento de fls. 25920-25921 (CXVII) apresentado pela Rodosol, tem-se que tal comportamento é inteiramente inadequado e impróprio para aqueles que litigam em processos judiciais ou administrativos, devendo ser exemplarmente rechaçado.

Dessa forma, com fundamento no art. 90, I¹⁶⁸, do RITCEES (Res. TC 261/2013), **sugere-se ao Exmo. Conselheiro Relator que proponha, ao Plenário desta Corte de Contas, a supressão da palavra injuriosa, já aqui destacada, constante no documento de fls. 25920-25921 (CXVII) apresentado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A.**

7 CONCLUSÃO

7.1 Por todo o exposto, tendo em vista que as teses apresentadas pela Concessionária Rodovia do Sol S.A na fase de sustentação oral, sejam em sede de preliminares, sejam em sede meritória, bem como o “Laudo Econômico” por ela carreado, não foram suficientes para ensejar qualquer mudança de entendimento ou conclusão desta equipe técnica, reitera-se *in totum* todas as análises, conclusões e proposta de encaminhamento constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015**.

7.2 Ademais, **sugere-se ao Exmo. Conselheiro Relator, com fundamento no art. 90, I, do RITCEES (aprovado pela Res. TC 261/2013), que seja proposto, ao Plenário desta Corte de Contas, a supressão da palavra desrespeitosa destacada no tópico 6 desta Manifestação Técnica e constante no documento de fls. 25.920-25.921 (Vol. CXVII) apresentado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A.**

Atenciosamente,

Anderson Uliana Rolim
Auditor de Controle Externo
Mat. 203.167

¹⁶⁸ Art. 90. Por proposta de Conselheiro, de Auditor ou de membro do Ministério Público junto ao Tribunal, o Tribunal poderá:
I - determinar a supressão, nas peças processuais, de palavras ou expressões desrespeitosas ou descorteses, incompatíveis com o tratamento devido às instituições e às autoridades em geral;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Gladson Carvalho Lyra

Auditor de Controle Externo

Mat. 203.202

Guilherme Abreu Lima e Pereira

Auditor de Controle Externo

Mat. 203.089

Guilherme Bride Fernandes

Auditor de Controle Externo

Mat. 203.165

Lucas Pinheiro Sathler

Auditor de Controle Externo

Mat. 203.547

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Da inadequação do apensamento da Representação TC 12529/2014 à Representação TC 5591/2013

A proposta de apensamento apresentada pela área técnica do TCE-ES, e acolhida pelo Plenário, possui como fundamento a afirmação de que os fatos analisados na Representação TC 5591/2013 seria os mesmos trazidos ao conhecimento desta Corte de Contas por meio da Representação TC 12529/2014, e de que o apensamento proposto não resultaria prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos, haja vista que, conforme sustenta a área técnica, a Representação TC 12529/2013 não requereria instrução própria:

5. DO APENSAMENTO DOS AUTOS

Como o presente processo trata de pedido cautelar incidental ao Processo TC 5591/2013, **referente aos mesmos fatos lá analisados**, é imperativo o apensamento definitivo dos autos, na forma disciplinada pelo artigo 277, § 1º, do RITCEES, a fim de se evitarem decisões conflitantes nos dois processos.

Não se verificam os impedimentos ao apensamento, elencados no artigo 279 do RITCEES, **pois não resultará prejuízo à tramitação de nenhum dos feitos – haja vista que o presente processo não requer instrução própria**, além da que já foi produzida, por ser uma cautelar



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

incidental ao Processo 5591/2013 –, não há risco de prescrição e nenhum dos processos está em grau de recurso.

No entanto, conquanto o pedido cautelar do MPC-ES tenha sido formulado incidentalmente na Representação TC 5591/2013, observa-se que os indícios de irregularidade atinentes ao procedimento de elaboração da **Resolução ARSI nº 30/2014** não está inserido no escopo do **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**, elaborado em **10/04/2014**, uma vez que a aludida resolução só veio a ser editada em **22/04/2014**, isto é, 12 dias após o relatório de auditoria.

Ademais, acrescente-se que, após o protocolo do pedido cautelar incidental do MPC-ES, o Tribunal de Justiça suspendeu os efeitos da Resolução ARSI nº 30/2014 nos autos da Ação Civil Pública nº 1147553-37.1998.8.8.0024, reconhecendo a sua nulidade por inobservância às normas legais, circunstância que pode gerar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em favor da **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** como consequência pelo período de suspensão de oito meses da cobrança do pedágio na Terceira Ponte, prejuízo estimado em **16 milhões de reais**¹⁶⁹ que será inevitavelmente repassado aos indefesos usuários consumidores do Sistema Rodovia do Sol¹⁷⁰ **caso esta Corte de Contas se exima do dever legal e moral de anular o contrato de concessão**¹⁷¹, à luz de todas as irregularidades constatadas pela sua área técnica.

¹⁶⁹ Estimativa calculada com base em dados extraídos do Portal da Transparência do Governo do Estado, resultante da perda de receita de aproximadamente 2 milhões de reais por mês, durante o período de suspensão de 8 meses (23/04/2013 a 29/12/2013) da cobrança do pedágio da Terceira Ponte, já considerando o valor reduzido da tarifa básica do pedágio determinado pelo Poder Judiciário (R\$ 0,80).

¹⁷⁰ Conforme apurado pela área técnica do TCE-ES, os usuários consumidores do Sistema Rodovia do Sol já foram lesados em inúmeras oportunidades pelos gestores públicos da ocasião, a exemplo da inclusão indevida no preço das tarifas dos pedágios da Terceira Ponte e da Rodovia do Sol dos seguintes itens:

- Dívida remanescente da construção da Terceira Ponte, no valor de 11,5 milhões de reais; e
- Investimento denominado “Conservação Especial”, no valor de 35,6 milhões de reais – majorado para 40,8 milhões de reais em 2005 –, considerado inexistente pelos engenheiros do TCE-ES.

¹⁷¹ Se, por hipótese, o contrato de concessão não for anulado pelo Tribunal de Contas, o ressarcimento do prejuízo sofrido pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol deverá ser suportado pelos agentes públicos responsáveis pela edição da Resolução ARSI nº 30/2014.



Por seu turno, caso seja efetivado o apensamento proposto pela área técnica e acolhido pelo Plenário do TCE-ES, os vícios constatados pelo MPC-ES e pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo na Resolução ARSI nº 30/2014 não poderão ser fiscalizados nos autos da Representação TC 5591/2013, o qual se encontra com sua instrução processual concluída.

Ademais, o ilustre conselheiro relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, em seu despacho datado de **22/12/2014** (fl. 151 a 155 do Processo TC 12529/2014), verificou que o pedido cautelar do MPC-ES preenchia os requisitos legais para recebimento como **Nova Representação**, porquanto, à época, o objeto da Representação TC 5591/2013 já havia sido delimitado pelo Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e os responsáveis citados mediante **Decisão Monocrática Preliminar DECM 360/2014**, de **16/04/2014** (fl. 14158 a 14161 da Representação TC 5591/2013), não se mostrando razoável, portanto, realizar uma instrução complementar naquele procedimento fiscalizatório.

Desse modo, cumpre a este *Parquet* de Contas pugnar pela atribuição de efeitos suspensivo ao presente agravo, evitando que o dano patrimonial resultante da suspensão indevida da cobrança do pedágio da Terceira Ponte seja repassado à sociedade em razão do apensamento determinado pela **Decisão 777/2017**.

2.2 Do reconhecimento, por parte do Tribunal de Contas, do preenchimento dos requisitos para concessão de medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção na Concessionária Rodovia do Sol

A análise técnica empreendida pela Secex Engenharia, acolhida pelo Plenário do TCE-ES por meio da **Decisão 777/2017**, revelou que os requisitos necessários à concessão da medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e de intervenção do Estado do Espírito Santo na Concessionária Rodovia do Sol se fazem presentes neste momento, autorizando o TCE-ES fazer uso de suas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

prerrogativas legais para, observando o devido processo legal, no qual se inclui o contraditório e a ampla defesa, determinar à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Espírito Santo (ARSP), sucessora da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), que adote as providências necessárias à suspensão do contrato de concessão e à intervenção do Estado na concessão:

4. DA CAUTELAR

4.1 DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DE CAUTELARES

O art. 376 do RITCEES prevê dois pressupostos específicos para a concessão de cautelares no âmbito desta Corte de Contas, quais sejam: I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

4.1.1. Do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*)

O fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio está evidente no caso dos autos, pois as irregularidades apontadas na ITC 308/2015-1, do Processo TC 5591/2013, apontam prejuízos econômicos da ordem de R\$ 613.388.613,57 até a data-base de outubro de 2013.

Oportuno frisar que o processo TC 5591/2013 já possui Instrução Técnica Conclusiva, que, mesmo após a apreciação dos argumentos de defesa, entendeu pela manutenção das irregularidades apontadas, inclusive, com determinação de anulação do contrato e promoção de sua avaliação econômico-financeira na data da efetiva extinção (item 5.2.2.3.2).

Assim, passados poucos mais de três anos da data-base de outubro de 2013, e continuando o contrato vigente – com a cobrança das tarifas de pedágio, com a manutenção dos valores de investimentos constantes nas planilhas da proposta da concessionária e com a não realização dos investimentos na conservação especial da rodovia –, é evidente que ainda persistem os prejuízos econômicos apontados pela auditoria, mesmo se considerados o período de suspensão da cobrança do pedágio e a redução de seus valores.

4.1.2. Do risco de ineficácia da decisão de mérito

De outro norte, a perpetuação no tempo das irregularidades apontadas no Processo TC 5591/2013, traz dia a dia a ineficácia da decisão de mérito, entendida esta eficácia como a capacidade de a decisão produzir o resultado dela esperado: a descontinuidade do ato lesivo ao erário.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Considerado dessa maneira, **entende-se presente o risco de ineficácia da decisão de mérito em razão da continuidade da lesão diária ao erário.**

No entanto, de forma muito peculiar, conquanto tenha reconhecido a presença dos requisitos necessários à concessão da medida cautelar, o Plenário do TCE-ES indeferiu o pleito formulado pelo MPC-ES por entender que **a apreciação da medida cautelar deva ser realizada mediante cognição exauriente nos autos da Representação TC 5591/2013**, a qual teve seu julgamento suspenso para reabertura da instrução processual objetivando a análise dos documentos juntados pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** por ocasião da sustentação oral realizada em **20/12/2016**:

6. CONCLUSÃO

Verifica-se a presença do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e do risco de ineficácia da decisão de mérito, o que autoriza a concessão da medida cautelar pretendida, nos termos do artigo 376 do Regimento Interno do TCEES (RITCEES), aprovado pela Resolução TC 261/2013.

Contudo, pelo adiantado estágio de instrução do Processo TC 5591/2013, que se encontra em fase de elaboração de Manifestação Técnica para análise dos argumentos trazidos com a sustentação oral, entende-se que, por esta peculiaridade do caso, o mais prudente seja adotar as providências cautelares requeridas nesses autos – que representam nada mais que as providências previstas no artigo 111 da LOTCEES e no artigo 208, §§ 2º a 4º, do RITCEES para a sustação de contratos – não através de uma cognição perfunctória, mas na decisão de cognição exauriente do feito.

7. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, na forma do artigo 311 do RITCEES, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- O apensamento dos autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, §1º, do RITCEES; e
- O indeferimento, nos termos da fundamentação contida no item 6, das providências cautelares requeridas neste processo, determinando-se a oitiva das partes, para que se pronunciem em até dez dias, na forma do artigo 307, §3º do RITCEES.

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo TC-12529/2014-3, **DECIDE** o Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, na 6ª sessão ordinária, realizada no dia quatorze de março de dois mil e dezessete, sem divergência, nos termos do voto do relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

1. **Apensar** os autos do presente processo aos do Processo TC 5591/2013, em cumprimento ao artigo 277, § 1º, do RITCEES¹⁷²;
2. **Indeferir as providências cautelares requeridas neste processo**, nos termos da fundamentação aqui apresentada;
3. **Dar** ciência ao representante, consoante o disposto no § 7º do art. 307 do Regimento Interno deste Tribunal;

Absteve-se de votar, por suspeição, o conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Sala das Sessões, 14 de março de 2017.

Conselheiro JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

Pois bem. Inicialmente, mostra-se incontroverso o posicionamento do Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo de que, **sob o ponto de vista estritamente técnico**, encontram-se presentes todos os requisitos que autorizam a concessão da medida cautelar de suspensão do contrato de concessão e intervenção do Estado na Concessionária Rodovia do Sol, conforme registrado na **Decisão 777/2017**.

Esse fato mostra-se importante na medida em que o indeferimento do pedido cautelar do MPC-ES não se deu por ausência de preenchimento dos requisitos técnicos de concessão, **mas por outro motivo não previsto no art. 124 da Lei**

¹⁷² Art. 277. O apensamento de processos, em caráter definitivo ou temporário, decorrente da conexão ou continência, observará as disposições específicas do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

Redação Anterior:

Art. 277. O apensamento de processos, em caráter definitivo ou temporário, decorrente de dependência, conexão ou continência, observará as disposições específicas do Código de Processo Civil.

§ 1º O apensamento definitivo dos processos poderá se efetivar quando ocorrer a conexão ou continência, a fim de evitar decisões conflitantes, observado o princípio da segurança jurídica. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).



Complementar Estadual 621/2012¹⁷³, qual seja, a necessidade do Plenário de apreciar o pedido cautelar mediante “**decisão de cognição exauriente do feito**”. Sob o ponto de vista técnico, mostra-se **contraditória** e inusitada a decisão que reconhece a existência dos requisitos necessários à concessão de medida acautelatória, porém se pronuncia pelo seu indeferimento, padecendo de inquestionável **nulidade**.

No caso em tela, por ocasião da elaboração da **Manifestação Técnica 207/2017**, datada de **08/03/2017**, peça técnica que fundamentou o voto do conselheiro relator e a **Decisão 777/2017**, a instrução da Representação TC 5591/2013 havia sido reaberta para análise dos documentos juntados pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** por ocasião da sustentação oral, circunstância que interrompeu o julgamento ainda no seu início. No entanto, a referida Representação já contava instrução técnica conclusiva propondo a nulidade do contrato de concessão, dentre outras irregularidades de igual gravidade, motivo pelo qual a Secex Engenharia reconheceu a existência dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar.

Com a emissão da **Manifestação Técnica 516/2017**, ocorrida em **18/04/2017**, peça técnica que analisou os novos argumentos apresentados pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** e que manteve todas as irregularidades constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015**, a instrução da Representação TC 5591/2013 foi novamente encerrada. Diante do seu conteúdo, já colacionado neste recurso, constata-se que os requisitos para concessão da medida cautelar permanecem preenchidos, porquanto não houve mudança no posicionamento anterior da área técnica do TCE-ES.

¹⁷³ Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.
Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Acrescente-se que, com a interrupção do julgamento da Representação TC 5591/2013 e a reabertura da instrução processual, deixa de existir prazo para a sua retomada, devendo o feito passar ainda pelo Ministério Público de Contas para emissão de parecer antes de ser incluído em pauta pelo conselheiro relator. Esse fato amplia ainda mais os danos patrimoniais suportados diariamente Estado do Espírito Santo e pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol, como fora reconhecido pela área técnica na Manifestação 207/2017:

4.1.2. Do risco de ineficácia da decisão de mérito

De outro norte, **a perpetuação no tempo das irregularidades apontadas no Processo TC 5591/2013, traz dia a dia a ineficácia da decisão de mérito**, entendida esta eficácia como a capacidade de a decisão produzir o resultado dela esperado: a descontinuidade do ato lesivo ao erário.

Considerado dessa maneira, **entende-se presente o risco de ineficácia da decisão de mérito em razão da continuidade da lesão diária ao erário**.

Diante da contradição decorrente do indeferimento da medida cautelar, mesmo estando presentes os requisitos legais, não resta alternativa a esta Corte de Contas senão **reconhecer a nulidade da Decisão 777/2017**, devendo prolatar nova decisão concedendo a medida acautelatória ora pleiteada pelo Ministério Público de Contas com fundamento no **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**, na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** e nas **Manifestações Técnicas 207/2017 e 516/2017**.

3 PEDIDOS

Pelas razões de fato e de direito apresentadas, o Ministério Público de Contas pugna a este egrégio Tribunal de Contas que:

Liminarmente,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

- a) **Confira efeito suspensivo ao agravo** em relação ao capítulo da Decisão TC 777/2017 que determinou o apensamento definitivo da Representação TC 12529/2014 à Representação TC 5591/2013, dando prosseguimento, naqueles autos (TC 12529/2017), à fiscalização dos indícios de irregularidade atinentes à inobservância das normas legais no procedimento de elaboração da **Resolução ARSI nº 30/2014**, cuja nulidade absoluta – inclusive já reconhecida incidentalmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo nos autos da Ação Civil Pública nº 1147553-37.1998.8.8.0024 – pode gerar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em favor da **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** como consequência pelo período de suspensão de oito meses da cobrança do pedágio na Terceira Ponte, prejuízo estimado em 16 milhões de reais¹⁷⁴ que será inevitavelmente repassado aos indefesos usuários consumidores do Sistema Rodovia do Sol¹⁷⁵ **caso esta Corte de Contas se exima do dever legal e moral de anular o contrato de concessão¹⁷⁶, à luz de todas as irregularidades constatadas pela sua área técnica, considerando, ainda, que, ao contrário do que aferiram a Secex Engenharia e o ilustre conselheiro relator, os fatos tratados nas referidas Representações não são exatamente os mesmos,** porquanto os indícios de irregularidade existentes na **Resolução ARSI nº 30/2014**, expedida em **22/04/2013**, não foram objeto de exame

¹⁷⁴ Estimativa calculada com base em dados extraídos do Portal da Transparência do Governo do Estado, resultante da perda de receita de aproximadamente 2 milhões de reais por mês, durante o período de suspensão de 8 meses (23/04/2013 a 29/12/2013) da cobrança do pedágio da Terceira Ponte, já considerando o valor reduzido da tarifa básica do pedágio determinado pelo Poder Judiciário (R\$ 0,80).

¹⁷⁵ Conforme apurado pela área técnica do TCE-ES, os usuários consumidores do Sistema Rodovia do Sol já foram lesados em inúmeras oportunidades pelos gestores públicas da ocasião, a exemplo da inclusão indevida no preço das tarifas dos pedágios da Terceira Ponte e da Rodovia do Sol dos seguintes itens:

- Dívida remanescente da construção da Terceira Ponte, no valor de 11,5 milhões de reais; e
- Investimento denominado “Conservação Especial”, no valor de 35,6 milhões de reais – majorado para 40,8 milhões de reais em 2005 –, considerado inexistente pelos engenheiros do TCE-ES.

¹⁷⁶ Se, por hipótese, o contrato de concessão não for anulado pelo Tribunal de Contas, o ressarcimento do prejuízo sofrido pelos usuários do Sistema Rodovia do Sol deverá ser suportado pelos agentes públicos responsáveis pela edição da Resolução ARSI nº 30/2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

técnico no **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**¹⁷⁷, emitido doze dias antes da aludida resolução, isto é, em **10/04/2013**;

- b) **Considerando a superveniência da Manifestação Técnica nº 516/2017**, elaborada pelo Núcleo de Estados Técnicos e Análises Conclusivas (NEC) em **18/04/2017**, a qual, ao exaurir a cognição técnica da matéria mediante contraditório e ampla defesa, não acolheu as teses oferecidas pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** por ocasião da sustentação oral realizada no Processo TC 5591/2013, mantendo *in totum* todas as conclusões constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015**; considerando que, ao contrário do que presumiram a Secex Engenharia e o conselheiro relator, não existem garantias de que o julgamento do Processo TC 5591/2013 será concluído em período de tempo razoável, podendo a apreciação colegiada do pedido cautelar incidental ser facilmente postergada por sucessivos pedidos de vista¹⁷⁸ ou até mesmo obstada por interferências externas em razão dos interesses econômicos envolvidos; e considerando, por fim, que esta Corte de Contas reconheceu estarem preenchidos os requisitos para concessão dos pedidos cautelares incidentais formulados pelo MPC-ES, com fundamento no art. 29, inciso III¹⁷⁹, e no art. 32¹⁸⁰ da Lei nº 8.987/1995, bem como na CLÁUSULA XXIII, letra 'c'¹⁸¹ e CLÁUSULA XXVII¹⁸² do Contrato de Concessão nº

¹⁷⁷ O Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 delimitou o objeto da Representação TC 5591/2013 e, por conseguinte, serviu como parâmetro para o exercício do contraditório e da ampla defesa e para elaboração da Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015.

¹⁷⁸ Mormente diante da extensão e da complexidade da matéria tratada.

¹⁷⁹ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

¹⁸⁰ Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

¹⁸¹

CLÁUSULA XXIII
Dos Direitos e Obrigações do DER/ES



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

001/1998, além da CLÁUSULA Segunda¹⁸³ do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 001/1998, tendo em vista a injustificável sonegação de informações à Equipe Técnica desta Corte de Contas, relativas às receitas tarifárias e marginais auferidas pela empresa, desafiando a autoridade desta Corte de Contas, bem como o reiterado descumprimento de normas contratuais, regulamentares e legais por parte dessa empresa desde a celebração do contrato, conforme apontado exhaustivamente no **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014**, na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** e na **Manifestação Técnica 516/2017**, com o propósito, também, de verificar a legalidade da gestão da exploração econômica da concessão do Sistema Rodovia do Sol, **determine à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Espírito Santo (ARSP)**, sucessora da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), que, no exercício do poder de controle conferido pela Lei Complementar

Incumbe ao DER/ES:

[...]

182 c) intervir na concessão, nos casos e nas condições previstos neste CONTRATO;

CLÁUSULA XXVII

Da Intervenção

1. O DER/ES poderá intervir na concessão com o fim de assegurar a correta execução das obras, bem assim a adequada prestação dos serviços e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais aplicáveis.
2. A intervenção far-se-á por decreto do Governador do Estado, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.
3. Declarada a intervenção, o DER/ES, no prazo de 30 (trinta) dias corridos, instaurará o procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.
4. Se ficar comprovado que a intervenção não observou as normas regulamentares e as disposições contratuais, será declarada sua nulidade, devendo as rodovias e os trechos rodoviários de acesso serem devolvidos imediatamente à CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo de seu direito à indenização por perdas e danos.
5. O procedimento administrativo de intervenção deverá ser concluído no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias corridos, sob pena de considerar-se inválida a intervenção, aplicando-se o previsto no item anterior.
6. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, as rodovias e os trechos rodoviários de acesso serão devolvidos à CONCESSIONÁRIA, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.
7. O interventor deverá cumprir, durante o período que durar a intervenção, todos os compromissos da CONCESSIONÁRIA, inclusive aqueles relacionados aos financiamentos contratados.

183 **DER-ES/PJ/3º TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO Nº 001/98/2009/2**

[...]

CLÁUSULA SEGUNDA – DA SUB-ROGAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES E DIREITOS

Ficam sub-rogadas integralmente para a ARSI as obrigações e direitos dispostos nas letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “l”, “m” e “p” da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviço Público nº 001/98.

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

Estadual nº 827/2016¹⁸⁴, **adote imediatamente as medidas necessárias à INTERVENÇÃO do Estado do Espírito Santo na CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.;**

- c) **Considerando a superveniência da Manifestação Técnica nº 516/2017**, elaborada pelo Núcleo de Estados Técnicos e Análises Conclusivas (NEC) em **18/04/2017**, a qual, ao exaurir a cognição técnica da matéria mediante contraditório e ampla defesa, não acolheu as teses oferecidas pela **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.** por ocasião da sustentação oral realizada no Processo TC 5591/2013, mantendo *in totum* todas as conclusões constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015**; considerando o expressivo e irremediável desequilíbrio econômico-financeiro constatado pela Equipe de Auditoria do TCEES em desfavor do Estado do Espírito Santo; e considerando, ainda, que esta Corte de Contas reconheceu na **Decisão TC 777/2017** estarem preenchidos os requisitos para concessão dos pedidos cautelares incidentais formulados pelo MPC-ES, com fundamento no art. 125, incisos III, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012¹⁸⁵, **determine à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Espírito Santo (ARSP)**, sucessora da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), autarquia em regime especial responsável pela regulação, controle e fiscalização dos serviços de infraestrutura viária delegados pelo Poder Executivo Estadual, na condição de sub-rogada, em parte¹⁸⁶, nas

¹⁸⁴ Disponível em:

https://arsp.es.gov.br/Media/arsi/Legislação/Leis%20Estaduais%20e%20Municipais/LeiComplementar827_2016CriaçãoARSP.pdf. Acesso em: 24 abr. 2017.

¹⁸⁵ Art. 125. São medidas cautelares, dentre outras previstas nesta Lei Complementar: [...]

III - a determinação a autoridade competente para que suspenda o contrato administrativo, bem como os pagamentos dele decorrentes, até que se decida sobre o mérito da questão suscitada;

¹⁸⁶ O 3º Termo Aditivo, de 16 de novembro de 2009, ao Contrato de Concessão de Serviço Público nº 001/98, promoveu a sub-rogação integral de determinadas obrigações e direitos, constantes a sua Cláusula XXIII, do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES) à Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI. De igual modo, compartilhou outras obrigações e direitos entre a ARSI e o



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

obrigações e direitos contratuais firmados entre o DER/ES e a **CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A.**, bem como ao **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES)**, entidade do poder concedente, Estado do Espírito Santo, por intermédio do qual se contratou a concessão em tela, permanecendo como titular de obrigações e direitos junto ao Contrato de Concessão nº 001/1998, **que promovam as medidas necessárias visando à SUSPENSÃO TOTAL do Contrato de Concessão nº 001/1998, observando o devido processo legal.**

Ao Final do processo,

- d) **Declare a nulidade da Decisão 777/2017** em razão da patente contradição decorrente do indeferimento da medida cautelar pleiteada pelo Ministério Público de Contas, mesmo estando presentes todos os requisitos legais previstos no art. 124 da Lei Complementar Estadual 621/2012¹⁸⁷, **devendo ser prolatada nova decisão concedendo a medida acautelatória**, caso não tenha sido concedida por meio de outra decisão, porquanto o reconhecimento da existência dos requisitos legais necessários à concessão da medida cautelar não confere ao Tribunal de Contas uma mera faculdade, mas o dever legal de conceder a medida acautelatória em defesa do interesse público, razão maior de sua existência;
- e) Subsidiariamente à declaração de nulidade pleiteada no item anterior, **reforme a Decisão 777/2017**, ratificando os pedidos liminares e

DER/ES, bem como manteve as demais sob a incumbência exclusiva do DER/ES. (vide fl. 8159/8161, da Representação TC 5591/2013).

¹⁸⁷ Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal de Contas na primeira sessão subsequente, sob pena de perda da eficácia, nos termos do Regimento Interno.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
3ª Procuradoria de Contas

concedendo a medida cautelar pleiteada pelo Ministério Público de Contas, cujos requisitos legais para sua concessão foram reconhecidos pelo Plenário do TCE-ES.

Atenciosamente,

(documento assinado digitalmente)

Procurador Especial de Contas

Rol de Documentos Anexos

ANEXO	Descrição
I	Cópia integral da Representação TC 12529/2014
II	Manifestação Técnica 516/2017