Assinado digitalmente
SEBASTIAO CARLOS RANNA
DE MACEDO
19/09/2017 16:16

TCEES TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Voto do Relator 05590/2017-1

Processos: 05591/2013-9, 06489/2015-7
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
Criação: 15/09/2017 16:07
Origem: GAC - Carlos Ranna - Gabinete do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

PROCESSO TC	5591/2013
JURISDICIONADO:	Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI[1]
ASSUNTO:	Representação
REPRESENTANTES:	Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Sr. Renato Casagrande – Governador do Estado do Espírito Santo e Exmo. Sr. Rodrigo Marques de Abreu Júdice – Procurador-Geral do Estado Ministério Público do Estado do Espírito Santo, representado pelo Exmo. Sr. Eder Pontes da Silva – Procurador-Geral de Justiça e pelos Drs. Sandra Lengruber da Silva e Marcelo Lemos Vieira – Promotores de Justiça do MPES. Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo, representado pelo Ilmo. Sr. Luiz Paulo de Figueiredo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito

[1] 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 foi criada a Agência de Regulação de Serviços Públicos (**ARSP**) nos termos da Lei Complementar nº 827 de 1º de julho 2016.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Santo, representado pelos seus Procuradores.

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

EXERCÍCIOS: 1998 a 2013

RESPONSÁVEL PELO ÓRGÃO FISCALIZADO Antônio Júlio Castiglioni Neto (Atual Diretor-Geral – ARSP)

RELATOR: Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Sumário

1- RELATÓRIO 25853
1.1 – Contexto Histórico 25854
1.2 – Cronologia dos Fatos no Processo 25859
1.3 – Planejamento e Execução dos Trabalhos de Auditoria 25883
1.4 – Principais Conclusões e Achados de Auditoria 25886
1.5 – Manifestação do Ministério Público de Contas 25903
1.6 – Sustentação Oral 25919
1.7 – Manifestação Técnica (após a sustentação oral) 25921
1.8 – Manifestação do Ministério Público de Contas (após a sustentação oral) 25924
2- FUNDAMENTAÇÃO 25928
2.1 – Análise das Questões Prévias - Preliminares 25929
2.1.1 – Da prescrição 25929
2.1.2 – Da "suspensão impositiva" do presente processo em razão de ação judicial em curso 25932
2.1.3 – Da violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa 25935
2.1.4 – Da decadência 25938
2.1.5 – Da coisa julgada administrativa 25953
2.2 – Análise das Irregularidades 25962
2.2.1 – Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico 25962
2.2.2 – Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado. 25973
2.2.3 – Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno 25984
2.2.4 – Restrição Ilegal do Caráter Competitivo do Certame 25994
2.2.4.1 – Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas 25994
2.2.4.2 – Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória 26000
2.2.4.3 – Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame 26013
2.2.4.4 – Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação 26030
2.2.4.5 – Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação 26039
2.2.4.6 – Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo 26043
2.2.5 – Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte 26058
2.2.6 – Expedição ilegal de licença ambiental prévia 26076
2.2.7 – Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro 26086
2.2.8 – Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais 26094
2.2.9 – Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização 26111

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.10 – Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária 26118
2.2.11 – Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro 26126
2.2.12 – Fiscalização Deficiente do Poder Concedente 26151
2.2.13 – Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados 26183
2.2.14 – Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria . 26198
2.2.15 – Obras executadas com qualidade inferior à contratada 26212
2.2.16 – Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio 26237
2.2.17 – Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol 26256
2.3 – Análise do Laudo Econômico apresentado pela Concessionária 26293
3 – DISPOSITIVO ..... **Erro! Indicador não definido.**

REPRESENTAÇÃO – CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS Nº 01/1998 – PERÍODO: 1998 A 2013 – PRESCRIÇÃO EM PARTE – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO - DETERMINAÇÕES

O EXMO.SR.CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1- RELATÓRIO

Trata-se de Representação[2] apresentada nesta 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.

Ressalto inicialmente que o processo ora analisado compõe-se, até o presente momento, de mais de 26.100 (vinte e seis mil e cem) páginas distribuídas em 116 (cento e dezesseis) volumes e que para facilitar a análise dos autos, adotaremos,

[2] Conforme Despacho de fl. 1.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

neste relatório, a mesma redação processual constante na Instrução Técnica Conclusiva **ITC 308/2015** bem como no Relatório de Auditoria Especial **RA-E 10/2014.**

1.1 – Contexto Histórico

Em 10 de agosto de 1978, o Estado do Espírito Santo firmou contrato para a construção da ponte Darcy Castelo de Mendonça, conhecida como Terceira Ponte.

Posteriormente, pela Lei Estadual nº 3.632, de 19 de abril de 1984, foi criada a Companhia de Exploração da Terceira Ponte – CETERPO, cujos objetivos principais eram concluir a construção da Ponte, conservá-la e dar-lhe manutenção, além de cobrar e arrecadar pedágio. Para cumprir seus objetivos, foi-lhe outorgada a concessão da obra pelo prazo de 30 (trinta) anos, portanto, até o ano de 2014.

Tais direitos de concessão, em 4 de agosto de 1989, foram parcialmente cedidos à empresa Operação de Rodovias Ltda. – ORL, subsidiária criada pela Construtora Norberto Odebrecht, que assumiria a operação da Terceira Ponte, com a finalidade de destinar a receita ao pagamento da dívida que a CETERPO contraiu junto à empreiteira, decorrente de sua construção.

Cabe ressaltar que a concessão permaneceu com a CETERPO, de modo que a cessão parcial de direitos cessaria assim que a dívida fosse amortizada, com prazo máximo de 12 (doze) anos, a contar da abertura da Terceira Ponte ao tráfego. Logo, a previsão de término máximo seria agosto de 2001. Observe que, com a quitação da dívida, todos os direitos retornariam à CETERPO, o que não implicaria, necessariamente, na extinção da cobrança de pedágio aos usuários da Terceira Ponte, uma vez que a concessão venceria somente em 2014.

Tal lapso temporal, porém, foi interrompido em 20 de janeiro de 1997, quando, por meio do Decreto Estadual nº. 6919, o Estado do Espírito Santo encampou os serviços de conservação e manutenção da Terceira Ponte, bem como sua exploração, pondo termo à concessão junto à CETERPO, àquela altura

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

denominada Companhia de Desenvolvimento de Projetos Especiais – CODESPE. Naquele momento, o Governo já havia se decidido pela realização de uma nova concessão, com objeto mais amplo.

A fase externa do procedimento para tal concessão foi inaugurada pelo Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, datado em 10 de junho de 1997. Porém, após análise e apontamento de irregularidades, seguida pela omissão em sua correção, em 05 de agosto de 1997, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES decidiu sustar a execução do referido Edital.

Em 17 de agosto de 1998, foi sancionada a Lei Estadual nº. 5.720/1998, que dispõe sobre o regime de concessão e prestação de serviço público. No dia seguinte, o Edital de Concorrência Pública SETR CN-001/97, ainda com execução sustada pelo TCEES, foi cancelado. Insistindo na concessão, em 04 de setembro de 1998, foi publicado o Edital de Concorrência Pública de Concessão nº. 1/1998, para contratar a outorga da administração e exploração do "Sistema Rodovia do Sol".

O Sistema Rodovia do Sol com aproximadamente 72 Km, seria composto pela ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte), pelo trecho viário urbano de Vila Velha, compreendido entre o final da Ponte e o início da Rodovia ES-060, pela Rodovia ES-060 (trechos entre Vila Velha e Setiba e entre a Praia de Graçaí e Meaípe) e pelo contorno de Guarapari (a ser construído), bem como respectivas faixas marginais, áreas de descanso e áreas ocupadas com instalações administrativas, conforme descrito no Programa de Exploração de Rodovias do Sistema da Rodovia do Sol (PER), integrante do contrato (anexo 03, volume 04).

Venceria a concorrência a licitante que apresentasse o menor valor de tarifa para a praça de pedágio localizada na Terceira Ponte, observando o limite máximo de R$ 0,95 (noventa e cinco centavos de real), visto que a tarifa básica do pedágio pertinente à praça localizada na Praia do Sol foi fixada em R$ 2,80 (dois reais e oitenta centavos). Desse modo, a empresa Servix Engenharia S.A. foi declarada vencedora, com proposta de tarifa básica de pedágio, relativa à Terceira Ponte, no

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

valor de R$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real), ou seja, apenas R$ 0,01 (um centavo de real) de desconto abaixo do valor máximo fixado pelo edital.

Constam da Proposta Comercial da licitante vencedora, planilhas que projetam o crescimento do volume de tráfego ao longo dos 25 (vinte e cinco) anos de duração da concessão, totalizando 544.898.519 (quinhentos e quarenta e quatro milhões, oitocentos e noventa e oito mil, quinhentos e dezenove) veículos pagantes na Terceira Ponte e 125.954.332 (cento e vinte e cinco milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil e trezentos e trinta e dois) veículos pagantes na praça de pedágio da Rodovia do Sol.

A receita tarifária, conforme projeções contidas na Proposta Comercial (sem considerar as de publicidade, multas, penalidades etc.), totalizaria R$ 928.541.056,87 (novecentos e vinte e oito milhões, quinhentos e quarenta e um mil, cinquenta e seis reais e oitenta e sete centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 2.730.091.322,41 (dois bilhões, setecentos e trinta milhões, noventa e um mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta e um centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 2013, atualizados conforme índice de reajuste contratual .

Por outro lado, as saídas de caixa, conforme projeções contidas na Proposta Comercial (sem considerar as despesas financeiras), totalizariam R$ 591.924.150,85 (quinhentos e noventa e um milhões, novecentos e vinte e quatro mil, cento e cinquenta reais e oitenta e cinco centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 1.740.372.141,66 (um bilhão, setecentos e quarenta milhões, trezentos e setenta e dois mil, cento e quarenta e um reais e sessenta e seis centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

Do total de saídas de caixa apresentado acima, os investimentos no Sistema Rodovia do Sol somariam R$ 148.261.450,46 (cento e quarenta e oito milhões, duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e cinquenta reais e quarenta e seis centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 435.917.503,45 (quatrocentos e trinta e cinco milhões, novecentos e dezessete

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

mil, quinhentos e três reais e quarenta e cinco centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

Os principais investimentos seriam: i) a duplicação da Rodovia ES-060, no trecho entre a Rodovia Darly Santos e Setiba **(com extensão de 28,5 Km)**; ii) a duplicação da ponte sobre o Rio Jucu; iii) a construção do contorno de Guarapari entre Setiba e a Praia de Graçaí, **(com extensão aproximada de 17,5 Km)**; iv) a duplicação da Rodovia ES-060, no trecho entre a Praia de Graçaí e Meaípe, **(com extensão aproximada de 10,5 Km)**; v) a interligação da Terceira Ponte à Avenida Carlos Lindenberg ("Canal Bigossi"); vi) a recuperação e a modernização da Terceira Ponte; vii) as desapropriações; viii) a infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração; e ix) a conservação especial de todo o Sistema.

Na Proposta Comercial, também foram projetados os dados básicos dos financiamentos que seriam obtidos pela Concessionária, num total de R$ 67.200.000,00 (sessenta e sete milhões e duzentos mil reais) em valores nominais com base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 197.581.071,41 (cento e noventa e sete milhões, quinhentos e oitenta e um mil, setenta e um reais e quarenta e um centavos) em valores nominais com data-base em outubro de 2013. Os encargos variariam entre 13% (treze por cento) para o empréstimo de longo prazo e 35% (trinta e cinco por cento) para o de curto prazo (empréstimo ponte), sendo 60% (sessenta por cento) com financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e Caixa Econômica Federal (CEF) e 40% (quarenta por cento) com recursos próprios.

Considerando as projeções apresentadas na Proposta, o fluxo de caixa do empreendimento apresenta uma **Taxa Interna de Retorno – TIR de projeto de 16,80% a.a. (dezesseis por cento e oitenta centésimos por cento ao ano)** (sem considerar o financiamento; não alavancada). Por sua vez, a TIR do acionista seria de 25,02% a.a. (vinte e cinco por cento e dois centésimos por cento ao ano) (com financiamento; alavancada).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 foi assinado em 21 de dezembro de 1998 pelo Governo do Estado, por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES e pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., sociedade de propósito específico constituída pela vencedora da licitação, conforme previsto no Edital.

Tal Contrato foi formalmente modificado em quatro oportunidades. Na primeira, por meio do **1º Termo Aditivo**, publicado no Diário Oficial do Estado, em 10 de outubro de 2002. As alterações mais relevantes foram a alteração no cronograma dos investimentos programados e a substancial modificação do traçado do contorno de Guarapari, a partir da Rodovia Jones dos Santos Neves.

No contrato original, a previsão era de que o Contorno tocasse a Rodovia ES-060 na Praia de Graçaí, consistindo obrigação da Concessionária os investimentos naquele trecho da Rodovia até Meaípe. Todavia, com o advento do 1º Termo Aditivo, o Contorno somente tocaria a Rodovia após a localidade de Meaípe, alterando todo o projeto.

O **2º Termo Aditivo**, publicado em 16 de dezembro de 2005, teve como objetivo dar cumprimento ao disposto nas Cláusulas XIX e XX, que tratam do reajuste tarifário anual e da revisão da tarifa básica, especialmente em razão da não homologação anterior dos reajustes previstos para entrar em vigor nos anos de 2004, 2005 e 2006. No ajuste foi definido um redutor de 24,24% (vinte e quatro por cento e vinte e quatro centésimos por cento), a ser aplicado na tarifa da Terceira Ponte a partir de 2007, e o congelamento (ou não homologação) da tarifa na Ponte referente aos anos de 2004, 2005 e 2006.

Para compensar a aplicação do redutor na tarifa, investimentos foram suprimidos e outros adiados, com destaque para a exclusão da obra de interligação da Terceira Ponte à Avenida Carlos Lindenberg (conhecida como "Canal Bigossi") e da previsão de pista simples, e não mais dupla[3], para a ligação entre a Rodovia Jones dos Santos Neves e a localidade de Meaípe, no contorno de Guarapari. Também

[3] A necessidade de duplicação ficou condicionada aos níveis de trafegabilidade previstos do referido termo aditivo.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

foram majorados os valores relativos aos investimentos na duplicação da Rodovia ES-060, na recuperação e modernização da Terceira Ponte, na Conservação Especial, nas Desapropriações e no Sistema de Atendimento ao Usuário.

Além disso, nesse 2º Termo Aditivo, como medida compensatória, foi suspenso por tempo indeterminado o recolhimento da outorga aos cofres do DER/ES, correspondente a 3% (três por cento) da receita bruta mensal do montante recolhido a título de pedágio dos usuários do serviço concedido, prevista na Cláusula LXXX do Contrato.

Com a criação e estruturação da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – ARSI, em 16 de novembro de 2009 foi firmado o **3º Termo Aditivo**, cujo objeto é a sub-rogação de direitos e obrigações à referida Agência.

Em 21 de dezembro de 2010, foi editado o **4º Termo Aditivo** ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, cujo objeto foi a revogação da Verba para Custeio da Fiscalização, a alteração do multiplicador da tarifa aplicável às categorias 3 e 5, além do ajuste e esclarecimento das datas-bases utilizadas para o reajuste anual.

1.2 – Cronologia dos Fatos no Processo

A peça de Representação (fls. 2-3, vol. I) deu entrada neste TCEES em **08/07/2013**, sob o protocolo n.º 8680. Após breve exposição de motivos, foi requerida a realização de auditoria extraordinária no Contrato de Concessão 001/1998, referente ao Sistema Rodovia do Sol, do qual fazem parte a Rodovia ES-060 e a Ponte Deputado Darcy Castello de Mendonça, mais conhecida como "Terceira Ponte".

Ainda de acordo com a Representação, a auditoria a ser realizada deveria contemplar em seu objeto os seguintes pontos:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> [...] 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 (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.

Encaminhados os autos ao então Relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner, foi proferido o r. Voto de fls. 4-8 (vol. I), acolhido à unanimidade pelo Plenário desta E. Corte de Contas através da **Decisão TC 2754/2013** (fls. 9-11), datada de **09/07/2013**, cujo dispositivo ora se reproduz:

> [...]
>
> **1. Conhecer** da presente Representação.
>
> **2. Realizar** auditoria no Contrato de Concessão n°. 001/1998, constituindo comissão multidisciplinar para, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da completa entrega das documentações e/ou informações solicitadas por esta Corte, apresentar relatório conclusivo.
>
> **3. Notificar:**
>
> • A Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo para que, no prazo de 10 (dez) dias, encaminhe a esta Corte, cópia do Contrato de Concessão n°. 001/1998, seus anexos e demais documentos pertinentes a esse Contrato, e, inerentes ao objeto dessa auditoria, e, caso queira, formule quesitos a serem apreciados;
>
> • A Procuradoria Geral do Estado para que, no prazo de 10 (dez) dias, encaminhe a esta Corte os documentos pertinentes ao Contrato de Concessão n°. 001/1998, e, inerentes ao objeto dessa auditoria, e, caso queira, formule quesitos a serem apreciados;
>
> • A Secretaria de Estado de Controle e Transparência - SECONT para que, no prazo de 10 (dez) dias, encaminhe a esta Corte cópias de auditorias e/ou relatórios que por ventura já tenha realizado no Contrato de Concessão n°. 001/1998;
>
> **4. Oficiar:**
>
> • O Ministério Público do Estado do Espírito Santo para que, no prazo de 10 (dez) dias, caso queira, formule quesitos a serem apreciados;
>
> • A 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual para que, no prazo de 10 (dez) dias, encaminhe cópias das ações ordinárias n°. 0009022-02.2009.8.08.0024 (024.09.009022-6) e n°. 0010720-43.2009.8.08.0024 (024.09.01 0720-2);
>
> • A Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo para que, no prazo de 1O (dez) dias, encaminhe cópia do Relatório da CPI do Sistema Rodovia do Sol – Rodosol;
>
> **5.** Dar ciência à Concessionária Rodovia do Sol da instauração da auditoria no Contrato de Concessão n°. 001/1998, informando, desde já, da norma disposta no

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> artigo 103 c/c o artigo 38, ambos da Lei Complementar n°. 621/2012[4] (grifos no original).

Conforme se observa do teor da **Decisão TC 2754/2013**, supramencionada, órgãos estaduais (ARSI, Procuradoria-Geral do Estado - PGE e Secretaria Estadual de Controle e Transparência - Secont) foram instados a encaminhar documentação referente ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos 001/1998. Ademais, foi determinada a expedição de ofícios ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo - MPES, para a formulação de quesitos a serem apreciados por esta Corte; ao Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, para o encaminhamento de cópias dos processos **0009022-02.2009.8.08.0024** (**024.09.009022-6**) e **0010720-43.2009.8.08.0024** (**024.09.010720-2**); à Assembleia Legislativa - ALES, para encaminhamento de cópia do Relatório da "CPI do Sistema Rodovia do Sol – Rodosol". Foi também ordenado que fosse dada ciência à Concessionária Rodovia do Sol acerca da instauração de auditoria quanto ao Contrato de Concessão 001/1998. Os Termos de Notificação e ofícios respectivos encontram-se às fls. 12-18 (vol. I).

Em **10/07/2013** foi proferida, pelo Plenário deste TCEES, a **Decisão TC 2829/2013** (fl. 29) que, em complemento à mencionada Decisão TC 2754/2013, determinou

---

[4] Art. 38. Ao servidor, no exercício da fiscalização determinada pelo Tribunal de Contas, são asseguradas as seguintes prerrogativas:
I - livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal;
II - acesso a todos os documentos e informações necessários ao exercício de suas funções, inclusive aos sistemas eletrônicos de processamento e aos bancos de dados;
III - requerer, nos termos do Regimento Interno, aos responsáveis pelos órgãos e entidades nas quais forem realizadas auditorias e diligências, as informações e documentos necessários para instrução de processos e relatórios de cujo exame esteja expressamente encarregado;
IV - requisitar auxílio e colaboração das autoridades públicas, inclusive força policial, se necessário, para garantir a efetividade do exercício de suas atribuições.
§ 1º Nenhuma restrição funcional poderá ser feita ao servidor em decorrência das manifestações que emitir no exercício de suas atribuições.
§ 2º As manifestações emitidas no exercício das funções só poderão ser modificadas com a concordância expressa do servidor que as produziu.
Art. 103. No exercício da fiscalização são asseguradas ao servidor credenciado pelo Tribunal as prerrogativas previstas no artigo 38 desta Lei Complementar, sem prejuízo das demais previstas na legislação específica.
§ 1° No caso de obstrução ao livre exercício da fiscalização, ou sonegação de processo documento ou informação será assinado prazo para o atendimento,
comunicando-se o fato à autoridade superior, para as medidas cabíveis.
§ 2° Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará a sanção prevista nesta Lei Complementar e representará ao Poder Legislativo respectivo, para a adoção das medidas cabíveis.
§ 3° Sem prejuízo da sanção referida no § 2º deste artigo, o Tribunal poderá adotar a medida prevista no artigo 125, inciso I, desta Lei Complementar.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

fossem oficiadas para a formulação de quesitos, no prazo de 10 (dez) dias, as seguintes entidades e órgãos: a) a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); b) o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA-ES); c) o Conselho Regional de Contabilidade (CRC-ES); d) o Conselho Regional de Economia (Corecon-ES); e e) à 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual. Respectivos ofícios encontram-se às fls. 30-34 (vol. I).

Em atendimento à **Decisão TC 2754/2013**, a ARSI, por meio do ofício de fl. 39, encaminhou mídia "CD Rom" e documentos impressos contendo informações referentes ao Edital e anexos; contrato e termos aditivos; estudos da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e estudos de reequilíbrio de autoria da própria Agência Reguladora. A documentação encontra-se juntada às fls. 40-66 (vol. I).

Ainda em julho de 2013 outros dois pedidos foram apreciados pela Relatoria. O primeiro referiu-se à solicitação realizada pela ALES, por meio do ofício de fl. 89, onde se requer o aditamento da Representação para incluir-se no objeto da auditoria a ser realizada os quesitos elencados no "**Requerimento nº 221/2013**" de fls. 90-93 (vol. I). Já o segundo pedido proveio da 1.ª Secretaria de Controle Externo deste Tribunal (fls. 95-97, vol. I), que enfatizou a necessidade de notificar-se o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER/ES).

Os pedidos suprarreferidos foram acolhidos pelo Exmo. Conselheiro Relator, nos Votos de fls. 76-77 e 78-80 (vol. I), que, à unanimidade, foram referendados pelo Plenário desta Corte de Contas através das **Decisões TC 2947/2013** (fls. 81-82, vol. I) e **TC 2948/2013** (fls. 83-84, vol. I).

A Secont, em atendimento ao determinado na **Decisão TC 2754/2013**, protocolizou o ofício de fls. 100-101 (vol. I) e trouxe a documentação de fls. 102-634 (vols. I ao IV).

Em **12/07/2013** este E. Tribunal foi cientificado oficialmente da Decisão (fl. 637, vol. IV) tomada nos autos do **Processo Judicial 1147553-37.1998.8.08.0024 (024.98.019331-2)**, em trâmite na 2.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Estadual, na qual se determinou que a partir de zero hora do dia **13/07/2013** a tarifa básica relativa ao trecho da Terceira Ponte seria cobrada no valor de R$ 0,80 (oitenta centavos de real).

Na mesma data (**12/07/2013**) esta Corte de Contas foi também cientificada do teor da Decisão (fls. 650-689, vol. IV), passada nos mesmos autos da Ação Civil Pública cujo número de ordem encontra-se acima identificado. Em seu comando decisório a M.M Juíza da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual determinou a realização de:

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

Em **24/07/2013** foi protocolizado neste TCEES o Ofício GP 233/2013, advindo do Presidente da ALES (fl. 700 - vol. IV), encaminhando cópia do Diário Oficial do Poder Legislativo, edição de **07/06/2004**, que encarta o "**Relatório da CPI do Sistema Rodovia do Sol**" (fls. 701-784, vol. IV).

Às fls. 788-789 (vol. IV) tem-se o Ofício, protocolizado pelo CREA-ES, onde informa sobre os representantes do Conselho junto a este Tribunal para fins de formulação de quesitos. No mesmo sentido tem-se o Ofício protocolizado pelo Corecon-ES (fl. 850, vol. V).

Em ofício protocolizado em **19/07/2013** (fls. 796-804, vol. IV), e em resposta à notificação deste Tribunal, o MPES apresenta seus quesitos para serem apreciados nos trabalhos de auditoria. Também o Estado do Espírito Santo, através da PGE, seu órgão de representação jurídica, apresenta seus quesitos na peça de fls. 808-813 (vol. V).

O Ministério Público de Contas (MPC), em **16/07/2013**, protocolizou "aditamento à representação" (fls. 831-848, vol. V) onde tece considerações acerca do contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol e requer a este TCEES o deferimento de uma série de medidas. O pedido formulado pelo Órgão Ministerial foi apreciado

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

pela Relatoria no Voto de fls. 816-826 (vol. V) que pugnou pela admissibilidade do aditamento. Tal proposição foi acolhida na **Decisão TC 3.087/2013** (fls. 827-828) pelo Plenário desta Corte.

Em atendimento à determinação contida na prefalada **Decisão TC 2.947/2013** (fls. 81-82, Vol. I) o DER/ES, por meio de Ofício (fl. 855, vol. V) protocolizado em **26/07/2013**, trouxe aos autos a documentação carreada às fls. 857-8737 (vols. V ao XL).

Por meio do ofício de fl. 8.741 (vol. XLI), protocolizado em **29/07/2013**, a ARSI, por seu Diretor-Geral à época, senhor Luiz Paulo de Figueiredo, retornou aos autos para encaminhar o estudo realizado pela autarquia para a definição da tarifa de manutenção da Terceira Ponte em atendimento à determinação do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual. O documento encontra-se juntado às fls. 8.742-8.750 (vol. XLI).

Cabe noticiar que embora a OAB-ES, o CRC-ES e o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual tenham sido notificados para apresentarem, caso desejassem, quesitos para serem respondidos nos trabalhos de auditagem, permaneceram silentes conforme atesta a certidão de fl. 8.752 (vol. XLI) emitida pela Secretaria-Geral das Sessões deste TCEES.

O **Plano de Fiscalização 74/2013**, que traça os contornos da auditoria a ser realizada no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 001/1998, ou seja, no Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol, foi emitido pela 1ª Secretaria de Controle Externo (1ª SCE) em **18/07/2013** (fl. 8.767, vol. XLI).

Em **16/08/2013** a Secont retornou aos autos requerendo (fl. 8.771, vol. XLI), e tendo deferida (fl. 8.769), a juntada da cópia da perícia técnica realizada pelo Instituto de Avaliações e Perícias de Engenharia do Estado do Espírito Santo (Ibape/ES) (fls. 8.772-9.047, vols. XLI ao XLII).

À fl. 9.057 (vol. XLII) consta ofício protocolizado perante este TCEES pelo Deputado Estadual Euclério Sampaio requerendo medidas a serem adotadas nos

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

trabalhos de auditagem, bem como, o fornecimento de cópia do relatório confeccionado em 2003 pela Auditoria Geral do Estado relativo ao Sistema Rodovia do Sol. Os pedidos foram apreciados pelo Exmo. Conselheiro Domingos Augusto Taufner, então Relator, no Voto de fls. 9.049-9.051, que deferiu o pedido de cópia, bem como acolheu os demais pedidos como quesitos a serem posteriormente encaminhados à equipe de auditoria para oportuno exame quanto a sua pertinência. Todo o propugnado no r. Voto do Relator foi referendado pelo Plenário desta E. Corte de Contas na **Decisão TC 3813/2013** (fl. 9.052-9.053, vol. XLII).

Em **21/08/2013** a Concessionária Rodovia do Sol S/A (**Rodosol**) protocolizou dois ofícios (fls. 9.061 e 9.063, vol. XLII) de idêntico teor informando sobre a interposição do **Recurso de Embargos de Declaração**, dotados de efeito suspensivo, à Decisão desta Corte que determinou a realização de auditoria no Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol. Em verdade, pretendeu a Concessionária Rodosol um adiamento na entrega da documentação solicitada pela equipe de auditoria, através de ofícios (003 e 004/2013), até que fosse prolatada decisão acerca do recurso apresentado.

Após manifestação da 1ª Secretaria de Controle Externo (fls. 9.064-9.066, vol. XLII) a pretensão da Concessionária Rodosol foi submetida à apreciação do Relator que prolatou, em **27/08/2013**, a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 743/2013** (fls. 9067-9068, vol. XLII) na qual desacolheu o pedido da Concessionária e determinou sua notificação para que no prazo de 05 (cinco) dias viesse a cumprir a solicitação de encaminhamento de documentos. Nesse passo foi emitido o **Termo de Notificação 1.428/2013** (fl. 9.069, vol. XLII) cientificando o senhor Geraldo Caetano Dadalto, Diretor Presidente da Concessionária Rodovia do Sol (Rodosol) do teor da referida **DECM 742/2013**.

Nesse ínterim o MPES retornou aos autos e apresentou peça em que elenca novos quesitos para a auditoria (fls. 9.087-9.089, vol. XLII) acolhidos pelo Relator (fls. 9.083-9.085, vol. XLII) de maneira condicionada, ante a ponderação de que o

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

acolhimento definitivo dependeria de análise de pertinência a ser promovida pela equipe de auditagem.

Atendendo ao chamamento deste Tribunal para o oferecimento de quesitos, o Corecon-ES os apresenta no ofício de fls. 9.101-9.102 (vol. XLII), protocolizado em **28/08/2013**. Os quesitos apresentados pelo referido Conselho, a exemplo dos advindos de outros órgãos e entidades, foram acolhidos pelo Relator (fls. 9.097-9.099) de forma condicionada, ou seja, sujeita à avaliação de pertinência pela equipe responsável pelos trabalhos de auditagem.

Em **13/09/2013** foi protocolizada a **Comunicação Interna 75/2013** (fl. 9.110 - vol. XLII), com fundamento no § 1º do art. 199 da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), emitida pela 1ª Secretaria de Controle Externo diante da manifestação (fls. 9.111-9.125, vol. XLII) da equipe de auditoria designada no prefalado Plano de Fiscalização **74/2013** (fl. 8.767, vol. XLI). Na peça, relata a equipe de auditagem que, no exercício do trabalho de fiscalização, solicitou informações e documentos ao DER/ES e à Concessionária Rodovia do Sol S.A (Rodosol) não tendo havido o atendimento integral, uma vez que, a autarquia estadual "[...] enviou apenas informações e documentos relativos aos processos de desapropriações e cópia do material que já havia enviado anteriormente [...]", já a Concessionária teria enviado "[...] apenas as informações relativas aos sistemas de informação [...]". Dessa forma, pugnou a equipe técnica, responsável pelos trabalhos de auditoria, que a omissão relatada fosse apreciada pelo Relator.

Submetida à apreciação do Exmo. Conselheiro Relator Domingos Augusto Taufner foi prolatada, em **13/09/2013**, a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 819/2013** (fls. 9.126-9.142, vol. XLII) que determinou a notificação do DER/ES e da Rodosol para que, no **prazo de 07 (sete) dias**, encaminhassem documentos e informações discriminados pela equipe de auditoria. Nessa senda, foram expedidos os **Termos de Notificação 1.541/2013** (fls. 9.144-9.152, vol. XLII) e **1.542/2013** (fls. 9.153-9.161, vol. XLII).

Ambos os notificados (DER/ES e Concessionária Rodovia do Sol) apresentaram requerimentos (fls. 9.187 e 9.190, vol. XLII) suplicando a prorrogação do prazo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

fixado na supramencionada **DECM 819/2013**. Os pedidos de extensão de prazo foram apreciados pelo Relator na **Decisão Monocrática Preliminar DECM 860/2013** (fls. 9.246-9.248, vol. XLII), proferida em **03/10/2013**, que fixou, como termo final, a data de **11/10/2013** para que o DER/ES e a Concessionária Rodovia do Sol S.A – Rodosol encaminhassem os documentos e informações a este Tribunal, sob pena de multa. **Termos de Notificação juntados às fls. 9.240 e 9.241** (vol. XLII).

A equipe de auditoria também solicitou ao Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA) o encaminhamento de informações e documentos. A autarquia, entretanto, peticionou a este TCEES (fl. 9.254, vol. XLII), na data de **09/10/2013**, requerendo prorrogação de prazo. O pedido foi apreciado pelo Relator, através da **Decisão Monocrática Preliminar DECM 913/2013** (fls. 9260-9262, vol. XLII), expedida em **21/10/2013**, que fixou a data de **30/10/2013** como prazo final para o envio da documentação e informações requisitadas, conforme **Termo de Notificação respectivo à fl. 9.263.**

Nessa fase do processo, em que se procurou coletar documentos e informações para a realização dos trabalhos da equipe de auditoria, ocorreram, como se observa do percurso até aqui relatado, vários pedidos de prorrogação de prazo pelos órgãos e entidades solicitados. Note-se que a supramencionada **Decisão Monocrática Preliminar DECM 860/2013**, havia fixado o dia **11/10/2013** como data limite para a entrega de documentos e informações pelo DER/ES e pela Rodosol.

Pois bem, em **21/10/2013** os supervisores da auditoria do Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol, elaboraram o documento de fls. 9.265-9.268 (vol. XLII), onde se relata o atraso no envio, pelos órgãos e entidades solicitadas, dos documentos e informações requisitados pela equipe de auditoria, bem como a consequente necessidade de prorrogação do prazo estipulado no Plano de Fiscalização **74/2013**, por **mais 90 dias** a contar de **08/11/2013**.

As considerações tecidas pelos supervisores da auditoria foram apreciadas pelo Relator no Voto de fls. 9.278-9.282 (vol. XLII) que, acatadas à unanimidade pelo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Plenário deste Tribunal, culminou na prolação, em **29/10/2013**, da **Decisão TC 5.562/2013** (fl. 9.283) que deferiu o pedido de prorrogação conforme requerido.

Em **25/10/2013** os supervisores da auditoria, em nova manifestação (fls. 9.299-9.303, vol. XLII), apresentaram uma síntese do levantamento dos documentos e informações encaminhados pela Concessionária Rodovia do Sol S.A até aquela altura. Ao final da exposição, concluem que a Rodosol não atendeu a todas as solicitações da equipe de auditoria e **sugerem a aplicação de multa** e a reiteração da solicitação de documentos. Submetido ao crivo do Relator, foi prolatada, em **07/11/2013**, a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 972/2013** (fls. 9.304-9.306, vol. XLII) que determinou a realização de nova notificação à concessionária, na pessoa de seu Diretor-Presidente, senhor Geraldo Caetano Dadalto, para que no **prazo de 07 (sete) dias** encaminhasse as informações e documentos faltantes e especificados na própria **DECM 972/2013** e no **Termo de Notificação 1.873/2013** (fl. 9.308, vol. XLII).

Prosseguindo em seu trâmite, novas **Decisões Monocráticas Preliminares** (**DECM 996/2013** e **DECM 997/2013**) foram proferidas pelo Relator (fls. 9.418-9.420 e 9.422-9.425, vol. XLIII) determinando a notificação dos representantes legais da pessoa jurídica Operações de Rodovias Ltda. (ORL) e do DER/ES para a entrega de documentos.

Em resposta à **DECM 997/2013** e ao **Termo de Notificação 1.893** (fl. 9.428, vol. XLIII), a Diretora-Geral do DER/ES, senhora Tereza Maria Sepulcri Netto Casotti, manifestou-se em peça protocolizada em **20/11/2013** (fls. 10.169-10.170, vol. XLIII), sustentando que "[...] toda a documentação disponível no DER/ES [...]" já havia sido encaminhada a este Tribunal.

Por seu turno, o **Termo de Notificação 1.892** (fl. 9.429, vol. XLIII) dirigido ao senhor José Carlos Zamprogno, representante legal da ORL, não obteve retorno, não tendo sido juntada aos autos nenhuma documentação solicitada, conforme certificado à fl. 10.193 pelo Núcleo de Controle de Documentos (NCD) deste Tribunal.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Em **02/08/2013** foi **protocolizado Ofício** (fl. 10.207, vol. XLIII), encaminhado a esta Corte pela **Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual**, noticiando sobre a prolação de decisão (fls. 10.208-10.210) nos autos da Ação Civil Pública, tombada sob o nº **1147553-37.1998.8.08.0024 (024.98.019331-2)**, que determinou fosse oficiado ao TCEES sobre a indicação de assistentes técnicos pelo MPES, pela Concessionária Rodovia do Sol S.A e pelo Estado do Espírito Santo. O MPES, em expediente protocolizado em **09/08/2013** (fl. 10.237, vol. XLIII), também veio aos autos para indicar assistentes técnicos.

Sobre dos pedidos de ingresso de assistentes técnicos no presente processo ponderou o Relator (fls. 10.203-10.204, vol. XLIII) acerca da natureza das auditorias realizadas por esse Tribunal, enfatizando que:

> [...]
>
> As auditorias realizadas pelos Tribunais de Contas, para cumprimento de sua competência constitucional, seguem normas e padrões determinados pelas Normas de Auditoria Governamental – NAGs, que prescrevem dentre outras normas e diretrizes que esta Corte de Contas deverá exercer suas atividades de auditoria governamental de forma autônoma e independente dos entes auditados.

Por sua vez os supervisores da auditoria manifestaram-se (fls. 10.197-10.202, vol. XLIII) pela incompatibilidade na presença de assistentes técnicos em trabalhos de auditoria realizados por este Tribunal, uma vez que, por definição contida nas **Normas de Auditoria Governamental (NAGs),** o <u>procedimento interno de auditagem desenvolvido pelos Tribunais de Contas deve ser sigiloso e realizado de forma autônoma e independente dos entes auditados.</u>

Cássio Escarpinella Bueno[5] leciona sobre as definições de "perícia" e "perito", no âmbito do processo civil, nos seguintes termos:

> A perícia é o meio de prova que pressupõe que a matéria sobre a qual recai o objeto de conhecimento do magistrado seja técnica, isto é, que se trate de matéria que, para sua perfeita e adequada compreensão, exige conhecimentos especializados que o juiz não possui ou não domina.
>
> [...]

[5] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, v.2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296-298.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> O perito é auxiliar do juízo, assim entendido o responsável por levar, ao conhecimento do juízo, informações técnicas, que não estão ao alcance da compreensão exigida de um magistrado mas que, não obstante, são indispensáveis porque relevantes e pertinentes para o julgamento da causa. Rigorosamente falando, todas as questões relativas a dados não jurídicos e que têm aptidão de ser entendidas como áreas específicas ou próprias do conhecimento humano podem resultar, quando seu enfrentamento é necessário para fins de resolver um conflito, na necessidade de produção de prova pericial.

O mesmo autor[6], comentando disposições previstas no Código de Processo Civil, assim define os "assistentes técnicos":

> Os assistentes técnicos, pelas regras hoje vigentes, não são auxiliares do juízo. São auxiliares das próprias partes, são de confiança delas, e, por isso mesmo, não estão sujeitos às regras de imparcialidade impostas pelos arts. 134 e 135 (art. 422, segunda parte).

O **Regimento Interno do TCEES** (aprovado pela **Res. TC 261/2013**) traz a definição de auditoria em seu artigo 189 e incisos, cujo teor aqui se reproduz:

> Art. 189. Auditoria é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para:
>
> I – examinar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial, operacional e ambiental;
>
> II – avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade dos atos praticados;
>
> III – apurar denúncias e representações que não se refiram a fatos específicos.

Nota-se que o conceito conferido ao procedimento de auditoria realizado por este E. Tribunal de Contas se distancia daquele atribuído à "perícia" pelo Código de Processo Civil pátrio, não se podendo confundir um mero meio de prova com a execução de um trabalho de fiscalização.

Em verdade sequer existe previsão na Lei Orgânica (LC 621/2012) ou no RITCEES deste Tribunal acerca da figura do "assistente técnico" a ser admitido em processos que tramitem nesta Corte, sobretudo em procedimentos de fiscalização. Vale dizer que a ausência de previsão de ingresso de assistente técnico em processos deste Tribunal não é sem razão, uma vez que seria impraticável realizar

[6] BUENO, Cassio Scarpinella. 2013, p. 300.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

os trabalhos de auditoria, que demandam sigilo durante sua execução, com a participação de terceiros indicados por jurisdicionados ou interessados.

A competência dos Tribunais de Contas encontra-se definida no artigo 71 e incisos da Constituição da República. Por simetria, nossa Constituição Estadual elenca, também em seu artigo 71 e incisos, as competências deste TCEES, não contemplando, dentre elas, a atuação como perito judicial, tampouco havendo previsão da atuação de terceiros, estranhos aos quadros do próprio Tribunal, na realização de auditorias, embora, em casos específicos, possa haver a realização de Tomada de Contas Especial pelo próprio jurisdicionado nos moldes delineados na Instrução Normativa TC 32/2014. mas também aí sempre a cargo de servidores públicos.

Como já comentado, os Tribunais de Contas, no exercício da sua função institucional de controle externo, detém independência funcional, devendo executar suas auditorias livre de interferências externas. Dessa forma, conforme bem ponderado pelo então Relator (Conselheiro Domingos Taufner) e pela área técnica, a figura do assistente técnico não se coaduna com o procedimento de fiscalização realizado através de auditoria.

Em **06/02/2014** foi protocolizado oficio (fls. 10.249-10.250, vol. XLIII) dirigido pelo Deputado Estadual Sandro Locutor a esta Corte com o objetivo de que fosse analisada "[...] a possibilidade de inclusão de uma cláusula no [...] contrato (de concessão) que obrigue a empresa concessionária à instalação de uma tela de proteção resistente em toda a extensão e em ambos os sentidos da referida ponte". Registre-se que a "tela de proteção" teria a finalidade de impedir suicídios na Terceira Ponte.

A Relatoria, agora atribuída ao Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo por força do disposto no art. 254[7] da Res. TC 261/2013, encaminhou à equipe de auditoria, para apreciação de pertinência, a solicitação de análise de inclusão de cláusula contratual proposta pelo Deputado Sandro Locutor.

[7] Art. 254. Os grupos e os processos da competência do Conselheiro eleito Presidente passarão à relatoria do Presidente cujo mandato se encerra.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A análise foi procedida através da **Manifestação Técnica Preliminar MTP 109/2014** (fls. 10.276-10.281, vol. XLIII), de **14/02/2014**, na qual, fundamentadamente, concluiu-se pela impertinência da solicitação "[...] ante a ausência de previsão legal que a ampare".

Em **13/02/2014**, tendo em vista a complexidade dos trabalhos, bem como, a relevância e magnitude da fiscalização do contrato de concessão do Sistema Rodovia do Sol, os supervisores da auditoria solicitaram nova prorrogação do prazo para a ultimação do Relatório de Auditoria (fls. 10.263-10.265, vol. XLIII).

O pedido de prorrogação foi apreciado por este Relator através do **Voto de fls. 10.268-10.273** (vol. XLIII) acompanhado à unanimidade pelo Plenário deste TCEES que prolatou, em **18/02/2014**, a **Decisão TC 798/2014** (fl. 10.274) onde foi deferida a extensão do prazo de fiscalização até a data de **24/04/2014**.

Em **24/02/2014** o **Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual** encaminhou **oficio** (fl. 10.285), para conhecimento deste Tribunal, informando sobre decisão passada nos autos do **Processo 024.98.019331-2 (Ação Civil Pública)** onde se estendeu a redução do preço do pedágio da Terceira Ponte – determinada em anterior decisão judicial, datada de **12/07/2013**, com efeitos a partir de **13/07/2013** (vide cópia de fl. 637, vol. IV) – até o dia **24/04/2014**, previsto para se ultimarem os trabalhos de auditagem.

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

declaração de coisa julgada administrativa e cerceamento de defesa, **não conheceu da questão de ordem**.

Seguindo a cronologia, em **10/04/2014** foi publicado o **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014** (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).

Ato contínuo, foi elaborada pela **1ª Secretaria de Controle Externo** a **Instrução Técnica Inicial ITI 256/2014** (fls. 14.148-14.156, vol. LXIII) que elenca os achados de auditoria apontados no **RA-E 10/2014**, sugere citação de responsáveis e a notificação de terceiros interessados, bem como, pugna pela decretação da prescrição da pretensão punitiva, após manifestação do Ministério Público de Contas, em relação a vários agentes cujos atos já teriam sido alcançados pelo 8794decurso do tempo impedindo a aplicação de sanções.

Em **16/04/2014** foi prolatada a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 360/2014** (fls. 14.158-14.161, vol. LXIII) que, acatando as sugestões da Área Técnica, assim determinou:

> Desta forma, **DECIDO:**
>
> **1** Pela **CITAÇÃO** dos senhores Eduardo Antônio Mannato Gimenes, José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo, nos termos do art. 56, incisos II e III, da LC 621/2012 para que, no **PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS**, apresentarem justificativas para as ocorrências conforme consta do item 2 da ITI 256/2014;
>
> **2** Pela **NOTIFICAÇÃO** para oitiva, nos termos do artigo 207, inciso II[8], da Resolução TC 261/2013, no **PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS**, da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária - ARSI, na pessoa de seu dirigente senhor Luiz Paulo de Figueiredo; da Concessionária Rodovia do Sol S.A., na pessoa de seu dirigente Geraldo Caetano Dadalto; do Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – IEMA, na pessoa de seu dirigente senhor Tarcísio José Foeger; e do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, na pessoa de sua dirigente Tereza Maria Sepulcri Netto Casotti, conforme consta do item 3 da ITI 256/2014;

[8] Art. 207. Ao apreciar processo relativo à fiscalização, o Relator ou o Tribunal:
II - determinará a oitiva da entidade fiscalizada e do terceiro interessado, se for o caso, para, no prazo de até trinta dias, manifestarem-se sobre fatos que possam resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

3 Sejam os responsáveis notificados de que poderão exercer sua defesa por todos os meios em direito admitidos, e, querendo, exercer o direito de sustentação oral, nos termos do disposto no art. 327[9] da Resolução nº 261/2013 – Regimento Interno, quando do julgamento dos presentes autos, cuja data será devidamente publicada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em seu sítio eletrônico, instituído pelo artigo 181 da Lei Complementar nº 621, de 8 de março de 2012 e regulamentado pela Resolução TC nº 262, de 13 de agosto de 2013;

3.1 Determino, ainda, que sejam os responsáveis alertados, quando da citação/notificação, sobre as demais consequências possíveis, advindas do julgamento deste Tribunal, previstas no item 4, subitens III.A a III.G.5 e IV.A.1 e IV.A.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014.

4 Sejam os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas para confecção de seu competente parecer, tendo em vista o suscitado instituto da prescrição, em atendimento ao comando do art. 71, §1º, da LC 621/2012 c/c art. 373 §1º da Resolução nº 261/2013;

5 DECIDO também **dar ciência** aos representantes da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, 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 e ao Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública Estadual – Comarca da Capital, encaminhando, em meio magnético, cópia do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 e da Instrução Técnica Inicial ITI 256/2014.

6 DECIDO ainda pelo deferimento da solicitação do Ministério Público de Contas para que seja disponibilizado, no sitio eletrônico do Tribunal de Contas do ES, a íntegra atualizada dos autos após a citação dos responsáveis;

Acompanham esta DECISÃO**,** cópia digitalizada do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, inclusive apêndices, de fls. 10302 a 10889 destes autos, e da Instrução Técnica Inicial ITI 256/2014 de fls. 14148 a 14156, juntamente com os termos de citação e notificação.

Após, remetam os presentes autos à Área Técnica desta Corte para instrução regulamentar.

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

Vitória, 16 de abril de 2014.

Sebastião Carlos Ranna de Macedo

---

[9] Art. 327. No julgamento ou apreciação de processo, ressalvada a hipótese prevista no § 9º deste artigo, as partes poderão produzir sustentação oral, após a apresentação do relatório e antes da leitura do voto, desde que a tenham requerido, pessoalmente ou por procurador devidamente constituído, até quinze minutos antes da sessão, na Secretaria do Colegiado, ou, por documento protocolado antes da publicação da pauta. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).
[...]
§ 9º Não se admitirá sustentação oral no julgamento ou apreciação de consulta, prejulgado, embargos de declaração, agravo ou questões de ordem.
Redação Anterior:
Art. 327. No julgamento ou apreciação de processo, ressalvada a hipótese prevista no § 9º deste artigo, as partes poderão produzir sustentação oral, após a apresentação do relatório e antes da leitura do voto, pessoalmente ou por procurador devidamente constituído, desde que a tenham requerido até quinze minutos antes do início da sessão.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Termos de Citação acostados às fls. 14.162-14.169 (vol. LXIII) e **Termos de Notificação às fls. 14.170-14.173** (vol. LXIII). **Ofícios expedidos às fls. 14.174-14.178** (vol. LXIII).

Às fls. 14.197-14.218 (vol. LXIV) tem-se requerimento protocolizado pelo Ministério Público de Contas onde se pleiteou a publicidade de todas as peças do presente processo através do *site* deste Tribunal.

Atendendo ao **Termo de Notificação 545/2014**, o **IEMA**, na pessoa do seu atual Diretor-Presidente, senhor Tarcísio José Föeger, apresentou a manifestação de fls. **14.232-14.235** (vol. LXIV).

Em **15/05/2014** foi prolatada a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 463/2014** (fls. 14.237-14.240, vol. LXIV) **na qual foi deferido o pedido de prorrogação de prazo apresentado pela Rodosol** (fls. 14.287-14.290, vol. LXIV), bem como, estendido "[...] para os demais interessados chamados a apresentar defesa ou justificativa [...]". **Termos de Notificação sobre o teor da DECM 463/2014** às fls. **14.241-14.248** (vol. LXIV). **Ofícios acostados às fls. 14.249-14.253**.

Atendendo ao **Termo de Citação 784/2014**, o senhor Eduardo Antônio Mannato Gimenes, Ex-Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Espírito Santo (DER/ES), **apresentou suas razões de defesa às fls. 14.294-14.299**, acompanhadas dos documentos de suporte de fls. 14.300-14.314 (vol. LXIV).

Por seu turno, a **Concessionária Rodovia do Sol S.A**, em apreço ao **Termo de Notificação 544/2014,** na qualidade de terceiro interessado, **apresentou suas razões às fls. 14.329-14.431** (vol. LXIV) em peça subscrita por advogados regularmente[10] constituídos nos autos e acompanhada da documentação carreada às fls. 14.433-15.034 (vols. LXIV ao LXVII).

[10] Instrumento procuratório à fl. 14.291 (vol. LXIV).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O senhor José Eduardo Pereira, Ex-Diretor-Geral da ARSI, atendendo ao **Termo de Citação 785/2014**, **apresentou a defesa de fls. 15.035-15.044** (vol. LXVII) sustentada pelos documentos de fls. 15.045-16.044 (vols. LXVII ao LXXI).

A senhora Maria Paula de Souza Martins, Ex-Diretora-Geral da ARSI, em resposta ao **Termo de Citação 786/2014**, apresentou suas **razões de justificativa através da peça de fls. 16.045-16.062** (vol. LXXII) com suporte nos documentos de fls. 16.063-18.457 (vols. LXXII ao LXXXII).

A **ARSI**, na pessoa de seu Diretor-Geral, senhor Luiz Paulo de Figueiredo, atendendo ao **Termo de Notificação 543/2014** e na **qualidade de terceiro interessado manifestou-se às fls. 18.458-18.491** (vol. LXXXIII) e carreou os documentos de fls. 18.493-21.743 (vols. LXXXIII ao XCVIII).

Já o senhor Luiz Paulo de Figueiredo, então Diretor-Geral da ARSI, em atendimento ao **Termo de Citação 787/2014**, **apresentou a defesa de fls. 21.744-21.763** (vol. XCVIII) acompanhada da documentação de fls. 21.765- 24.504 (vols. XCVIII ao CXI).

Por fim, o **DER/ES**, na pessoa de sua Diretora-Geral, senhora Tereza Maria Sepulcri Netto Casotti, em atenção ao **Termo de Notificação 546/2014**, após noticiar a designação de uma "Comissão de Avaliação" (fls. 14.258-14.259, vol. LXIV), **trouxe aos autos o "Relatório Final da Comissão de Avaliação" (fls. 24.509-24.534**, vol. CXI), acrescido da documentação de fls. 24.535-24.566 (vol. CXI), através do qual se manifestou acerca dos pontos destacados na **Instrução Técnica Inicial ITI 256/2014 na qualidade de terceiro interessado**.

Ultrapassado o prazo concedido para defesa e manifestação de terceiros interessados, foram os autos remetidos, em **03/07/2014**, ao **Núcleo de Estudos Técnicos e Análise Conclusiva - NEC** que, diante da complexidade da matéria contida nos autos, **sugeriu**, através de **Despacho de sua Coordenadora (fls. 24.569**, vol. CXI), a designação de equipe multidisciplinar para a elaboração da Instrução Técnica Conclusiva.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Atendendo à solicitação do NEC, a **Secretaria-Geral de Controle Externo (Segex) designou (fl. 24.570 e fl. 24.580,** vol. CXI) os componentes da equipe responsável pela confecção da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC**) nos autos do presente processo.

Antes de se iniciarem os trabalhos de elaboração da ITC, verificou-se (fls. 24.571-24.572, vol. CXI) a necessidade de submeterem-se os autos ao Ministério Público de Contas (MPC) para manifestação acerca da **decretação da prescrição da pretensão punitiva em relação aos gestores indicados nos itens 2.2; 2.3; 2.4; 2.5; 2.6; 2.7; 2.8; 2,9; 2.12; 2.15 e 2.16 da ITI 256/2014**.

Após as providências de estilo, **foram os autos encaminhados ao MPC** que se **manifestou às fls. 24.574-24.578** (vol. CXI), oportunidade em que considerou "[...] prudente e oportuno aguardar a conclusão da análise das defesas apresentadas pelos responsáveis para só então realizar o exame da prescrição punitiva aventada".

Neste ínterim 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.

Importante salientar que 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.

Observando o **rito processual (antes da concessão da medida de segurança pleiteada pela RODOSOL), em 11/08/2014**, conforme **despacho de fl. 24.579** (vol. CXI) foram iniciados os trabalhos de elaboração da ITC em atendimento ao artigo 47, inciso III, alínea "d"[11], do RITCEES.

[11] Art. 47. A Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX à qual compete planejar, organizar, coordenar, orientar, gerenciar, dirigir, supervisionar e executar, por intermédio das unidades técnicas subordinadas, todas as atividades e projetos relativos à área técnico-executiva de controle externo e avaliar seus resultados, emitir notas técnicas dirigidas às unidades técnicas com a finalidade uniformizar técnicas e padrões de fiscalização e de análise de contas, propor diretrizes relativas ao controle e a fiscalização a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Em **20/10/2014** a **Coordenação do NEC**, com fundamento no artigo 299, § 3º[12], do RITCEES, submeteu **pedido (fls. 24.581-24.583**, vol. CXI) de prorrogação do prazo para conclusão da ITC à apreciação da Relatoria.

Acolhendo à unanimidade o r. **Voto de fls. 24.586-24.590** (vol. CXI), o **Plenário** desta E. Corte, por meio da **Decisão TC 8.157/2014** (fls. 24.590-24.591- vol. CXI) prolatada em **04/11/2014**, deferiu a solicitação do NEC, **prorrogando por mais 60 (sessenta) dias**. **Ofícios e Termos de Notificação às fls. 24.592-24.603 e 24.608** (vol. CXI).

Dando sequência aos trabalhos o **Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas** – NEC elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva - ITC 308/2015** (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 possível dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, conforme previsto, tendo em vista à extensão e a complexidade empreendida"

---

cargo do Tribunal, assessorar o Presidente, os Conselheiros e os Auditores em matéria de sua competência, dispondo da seguinte estrutura: (Artigo retificado pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

Redação dos incisos vigentes, à época, antes da (Redação de Incisos, alíneas e parágrafos do Art. 47 dados pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016).

III – Unidades diretamente vinculadas:

d) Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas - NEC, ao qual compete a elaboração de Instruções Técnicas Conclusivas em primeiro grau, bem como a realização de estudos para o correto desenvolvimento do controle externo e orientações para a uniformização da jurisprudência;

[12] Art. 299. A fase de instrução abrangerá a elaboração da instrução técnica inicial e conclusiva, observado o disposto na seção VIII deste capítulo.

[...] omissis [...]

§ 3º Não sendo possível à unidade técnica competente o cumprimento dos prazos previstos neste artigo, a chefia da unidade deverá solicitar, antes do vencimento do prazo, prorrogação ao Relator.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 foram instruídos com a juntada de cópia da **decisão preliminar (fls. 25765 – 25767,** vol. CXVI) proferida nos autos do **processo TC-6489/2015[13],** que determinou a **suspensão do Processo TC 5591/2013**, objeto dos presentes autos, **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.

Assim, O Ministério Público de Contas - MPC se manifestou por meio do parecer **PPJC 4365/2015** (fls. 25.768- 25.829, vol. CXVI), da lavra do Excelentíssimo Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, Doutor Luis Henrique Anastácio da Silva, 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 conformidade com a Decisão Preliminar supramencionada o Processo **TC 5591/2013,** objeto dos presentes autos, 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**), nos termos da certidão juntada às fls. 25.840 – 25.841, vol. CXVI.

[13] Tratam os autos de NOVO Incidente de Impedimento proposto pela Concessionária Rodovia do Sol S.A - RODOSOL, nos termos da decisão judicial prolatada no Mandado de Segurança MS 0015699-47.2014.8.08.0000, em face do Conselheiro relator do processo TC 5591/2013, Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.**

Em **20/10/2016** a Concessionária Rodovia do Sol S.A interpôs Recurso Ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) 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. – Na apreciação de mérito foi negado provimento a este recurso – Acórdão TC 506/2017, publicado no Diário oficial do TCEES de 12/06/2017.

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

do Relator (fls. 25851-25905, vol. CXVI) no qual noticia a existência de requerimentos de sustentação oral, nos seguintes termos:

> **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 posto em pauta para 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 autos[14]. Registre-se que os demais solicitantes não empreenderam sustentação oral.

Às fls. 25.906-25.912 (vol. CXVI) encontram-se as notas taquigráficas referentes à sustentação oral do patrono da Concessionária Rodovia do Sol S.A. Já às fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) encontram-se juntados: i) o documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), intitulado pela Rodosol como *"[...] complementação das suas razões de defesa [...]"*[15]; ii) o documento de fls. 26.006-26.057 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 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.

[14] Instrumento procuratório à fl. 25862 (vol. CXVI).
[15] Conforme requerimento de fls. 25920-25921 (CXVII).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O prosseguimento da oportunização 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, por meio do **Despacho 4837/2017**[16], emitido na mesma data, **foi declarada preclusa a oportunidade dos requerentes faltantes**, bem como, foi solicitada a juntada da documentação produzida na fase de defesa oral, sendo então incluídos os documentos de fls. 25.923-26.004 e 26.006-26.057 (vol. CXVII), suprarreferidos, que haviam sido apresentados pela Concessionária Rodovia do Sol S.A em 15/02/2016[17], 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 o encaminhamento dos autos ao corpo técnico para análise e manifestação.

Dessa forma, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas (NEC) elaborou a **Manifestação Técnica 516/2017** concluindo 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[18]" por ela carreado, não foram suficientes para ensejar qualquer mudança de entendimento ou conclusão da equipe técnica, reiterando-se *in totum* todas as análises, conclusões e proposta de encaminhamento constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015,** conforme se transcreve.

> **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[19]" 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.**

[16] Despacho de fl. 26061 (vol. CXVII).
[17] Conforme "Recibo" do NCD à fl. 25919 (vol. CXVII).
[18] Fls. 26.006-26.057, vol. CXVII.
[19] Fls. 26.006-26.057, vol. CXVII.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **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.

Por sua vez o Ministério Público de Contas anuiu ao posicionamento da área técnica constante da Manifestação Técnica 00516/2017-1, reiterando *in totum* as análises, conclusões e proposta de encaminhamento registradas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015, bem como o **Parecer Ministerial PPJC 4365/2015**, conforme se transcreve.

> Deveras, compulsando os autos, verifica-se que a Manifestação Técnica é consentânea com o posicionamento do Ministério Público de Contas, motivo pelo qual, independentemente de transcrição, passa a fazer parte integrante deste pelos fundamentos de fato e de direito ali deduzidos.
>
> Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** anui ao posicionamento da área técnica constante da **Manifestação Técnica 00516/2017-1**, reiterando *in totum* as análises, conclusões e proposta de encaminhamento registradas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015, bem como o parecer ministerial PPJC 4365/2015, sem prejuízo da supressão da palavra desrespeitosa destacada no tópico 6 da referida Manifestação Técnica e constante no documento de fls. 25.920-25.921 (Vol. CXVII) apresentado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A.
>
> Vitória, 08 de maio de 2017
> **LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA**
> Procurador de Contas

1.3 – Planejamento e Execução dos Trabalhos de Auditoria

No desenvolvimento auditoria objeto dos autos foram observadas **as Normas de Auditoria Governamental aplicáveis ao controle externo brasileiro** (adotadas como normas gerais de auditoria por este TCEES, conforme Resolução TC nº. 233/2012), tendo sido utilizados como referência metodológica, também, os padrões de auditoria de conformidade e as orientações para auditorias de conformidade definidos pelo Tribunal de Contas da União – TCU. As restrições que limitaram os exames estão descritas na sessão 1.5 do **Relatório de Auditoria Especial nº 10/2014** às fls. 10346.

De acordo com a NAG 4300, a fase de planejamento da auditoria é

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> a etapa na qual são definidas a estratégia e a programação dos trabalhos de auditoria, estabelecendo a natureza, a oportunidade e a extensão dos exames, determinando os prazos, as equipes de profissionais e outros recursos necessários para que os trabalhos sejam eficientes, eficazes e efetivos, realizados com qualidade, no menor tempo e com o menor custo possível.

Desse modo, atendendo à NAG 4301.1.1, foram designados para a execução dos trabalhos profissionais de diferentes experiências e competências, levando em conta a capacitação necessária em razão da complexidade, materialidade, relevância e criticidade da concessão do Sistema Rodovia do Sol.

Inicialmente, os profissionais designados a compor a Equipe de Auditoria procederam ao conhecimento preliminar do objeto (NAG 4308), levantando informações relativas ao campo de atuação da ARSI e do DER/ES (NAG 4308.1), suas responsabilidades para com a Concessão aqui analisada (NAG 4308.2), as principais normas aplicáveis (NAG 4308.3) e os principais sistemas, processos, fluxos e controles que eles aplicam ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (NAG 4308.4).

Nesse momento, também foram identificados (NAG 4308.7) outros trabalhos de auditoria deste TCEES e da Secretaria de Estado de Controle e Transparência do Espírito Santo – SECONT, além de avaliação econômico-financeira do Contrato efetuada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, as recomendações e decisões decorrentes desses trabalhos (NAG 4308.9), bem como foi viabilizada a troca de experiências da equipe de auditoria designada pelo TCEES com equipes do Tribunal de Contas da União.

Em seguida, de posse do Processo TC 5591/2013, cujo conteúdo àquela altura já ultrapassava as oito mil páginas, das decisões plenárias e dos quesitos apresentados, a Equipe definiu o objetivo da auditoria e seu escopo (NAG 4310.1), ambos apresentados na seção 1.3 do **Relatório de Auditoria Especial nº 10/2014** às fls. 10338.

Logo, definiu que o método mais eficiente e eficaz de auditoria seria utilizar as matrizes de planejamento, achados e responsabilidades (NAG 4310.2). Assim, na forma da NAG 4310.3, os procedimentos de verificação necessários para

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

responder as 31 (trinta e uma) questões de auditoria, apresentadas na seção 1.3 **Relatório de Auditoria Especial nº 10/2014** às fls. 10338, foram definidos e detalhados.

Definidos os procedimentos de verificação, observada a inter-relação e o sequenciamento lógico entre eles, bem como as competências e conhecimentos necessários para executá-los, foi elaborado o cronograma da auditoria (NAG 4310.5), aprovado pela supervisão e pela coordenação geral dos trabalhos (NAG 4305).

No dia 16 de agosto de 2013, foi realizada reunião, na Sala da Presidência no TCEES, com a participação da Equipe de Auditoria, dos supervisores designados para a auditoria, do Secretário-Geral de Controle Externo à época, Márcio Batista Marinot, do Diretor-Geral da ARSI, senhor Luiz Paulo Figueiredo, da Diretora-Geral do DER/ES, senhora Tereza Maria Sepulcri Netto Casotti, e do Diretor-Presidente da empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A., senhor Geraldo Caetano Dadalto. O objetivo desse encontro foi inaugurar a fase de execução da auditoria na concessão do Sistema Rodovia do Sol.

Na execução dos procedimentos de verificação, foram aplicadas as técnicas de avaliação de controles internos específicos (NAG 4402.2.1), de exame e comparação de livros e registros (NAG 4402.2.2), de conciliação (NAG 4402.2.3), de exame documental (NAG 4402.2.4), de análise (NAG 4402.2.5), de inspeção física (NAG 4402.2.6), da observação (NAG 4402.2.7), da circularização (NAG 4402.2.8), da conferência de cálculos (NAG 4402.2.9) e de entrevista (NAG 4402.2.10).

Com a aplicação das técnicas listadas, a Equipe de Auditoria avaliou controles, eventos, operações e transações, examinou registros e documentos, colheu e produziu provas (NAG 4407.1). Tais exames foram documentados em papéis de trabalho, com modelo definido pela Equipe de Auditoria, e preparados pelos membros da Equipe (NAG 4408).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Na documentação da auditoria foram registradas as informações obtidas e os exames, as análises e as avaliações efetuadas, evidenciando as constatações e constituindo a base de sustentação do **Relatório de Auditoria Especial nº 10/2014** (4408.1). A Equipe de Auditoria procurou elaborá-la de forma escorreita, objetiva, concisa, clara, completa, exata e conclusiva (NAG 4408.9.1).

Nela foram incluídos as conclusões obtidas (NAG 4408.9.2) e os critérios utilizados, bem como evidenciados os procedimentos adotados na sua extensão e profundidade (NAG 4408.9.3).

Deve-se destacar que a documentação foi preparada de modo que outro profissional de auditoria governamental, mesmo sem contato anterior com o trabalho desenvolvido, possa utilizá-la no futuro, sem dúvidas quanto às conclusões alcançadas e sobre como foram executados os exames (NAG 4408.9.9.1).

Ressalta-se que na fase de execução é que foram desenvolvidos os achados de auditoria encontrados durante os exames, mediante análise de critérios, causas e efeitos (NAG 4407.2).

O Produto da auditoria foi apresentado por meio do **Relatório de Auditoria Especial nº 10/2014** onde são relatadas as constatações, análises, opiniões, conclusões e recomendações da Equipe sobre o objeto da auditoria (NAG 4701). Em consonância com as normas de auditoria o referido relatório foi submetido à discussão e revisão final (NAG 4714) pelos profissionais responsáveis pela supervisão dos trabalhos em conjunto com a Equipe de Auditoria.

1.4 – Principais Conclusões e Achados de Auditoria

Feitas as considerações relativas ao contexto histórico, sobre a cronologia da tramitação dos presentes autos, bem como sobre o planejamento e execução da auditoria, passo a reproduzir, de forma sucinta, as principais conclusões e achados

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

de auditoria identificados pela área técnica adotando-se a mesma descrição contida na Instrução Técnica Conclusiva **ITC 308/2015**.

Em cumprimento à Decisão Plenária exarada e em observância ao Plano de Fiscalização 74/2013 (fl. 8.767 – Vol. XLI), foram realizados os trabalhos de Auditoria de Conformidade, culminando na confecção do **Relatório de Auditoria Especial nº 10/2014**, de 10 de abril de 2014, constantes às fls. 10.302-10.888 (vols. XLIV e XLV).

A auditoria na Concessão do Sistema Rodovia do Sol teve por objetivo

> [...] 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)[20].

Para cumprir o objetivo proposto, a Equipe de Auditoria propôs-se a responder 31 questões de auditoria, após a análise de inúmeros quesitos formulados por diversos órgãos, entidades/autoridades públicas e pessoas jurídicas.

Visando responder as questões, foram aplicados os procedimentos de auditoria e analisada a documentação comprobatória dos atos relacionados à concessão do Sistema Rodovia do Sol, obtendo-se os achados de auditoria constantes nos itens 2.2 a 2.18 do RA-E 10/14.

Em contraposição aos fundamentos das irregularidades apontadas, os senhores Eduardo Antônio Mannato Gimenes, José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo, todos citados na forma do Regimento Interno desta Corte de Contas (aprovado pela Resolução TCEES 261/2013), apresentaram seus argumentos.

[20] Processo TC 5591/2013, fl. 10.338.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Notificados, Agência Reguladora de Saneamento e Infraestrutura Viária, Concessionária Rodovia do Sol S.A, Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo e o Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos também se manifestaram, prestando os esclarecimentos pertinentes.

Munido das manifestações e dos documentos juntados aos autos, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, através de equipe multidisciplinar constituída para tal fim, procedeu à análise devida. Foram cotejados a defesa e os esclarecimentos prestados em face dos achados de auditoria apontados, e elaborada a Instrução Técnica Conclusiva **ITC 308/2015**, **que contempla a manifestação do corpo técnico, antes da sustentação oral da Concessionária, cujos pontos principais passo a explicitar.**

1.4.1 Preliminar de Decadência suscitada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A – Rodosol.

Em sua manifestação, a Concessionária Rodovia do Sol S.A alega a decadência do direito de autotutela da administração pública em anular o Contrato de Concessão 1/98.

Em manifestação conclusiva, a área técnica do Tribunal de Contas opina nos autos pelo **não acolhimento** da preliminar de decadência suscitada pela Concessionária diante dos seguintes argumentos expostos:

- 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

contratual, no exercício da autotutela, compete a 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.
- 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.

Desta forma, a verificação no mérito dos achados de auditoria quanto à classificação do ato viciado e à possibilidade de convalidação/anulação, ainda que pertinente, não é necessária, já que o termo *a quo* do prazo decadencial ainda não se perfez. Porém, cientes de que o Plenário poderá adotar posição divergente, optou-se por abordar, no bojo dos achados de auditoria, quando pertinente, os vícios de invalidade no edital e suas consequências para o Contrato de Concessão 1/98.

1.4.2 Preliminar de Coisa Julgada Administrativa suscitada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A – Rodosol.

Em sua manifestação, a Concessionária Rodovia do Sol S.A alega, preliminarmente, a existência de coisa julgada administrativa referente aos fatos e achados de auditoria contidos no Relatório de Auditoria 10/2014.

Diante da avaliação dos fatos, constata-se que não assiste razão à notificada ao alegar que a matéria versada nestes autos já havia sido sepultada por força do Acórdão TC 35/2010, passada nos autos do Proc. TC 4.574/2009.

Ocorre que, no caso vertente, denota-se que, entre o processo TC 4574/2009 e o presente processo, não há identidade de pedido, pois, enquanto neste se requer a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

análise pormenorizada de todos os aspectos do Contrato de Concessão 1/98, naquele há pedido de análise tão somente da "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", da "adequação do serviço público prestado" e da "atuação do DER/ES na elaboração e fiscalização do referido contrato de concessão".

Não há, ademais, identidade de interessados; afinal, neste a representação foi interposta pelo Estado do Espírito Santo, Ministério Público do Estadual e ARSI, e naquele a solicitação de realização de auditoria extraordinária foi feita pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Justiça de Contas.

Diante destes e de outros argumentos trazidos aos autos, opina-se pelo **não acolhimento** da preliminar de coisa julgada administrativa sustentada pela empresa notificada.

1.4.3 Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico.

Foram mantidos os achados de auditoria no que pertine aos vícios existentes nas fases interna e externa do procedimento licitatório da Concessão da Rodovia do Sol.

Há claramente a deficiência de elementos do projeto básico (**item 3.1 da ITC)** adequados e necessários com o fito de definir os contornos e estabelecer as condições de contratação. Ante a falta da plena caracterização do objeto editalício, em afronta ao art. 18, XV, da Lei 8.987/95, constatam-se efeitos negativos ao Estado na realização do objeto com modicidade tarifária e com a prestação de serviço adequado.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1.4.4 Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado

A inclusão da previsão editalícia de obrigação de pagamento de dívida do Estado do Espírito Santo com a Operação de Rodovias Ltda. – ORL **(item 3.2 da ITC)**, no montante de R$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos mil reais) mostrou-se excessiva e impertinente diante do objeto da concessão, comprometendo o caráter competitivo do certame, em patente violação ao art. 3, § 1º, I, da Lei 8.666/93.

1.4.5 Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno

1.4.6 Restrição ilegal do caráter competitivo do certame

1.4.6.1 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas

1.4.6.2 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória

1.4.6.3 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

1.4.6.4 Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação

1.4.6.5 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

1.4.6.6 Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo

Também frustraram a competitividade da licitação por: estabelecer parâmetros subjetivos para o julgamento da Proposta de Metodologia da Execução exigida no Edital 1/98 (item 3.4.1 da ITC); exigir visita técnica conjunta e obrigatória, situação tida como irregular por possibilitar a prática de conluio entre potenciais licitantes

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

(item 3.4.2 da ITC); fixar patrimônio líquido e garantia da proposta abusiva para fins de habilitação (itens 3.4.4 e 3.4.5 da ITC); exigir a garantia de manutenção de proposta concomitantemente à exigência de patrimônio líquido mínimo (item 3.4.6 da ITC); descumprir prazos legais de publicidade do certame (item 3.4.3 da ITC).

No que diz respeito a esta última restrição, apesar da falta da necessária republicação do edital, ante a alteração realizada que impactou a formulação de proposta por possíveis interessados na licitação, conforme preceituado pelo art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93, acertadamente a empresa concessionária argumentou pela aplicação do prazo de 30 dias para a publicidade do Edital da Concorrência Pública 1/98 e não o de 45 dias, como suscitado pela equipe de auditagem. Neste ponto, afastou-se, ainda que parcialmente, o achado de auditoria contido no item 2.5.3 da RA-E 10/94 (tratado no item 3.4.3 da ITC).

Desta forma, percebem-se falhas na confecção do Edital 1/98, bem como dos trâmites impostos pela legislação federal, acarretando diversos vícios de legalidade. Um dos vícios de legalidade quanto à forma mantido na presente análise foi a inexistência de parecer jurídico da minuta de licitação emitida pela Procuradoria-Geral do Estado nos moldes do preconizado pelo art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93 c/c art. 3º, inciso VII, e art. 21, III e parágrafo único, da Lei Complementar Estadual 88/96 (item 3.3 da ITC).

1.4.7 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte

Questão nevrálgica apurada pela equipe de auditoria e mantida, após análise das manifestações, é a inexistência, no Edital e no Contrato de Concessão 1/98, de critérios objetivos para aferição da adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte no Contrato de Concessão de Serviço Público 1/98 **(item 3.5 da ITC)**. Tal fato repercute diretamente na prestação adequada do serviço, por impossibilitar a averiguação das boas condições da fluidez através de parâmetros claros e objetivos, nos termos do estipulado pela alínea 'f', item 3, da

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

cláusula XVI do Contrato 1/98 c/c art. 23, III, da Lei 8.987/95. Significa dizer que o Contrato de Concessão 1/98 não contempla, em seu teor, cláusula considerada essencial pela Lei 8.987/95 (Lei Geral das Concessões), qual seja, a que permite aferir a qualidade do serviço prestado (art. 23, III, da Lei 8987/95) e caracterizá-lo como adequado ou inadequado aos usuários.

1.4.8 Expedição ilegal de licença ambiental prévia

É importante ressaltar que se tratou de concessão de serviço público precedida de obra pública, o que demandava a expedição de licenças ambientais e o cumprimento de condicionantes impostas pela autoridade pública ambiental à época.

O item 2.7 da RA-E 10/14 sustentou a expedição ilegal de licença prévia (item 3.6 da ITC) 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. Porém, a análise de mérito do achado de auditoria restou prejudicada, já que nenhum dos responsabilizados foi citado, diante da prescrição da pretensão punitiva suscitada preliminarmente, tampouco quaisquer possíveis interessados. Assim, pugnou-se pela extinção do processo em face dos srs. Jorge Hélio Leal, Jorge Alexandre da Silva e Marialva Lyra da Silva, na forma do art. 375 da Resolução TC 261/2013, no que pertine àquele achado de auditoria.

1.4.9 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais

Ressalta-se que as condicionantes ambientais impostas para a expedição de licença ambiental operacional também não foram integralmente cumpridas **(item 3.8 da ITC).** Por meio das informações prestadas pelo Instituto Estadual de Meio Ambiente - Iema e pela Concessionária Rodosol S.A, algumas condicionantes

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

apontadas foram regularizadas, porém, não chegou a termo a condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006.

1.4.10 Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro

Foi, ainda, considerado irregular o valor de R$ 305.000,00 (trezentos e cinco mil reais) em tíquetes emitidos pela ORL, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, realizado por meio do Primeiro Termo de Aditamento e Rerratificação ao Contrato de Concessão de Serviço Público 1/98 **(item 3.7 da ITC)**. Isto porque não há qualquer comprovação do uso da totalidade dos tíquetes que a Concessionária efetivamente teria recebido dos usuários do Sistema.

1.4.11 Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização

1.4.12 Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

Afetaram o equilíbrio econômico financeiro do contrato, o repasse inferior ao previsto contratualmente das verbas para custeio da fiscalização **(item 3.9 da ITC)** e para o aparelhamento da Polícia Rodoviária Estadual **(item 3.10 da ITC)**. A manutenção dos achados de auditoria decorre da inaplicabilidade do redutor de 24,24% na tarifa do Pedágio da Terceira Ponte prevista no Segundo Termo Aditivo do Contrato para fins de repasse dessas verbas, já que a redução não incidiu sobre todas as receitas do contrato, mas apenas parcialmente.

1.4.13 Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados

Da leitura da Cláusula XIX do Contrato 1/98, apurou-se a adoção de fórmula de reajuste inadequada **(item 3.13 da ITC)**, já que reflete predominantemente a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

evolução dos custos da construção, em detrimento dos custos da prestação de serviço. Isto a torna inapta para servir de critério de reajuste das tarifas durante toda a vigência da concessão rodoviária, pois o índice deve retratar a variação efetiva do custo, nos termos do art. 40, XI, da Lei 8.666/93. Porém, a alteração da fórmula, se mantido o contrato, deveria ser realizada mediante acordo com a concessionária, por meio de aditivo contratual.

1.4.14 Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro

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, **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 sem o correspondente equilíbrio-econômico financeiro do mesmo.**

1.4.15 Fiscalização Deficiente do Poder Concedente

Ainda que reconhecidas as dificuldades administrativas e de pessoal da Arsi, a fiscalização no Sistema Rodovia do Sol, no período de 2010 a 2013, mostrou-se deficiente quanto a alguns aspectos operacionais da prestação do serviço

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

(retratados no item 3.12 da ITC) essenciais para caracterizar a prestação adequada do serviço. A agência reguladora carece de instrumentos próprios de verificação das informações operacionais prestadas pela concessionária, a fim de conferi-las caráter de confiabilidade e integridade, necessários a sua posterior validação.

Assim, as informações do sistema de arrecadação, o intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa, o intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabine de cobrança e a fluidez do tráfego do Sistema Rodovia do Sol eram aceitas de plano, sem qualquer verificação posterior ou instrumento de validação.

1.4.16 Obras executadas com qualidade inferior à contratada

Quanto às obras de engenharia executadas visando a prestação do serviço no sistema rodoviário concedido, restou demonstrada a execução sem o cumprimento das normas técnicas e contratuais **(item 3.15 da ITC)**, não alcançando a qualidade efetivamente contratada, especificamente quanto às características geométricas da plataforma rodoviária (sobretudo quanto à sua classe) e quanto à conformidade do pavimento às normas técnicas (no que tange ao seu dimensionamento e aos controles tecnológicos), nos termos do extensamente explicitado no Apêndice Q da ITC, fls. 25671 e seguintes .

Portanto, compete à concessionária realizar as intervenções (obras e serviços de engenharia) necessárias para adequar o trecho concedido aos critérios de qualidade previstos no Contrato, ou ainda, a aplicação de solução econômico-financeira visando evitar o enriquecimento sem causa da contratada e a readequação da tarifa.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1.4.17 Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria

Ainda restou comprovado, por meio de documentos trazidos pela Rodosol S.A e pela manifestação do DER/ES, que as 25 pendências do Termo de Vistoria, referente às obras de duplicação da ES-060 (trecho entre a interseção com a Rodovia Darly Santos e Setiba), cuja realização implicaria na emissão do Termo de Recebimento Definitivo, foram devidamente cumpridos **(item 3.14 da ITC).**

1.4.18 Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio

1.4.19 Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol

O sobrepreço da proposta, e por consequência, da tarifa **(item 3.16 da ITC)**, resultando numa Taxa Interna de Retorno (TIR) elevada, superior à declarada pela concessionária na apresentação de sua proposta, repercutiu negativamente no contrato. A tutela contratual de uma relação materialmente desequilibrada, onerando excessivamente os usuários e descumpridora do Princípio do Equilíbrio, norteador da fixação da tarifa, resulta em clara violação à modicidade tarifária, esculpida no art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95.

Apenas a título de comparação, enquanto a TIR não alavancada prevista na proposta alcança 16,80%, refletindo as condições da economia brasileira da época da contratação, o TCU, por meio dos Acórdãos 2.104/2008-TCU-Plenário e 2.927/2011-TCU-Plenário, utilizando estudos do Ministério da Fazenda (Nota Técnica Conjunta SEAE/STN/MF 64, de 2007), considera que tal taxa deveria estar situada, atualmente, no máximo, a 8,95%. Se lembrarmos que a TIR efetiva calculada na ITC **(item 3.17) alcança 24,59%,** fica patente a ausência de razoabilidade da taxa de retorno praticada.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Ademais, as alegações trazidas pela concessionária, que se cingiram, principalmente, aos valores do sobrepreço apurados a partir dos cálculos efetuados a título de Benefícios e Despesas Indiretas – BDI, não se mostraram capazes de ilidir o achado de auditoria, conforme fundamentação exposta no item **3.16 da ITC**.

Todos os achados discriminados anteriormente consolidam o entendimento conclusivo explicitado pelo corpo técnico na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015, antes da sustentação oral da Concessionária, cujos pontos principais passo a explicitar.

Parte dos achados de auditoria mantidos (itens 3.1 a 3.5 da ITC, referentes aos itens 2.2 a 2.6 da RAE), dizem respeito à análise de vícios presentes no Edital de Concessão de Serviço Público 1/98, que repercutiram na validade do contrato de concessão, na forma do art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93, ou oriundo do próprio contrato.

Tais irregularidades, além de restringir o caráter competitivo do certame licitatório, prejudicaram o cumprimento pleno da finalidade da concessão do serviço público, qual seja, sua prestação de forma adequada aos usuários, na forma preconizada pelo art. 175, parágrafo único, IV, da CRFB/88 c/c art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95.

Desse modo, **é dever da ARSI**, em face de sua competência legal e atribuições conferidas através do Terceiro Termo Aditivo Contratual, **realizar, no exercício da autotutela administrativa, a anulação do Contrato de Concessão de Serviço Público 1/98, e**m vista dos patentes vícios observados no edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98, que, conforme sobejamente exposto nos itens 3.1, 3.2, 3.4 e 3.5 da ITC, são considerados insanáveis e fulminam de nulidade absoluta o contrato.

Ressalta-se que, no bojo de cada achado de auditoria, em que havia sugestão de nulidade contratual feita pela equipe técnica, foi realizada a análise cabível referente ao vício do ato ou do contrato administrativo e a possibilidade de convalidação.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Já tendo sido demonstrada a ocorrência de motivação suficiente para a declaração da nulidade do Contrato 1/98, coube ao item 3.17 da ITC discutir a existência de desequilíbrio econômico-financeiro e a possibilidade de reequilíbrio contratual.

Importante destacar que a cumulação das irregularidades anteriormente narradas já indicaria a direção da nulidade contratual, sequer havendo espaço para reequilíbrio, que só seria possível caso não fossem encontrados vícios insanáveis na licitação e na execução do contrato (expostos ao longo da ITC).

Ocorre que o RA-E 10/2014 discutiu essa questão, já antevendo o fato de que, caso não fosse possível o reequilíbrio, seria necessária a avaliação econômico-financeira do ajuste, com o objetivo de apurar eventual débito ou crédito da Concessionária face à possível declaração de nulidade contratual. Assim, coube à ITC confrontar a posição da equipe de auditoria com as alegações dos notificados.

Da análise do RA-E, verificou-se que a equipe técnica apontou uma série de eventos (denominadas de "ocorrências") que fizeram com que a concessionária deixasse de aportar ao sistema 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, capitalizado pela TIR do contrato (16,80%) e atualizado até 2013 monetariamente pela variação do índice paramétrico contratualmente previsto, teria gerado a monta de **cerca de 798 milhões de reais, que seria um "ganho superior ao que justamente caberia" à Rodosol**.

A Equipe de Auditoria ainda calculou a **receita estimada até o final do contrato, chegando 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),** o que significaria que se a concessionária operasse sem remuneração até o fim do prazo contratual, ainda assim não geraria receita suficiente para cobrir o valor auferido a maior.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Manifestaram-se a Arsi e a Rodosol e ambas declararam que jamais tinham calculado desequilíbrio financeiro de tal magnitude.

A Arsi citou trabalho anterior da FGV e a Rodosol criticou a metodologia utilizada pela Equipe de Auditoria, alegando, principalmente, que os trabalhos não teriam considerado a matriz de risco do contrato e teriam suprimido indevidamente o BDI das obras realizadas.

Muito embora toda essa questão esteja melhor esclarecida no **item 3.17 da ITC**, cabe, nesta conclusão, resumir a posição da ITC.

Quanto ao trabalho citado pela Arsi, este utilizou metodologia consagrada no âmbito das concessões e PPPs, que parte da premissa que todos os compromissos assumidos contratualmente foram cumpridos (investimentos previstos realizados, custos corretamente estimados na proposta, etc.).

A partir desses valores da proposta, tidos como efetivamente realizados, verifica-se a ocorrência de eventos imprevistos que afetaram a rentabilidade do contrato e se calcula o reequilíbrio.

Tal metodologia não inclui, por exemplo, auditoria in loco para verificar se todas as obras foram realizadas ou se o contrato foi cumprido à risca. Aliás, nem caberia à contratada fazer isso, uma vez que seria obrigação do Poder Concedente, no caso aqui tratado, o DER e a ARSI.

Quando se contrata uma empresa para se calcular o desequilíbrio do contrato, cabe a esta apenas calcular a repercussão financeira dos eventos que o desequilibraram, não sendo sua responsabilidade fiscalizar a execução (que é tarefa precípua do contratante).

Melhor explicando: se ao longo do contrato o Poder Concedente exigir a construção de uma passarela não prevista inicialmente, esse é um evento que onera a concessionária e é fator de reequilíbrio. Ao se contratar uma consultoria na área econômico-financeira para efetuar o cálculo desse reequilíbrio, para saber

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

qual o impacto disso na tarifa do pedágio, geralmente a contratada não vai analisar a obra em si, os seus custos, seus parâmetros de qualidade ou se atendeu ao exigido pelo Poder Concedente. **Isso é tarefa do governo, cabendo à consultoria apenas o cálculo do efeito financeiro, partindo dos valores apresentados pela concessionária e aprovados/conferidos pelo Poder Concedente**.

No caso aqui analisado, o Poder Concedente (representado inicialmente pelo DER e, posteriormente, pela Arsi) **não fiscalizou a contento o contrato**, possibilitando o desequilíbrio e isso só restou constatado após a atuação do controle externo (TCEES), que verificou vícios insanáveis desde a origem (licitação, elaboração da proposta comercial, dentre outros) até sua execução (p.ex., alteração de obras contratadas sem validação dos custos perante as tabelas referenciais de engenharia).

Assim, embora correta dentro de sua esfera de atuação, a metodologia da consultoria citada pela Arsi não serve como parâmetro de comparação com a atuação do TCEES pela profundidade da análise de uma e de outra instituição.

Quanto ao alegado pela Rodosol, relativamente a não consideração do BDI, a ITC, nos Apêndices B.2, D.1, D.3, D.4, D.6, D.8 e D.14, demonstra que as parcelas que o compõem foram contempladas nos demais quadros da proposta.

A concessionária também criticou a metodologia da equipe que teria negligenciado a matriz de risco do contrato. Em breve resumo, segundo essa alegação, o que fosse contratualmente considerado risco integral da concessionária não poderia ser levado para cálculo de reequilíbrio.

Nesse sentido, os investimentos, desapropriações e despesas operacionais (incluindo mão de obra) seriam, na ótica da Rodosol, risco integral dela, sendo os valores constantes na proposta comercial meramente referenciais, jamais podendo ser considerados para fins de reequilíbrio, pois, se efetuados em valores acima do orçado, seriam ônus da empresa, mas se executados abaixo dos valores previstos, seriam o bônus da concessionária, fruto de sua eficiência.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A tese é correta e amplamente aceita no âmbito das análises das concessões e PPPs. Inclusive a ITC concorda com essa afirmação, tanto que acatou os argumentos quanto às despesas operacionais (incluindo mão de obra). **Isso reduziu o valor que teria deixado de ser investido, que foi inicialmente apurado em 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 R$ 17.383.274,75 (dezessete milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e setenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), com data-base em outubro de 1998**.

No entanto, analisando o Contrato 1/98, verificou-se a existência de cláusulas que protegiam a concessionária do risco das desapropriações e dos investimentos, de forma que não **ficou configurado que tais despesas seriam de risco integral da concessionária.** Não sendo risco integral, cabe analisar o custo alegado dos investimentos frente às tabelas referenciais apropriadas (como fez a equipe de auditoria), bem como glosar os valores não comprovados com gastos em desapropriações.

Ademais, importa deixar claro que mesmo que interpretássemos os investimentos como sendo de risco integral da concessionária, há determinação do TCU (vide Acórdão 346/2012 – TCU – Plenário, item 9.1.1) no sentido de que se alguma obra, prevista na proposta original, for substituída ao longo da execução contratual, a nova obra deve ser avaliada segundo as tabelas referenciais de engenharia e os valores levados ao fluxo de caixa para fins de reequilíbrio.

No caso do Contrato 1/98, todas as obras analisadas pela equipe sofreram alterações substanciais se comparadas ao inicialmente previsto na proposta comercial (conforme demonstrado no item 3.17 da ITC). Sendo assim, independente da questão do risco, correto foi o procedimento do TCEES quanto à reavaliação das obras que serviram de amostra na auditoria.

Voltando à questão da atualização dos valores do desequilíbrio: **enquanto o RA-E 10/2014 apontou que a diferença encontrada, de R$ 22.637.724,97, com data-**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

base em outubro de 1998, correspondia a um VPL de cerca de 798 milhões de reais, em 2014, a ITC acatou parcialmente argumento da Rodosol, de forma que a diferença caiu para R$ 17.383.274,75, com data-base em outubro de 1998.

Utilizando-se o mesmo procedimento do RA-E 10/2014, capitalizando essa diferença pela TIR do contrato (16,80%) e atualizando monetariamente pela variação do índice paramétrico contratualmente previsto, **encontramos um VPL de cerca de R$ 613.388.613,57**.

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.**

Diante do exposto, **evidencia-se a nulidade do Contrato de Concessão de Serviço Público 1/98, diante dos vícios insanáveis apurados, e o patente desequilíbrio econômico-financeiro da relação contratual.**

Por fim, o entendimento conclusivo explicitado pelo corpo técnico na Instrução **Técnica Conclusiva ITC 308/2015** é finalizado com uma **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO constantes às fls. 25.260-25.274 (vol. CXIV)**.

1.5 – Manifestação do Ministério Público de Contas

Em sintonia com o rito processual estabelecido pelo Regimento Interno do TCEES, passo a destacar parte da manifestação do Órgão Ministerial consubstanciada no parecer **PPJC 4365/2015** (fls. 25768-25829, vol. CXVI), conforme se transcreve:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

I – RELATÓRIO

(...)

III - MÉRITO

III.1 - DA PRESCRIÇÃO

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

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

Não obstante, importante salientar que, conforme art. 71, § 5º, da Lei Complementar n° 621/2012, "a prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a **verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas**".

➔ **DO ART. 374 DO REGIMENTO INTERNO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS**

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ANÁLISE TÉCNICA DOS ACHADOS DE AUDITORIA

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

Desta feita, em princípio, o **Ministério Público de Contas** anui à proposição da área técnica constante na ITC 308/2015 e, para evitar repetições desnecessárias, ante a percuciente e luzidia análise dos apontamentos pelo NEC,

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

tecem-se somente argumentos adicionais, seguindo o entendimento expresso na ITC 308/2015 quanto às irregularidades omitidas na presente manifestação ministerial.

3.1 (...)

3.15 OBRAS EXECUTADAS COM QUALIDADE INFERIOR À CONTRATADA

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

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

> "Quanto à classe rodoviária (seção Q.1) significativa parcela do produto foi entregue pela Concessionária em qualidade inferior à contratada pela administração e remunerada pelos usuários: 20,73% (vinte por cento e setenta e três centésimos por cento) no trecho entre Setiba e a interseção com a Rodovia Jones dos Santos Neves, e 11,03% (onze por cento e três centésimos por cento) no trecho entre a interseção com a Rodovia Jones dos Santos Neves e Meaípe.
>
> Nesse sentido, para a adequação do contorno de Guarapari são necessárias intervenções (obras) de engenharia de forma a obter a inclinação máxima de 4% (quatro por cento)."
>
> [...]
>
> Quanto o dimensionamento do pavimento (seção Q.2) verifica-se já nos desenhos técnicos, "relatório de projeto" e "memória justificativa" – componentes do projeto elaborado pela Concessionária – a indicação de espessuras de camada de revestimento em concreto betuminoso que não equivalem à qualidade do produto contratada pela administração e remunerada pelos usuários: indicação de 5 cm (cinco centímetros) de espessura nos eixos principais, portanto, 50% (cinquenta por cento) inferior aos 10 cm (dez centímetros) necessários no trecho entre a interseção com a Rodovia Darly Santos e Setiba – duplicação da ES-060; indicação de 5 cm (cinco centímetros) nos eixos principais, portanto, 33% (trinta e três por cento) inferior aos 7,5 cm (sete centímetros e meio) necessários no trecho Contorno de Guarapari.
>
> Nesse sentido, para a adequação da duplicação da ES-060 e do contorno de Guarapari são necessárias intervenções (obras) de engenharia de forma que toda a área revestida com concreto betuminoso tenha, respectivamente, 10 cm (dez centímetros) e 7,5 cm (sete centímetros e meio) de espessura.
>
> [...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Por último, quanto aos controles tecnológicos (seção Q.3) todas as camadas constitutivas do pavimento, executadas pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, comprovadamente (resultados obtidos através de ensaios tecnológicos nos vinte pontos investigados pela equipe de Auditoria), apresentam problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem, o que não atende aos critérios de qualidade contratados pela administração e remunerados pelo usuário.
>
> Nesse sentido, para a adequação do trecho concedido são necessárias intervenções (obras) de engenharia de forma que todas as camadas de sub-leito, sub-base e base, constitutivas do pavimento, alcancem os critérios definidos pelas normas técnicas.
>
> [...]
>
> Muito importante reproduzir, com destaque, que **embora a entrega de obras que não atendam à qualidade contratada seja um evento causador de desequilíbrio do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 do DER/ES, nesta Instrução Técnica Conclusiva (especialmente, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro realizada nesta Instrução Técnica Conclusiva) ela não foi uma das ocorrências consideradas e tal montante não está contido na irregularidade descrita no item 3.17**. Portanto, a eventual realização dessas intervenções indispensáveis à adequação da rodovia aos parâmetros mínimos de qualidade exigidos no PER não alteram os valores paradigmas admitidos nesta Instrução Técnica Conclusiva. Isto porque os valores paradigmas foram obtidos pela equipe de auditoria tomando por base as obras efetivamente realizadas, como se dentro dos parâmetros exigidos estivessem, o que não se verificou.

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

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

3.16 SOBREPREÇO DA TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO

Em síntese, no item é apontado o sobrepreço no valor do limite máximo da Tarifa Básica de Pedágio fixado em R$ 0,95 (noventa e cinco centavos de real) pelo Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos 1/98, e no valor da Tarifa Básica de Pedágio proposto em R$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real)

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

pela licitante vencedora, configurando em descumprimento ao princípio da modicidade tarifária, esculpido no artigo 6º, § 1º, da Lei nº. 8.987/1995.

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

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

3.17 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Pois bem.

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

Quanto à questão do contrato de concessão já ter sido analisado, ainda que por fator externo – Fundação Getúlio Vargas-FGV, não merece prosperar, uma vez que, de fácil compreensão, a análise empreendida pela equipe auditora fora de profundidade abissal, em cotejo ao da FGV, *verbis:*

> Fica evidenciado que o processo em epígrafe visava apenas e tão somente: **verificar a legalidade da desobrigação conferida à RODOSOL de não recolher a outorga aos cofres do DER/ES**, promovida pelo 2.º Aditivo do Contrato 1/98; **a adequação do serviço prestado pela Rodosol** e **a atuação do DER/ES na fiscalização da concessão**.
>
> Logo, percebe-se que o Processo TC 4.574/09 não abrangeu o escopo da auditoria atual, que trata da licitação, da execução de todo o período contratual e da possibilidade de se reequilibrá-lo ou não. Logo, a utilização da mesma metodologia da FGV no Processo TC 4.574/09 atendia ao proposto naquela auditoria, em nada conflitando com o processo atual.
>
> Quanto à metodologia da FGV, verificamos que esta consiste em definir a condição de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão mantendo a mesma TIR do projeto apresentado na Proposta Comercial da licitante vencedora, ao longo da vigência do contrato.
>
> Melhor explicando: parte-se da proposta vencedora, mantendo-se todos os valores nela apresentados, que representam a equação econômico-financeira (TIR, receitas, custos e investimentos); insere-se os eventos ocorridos após a celebração do contrato e verifica-se se estes eventos causaram algum desequilíbrio, reduzindo ou aumentando a TIR contratada. Sendo constatada alteração na TIR, reestabelece-se o equilíbrio, normalmente variando a tarifa do pedágio.
>
> [...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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[21].

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

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

Cabe-nos, então, verificar o disposto no Contrato 1/98 acerca dessas ocorrências, quanto à alocação do risco, concordando com a tese da defesa da Rodosol de que os itens cujo risco for integralmente suportado pela concessionária não podem ser alvo de reequilíbrio, devendo ser mantidos os valores da proposta original[22].Seguem as cláusulas contratuais que tratam do risco e o nosso comentário a respeito.

Cláusula XII

Da Assunção de Riscos

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

[21] Fls. 25.226/25.227
[22] Fl. 25.234

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[g. n.]

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

Cláusula XIII

Do Risco Geral de Trânsito

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

[g. n.]

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

Cláusula XX

Da Revisão da Tarifa Básica

[...]

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

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

[...]

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

[g. n.]

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

[...]

Analisando apenas essa cláusula contratual, poderíamos entender que a interpretação da empresa seria bastante razoável. Ocorre que há outra cláusula

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

contratual que transfere o risco de todos os investimentos ao Poder Concedente, contrariando a tese apresentada pela defesa de que o risco desse tipo de investimento era da concessionária:

> Cláusula LXI
>
> DO PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL
>
> 1. **As obras e serviços a serem executados pela CONCESSIONÁRIA são os especificados no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL**, anexo a este CONTRATO.
>
> 2. **Essas obras e serviços devem ser executados** nos prazos fixados nos cronogramas constantes do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, **de acordo com os projetos básicos e as condições ali estabelecidas**.
>
> [...]
> 5. **Qualquer modificação nos encargos estabelecidos** no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL **deverá ser previamente solicitada pela CONCESSIONÁRIA** [...].
>
> [...]
>
> 7. **Caso as modificações aludidas nos itens anteriores importem em acréscimo de custos nos encargos da CONCESSIONÁRIA, a solicitação deverá ser acompanhada de "Relatório Técnico" com a demonstração dos correspondentes impactos**, na forma prevista neste CONTRATO.

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

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

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Cláusula LXV

Da Fiscalização da Concessão
[...]

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

[...]

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

[g. n.]

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

- **Duplicação ES-060 – Trecho Rodovia Darly Santos – Setiba**: este trecho representava **20,64% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. À exceção dos trechos urbanos, a concepção da duplicação foi pelo bordo da pista, de forma oposta ao previsto, duplicação pelo eixo. Explicando de forma didática e simplificada: em diversos trechos a proposta previa a construção de outras duas pistas paralelas à já existente (duplicação pelo eixo), mas foi mantida a estrada original e construída apenas mais uma, paralela (duplicação pelo bordo). Além disso, verifica-se alteração significativa no viaduto de acesso à Setiba. Outra modificação relevante refere-se à adequação do traçado para aproveitamento do viaduto no entroncamento com a Rodovia Darly Santos (o desenho original para a duplicação da rodovia previa que a concessionária construísse um viaduto no local, mas o Poder Público acabou construindo o viaduto, o que beneficiou a empresa);

- **Duplicação ES-060 – Trecho Graçaí – Meaípe**: este trecho representava **2,24% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

- **Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Praia de Graçaí (terraplanagem e pav. 1ª pista)**: este trecho representava **19,87% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

- **Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Praia de Graçaí (pav. 2ª pista)**: este trecho representava **8,47% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

- **Interligação Av. Carlos Lindemberg – Terceira Ponte**: este trecho representava **4,12% do valor total das obras de ampliação e**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

recuperação. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

 Conservação especial: este item representava **25,84% do valor total das obras de ampliação e recuperação**. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção desta natureza;

 Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Rod. Jones Santos Neves - Rodovia Duplicada: Trecho incluído pelo novo traçado (**posterior à assinatura do contrato**) proposto para o contorno de Guarapari. Novo traçado indica trecho totalmente distinto do previsto.

 Contorno de Guarapari - Trecho Rod. Jones Santos Neves – Meaípe - Rodovia Duplicada: Trecho incluído pelo novo traçado (**posterior à assinatura do contrato**) proposto para o contorno de Guarapari. Novo traçado indica trecho totalmente distinto do previsto.

Assim, **fica evidenciado que houve alteração nos investimentos inicialmente previstos e mesmo se acatada a tese de que estes seriam risco integral da concessionária, tais investimentos devem ser avaliados pelo preço constante nas tabelas referenciais de obras de engenharia** e não pelos valores propostos, demonstrando que a equipe de auditoria agiu acertadamente[23].

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

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

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

Vejamos o disposto no Contrato 1/98:

Cláusula XX

Da Revisão da Tarifa Básica

[...]

[23] Fls. 25.234/25.241

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 3. **Qualquer alteração nos encargos** da CONCESSIONÁRIA **importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO**.
>
> 4. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:
>
> [...]
>
> d) **sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação** de bens imóveis, [...] **desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado**;
> [g. n.]

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

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

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

A Ocorrência 5, que trata das perdas decorrentes da isenção do pedágio dos ônibus do Sistema Transcol, foi criticada pela Rodosol, que apresentou valores que ela entende como corretos. No entanto, não assiste razão à concessionária, conforme discutido no Apêndice O desta ITC, Ocorrência 5[24].

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

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

[24] Fls. 25.242/25.243

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

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

> Por fim, quanto à alegação de que os **investimentos adicionais** (fl. 14872, volume LXVI) supostamente não foram considerados pela equipe de auditoria verifica-se o que segue:
>
> - Investimentos denominados "Passagem em Desnível para Acesso à Região de Terra Vermelha", "Passagem em Desnível para Acesso à Região de Interlagos", "Ponte sobre a Avenida Carioca", "Modificação do Acesso ao Bairro Santa Paula", e "Execução de Marginais na Região de Ponta da Fruta": aparentemente a afirmativa de que tais investimentos teriam sido desconsiderados denota falta de entendimento quanto à metodologia adotada pela equipe de auditoria por ocasião da avaliação dos investimentos. Primeiramente, porque a avaliação foi feita tomando por base o projeto executivo desenvolvido pela própria Concessionária, que contemplava, por óbvio todas as intervenções de fato realizadas. Portanto, todos os serviços realizados, desde que contemplados pela amostragem realizada, foram considerados e valorados. Depois, porque as duas passagens de nível supostamente não consideradas encontram-se expressamente valoradas, conforme se observa nas tabelas 17, 18 e 19 (fls. 10.601-10.603, volume XLV) do Relatório de Auditoria;
>
> - Investimentos denominados "Custos Adicionais Decorrentes dos Serviços de Iluminação da Rodovia" e "Serviços Adicionais Demandados pela Comunidade", e, parcialmente, "Condicionantes ambientais": conforme parecer expedido pelo Departamento de Edificações, Rodovias e Transportes - DERTES (fls. 14.970-14.973, volume LXVII) em análise do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro que gerou o 1º termo aditivo tais acréscimos foram negados, não tendo sido contemplados naquele aditivo. Não tendo sido admitidos tais investimentos pelo Poder Concedente, não haveria razão para considerá-los na valoração dos investimentos realizados;
>
> - Investimentos denominados "Condicionantes ambientais" e "Projeto": estão contemplados em pleito de reequilíbrio econômico-financeiro da Concessionária, consubstanciado no ofício CT/DIR/PRES/139/2012 (fls. 14.884-14.889, volume LXVI) que trata de "Pedido de revisão do Contrato de Concessão", ainda não respondido pela Administração Pública por ocasião da Auditoria, portanto, não compunham o quadro de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

investimentos valorados e, por óbvio, não poderiam ter sido considerados na valoração paradigma dos investimentos.

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

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

Ao se descontar os saldos anuais do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), obtém-se o Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 – "zero" (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a R$ 17.383.274,75 (dezessete milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e setenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), com data-base em outubro de 1998.
Registre-se que, no Relatório de Auditoria, a Equipe capitalizou a diferença encontrada, de R$ 22.637.724,97 (vinte e dois milhões, seiscentos e trinta e sete mil, setecentos e vinte e quatro reais e noventa e sete centavos), com data-base em outubro de 1998, pela TIR do contrato (16,80%), encontrando um valor de cerca de 798 milhões de reais, em 2014.

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

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

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

IV - DA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

Já quanto ao preenchimento do requisito do *periculum in mora,* bem como do receio de dano irreparável, observa-se que o dano perpetua-se dia a dia com a nefasta efetivação do contrato, clamando urgência e deve ocorrer com a presteza necessária para que, uma vez concluído, propicie, o quanto antes, o retorno da legalidade tanto para a administração quanto para os usuários da ponte e da rodovia, um atendimento balizado pela real competitividade que deveria ter sido feita no certame e objetivamente compatível com "*as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*", referidas no art. 6º, §1º, da Lei Federal n.º 8.987/1995.

V - CONCLUSÃO

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

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

2 - não cumprida à determinação dessa Corte de Contas, seja comunicado o fato à Augusta Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, sem prejuízo de multa, sendo que esta não tome as medidas cabíveis, o Tribunal de Contas decidirá a respeito[25].

[25] Art. 71 O controle externo, a cargo da Assembléia (sic) Legislativa ou da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ao qual compete:
[...]
XI - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembléia (sic) Legislativa ou à Câmara Municipal;
[...]
§ 2º - Se a Assembléia Legislativa, a Câmara Municipal ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior o Tribunal de Contas decidirá a respeito.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

1.6 – Sustentação Oral

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 autos[26]. Registre-se que os demais solicitantes não empreenderam sustentação oral.

Às fls. 25.906-25.912 (vol. CXVI) encontram-se as notas taquigráficas referentes à sustentação oral do patrono da Concessionária Rodovia do Sol S.A. Já às fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) encontram-se juntados: i) o documento de fls. 25923-26004 (vol. CXVII), intitulado pela Rodosol como *"[...] complementação das suas razões de defesa [...]"*[27]; ii) o documento de fls. 26.006-26.057 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 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

[26] Instrumento procuratório à fl. 25862 (vol. CXVI).
[27] Conforme requerimento de fls. 25920-25921 (CXVII).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 oportunização de produção de sustentação 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 manifestação dos demais solicitantes, razão pela qual, na forma do § 6º do art. 327 do RITCEES, declarou-se preclusa a oportunidade dos requerentes faltantes, bem como, foi solicitada a juntada da documentação produzida na fase de defesa oral, sendo então incluídos os documentos de fls. 25.923-26.004 e 26.006-26.057 (vol. CXVII), suprarreferidos, que haviam sido apresentados pela Concessionária Rodovia do Sol S.A em 15/02/2016[28], ou seja, na véspera da sessão plenária então designada para o julgamento da presente Representação, então marcada para 16/02/2016.

Na documentação apresentada pela Concessionária tem-se o requerimento de fls. 25.920-25.921, 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 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 abjeta 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. 26.006-26.057, vol. CXVII).

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1.7 – Manifestação Técnica (após a sustentação oral)

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. 25.906-25.912 (vol. CXVI), e a juntada da documentação anteriormente[29] apresentada pela Concessionária e que se encontra às fls. fls. 25.923-26.004 e 26.006-26.057 (vol. CXVII), se emitiu a **Manifestação Técnica 00516/2017-1** às fls. 26.078-26.360 (vols. CXVII e CXVIII), por intermédio da qual o corpo técnico – **considerando** *"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" e "ii) a ocorrência do fenômeno da preclusão, aperfeiçoado quando da apresentação das justificativas em resposta à citação"* –, **examinou** *"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 de "eventuais matérias de ordem pública, visto que não precluem"*.

Sob este viés, a análise empreendeu-se da seguinte forma:

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA

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. 25.923-26.004 (vol. CXVII)

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. 25.923-26.004 (vol. CXVII)

3.3 Da Decadência– Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) e na sustentação oral realizada perante o Plenário desta Corte

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

3.4 Da Coisa Julgada Administrativa – Preliminar apresentada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII) e na sustentação oral realizada perante o Plenário desta Corte

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

4.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado.

4.3 Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno

4.4 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas

4.5 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória

4.6 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

4.7 Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação

4.8 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

4.9 Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo

4.10 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte

4.11 Expedição ilegal de licença ambiental prévia

4.12 Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro

4.13 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais

4.14 Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização

4.15 Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

4.16 Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro

4.17 Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

4.18 Obras executadas com qualidade inferior à contratada

4.19 Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio

4.20 Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol

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

5.1.1 Atraso na homologação de reajustes

5.1.2 Redução da tarifa da Terceira Ponte

5.1.3 Suspensão da cobrança de tarifa na Terceira Ponte

5.1.4 Isenção do pagamento de tarifa dos veículos do Sistema Transcol

5.1.5 Ganhos e perdas no arredondamento de tarifas

5.1.6 Ganhos da Concessionária com receitas acessórias

5.1.7 Alteração de alíquota de ISS

5.1.8 Alteração de alíquota do COFINS

5.1.9 Alteração de alíquota do PIS

5.1.10 Alteração de alíquota e prazo da CPMF

5.1.11 Eliminação da outorga variável e inclusão da TRV

5.1.12 Repasse à Polícia Rodoviária

5.1.13 Eventos de investimentos

5.1.14 Desapropriações

5.1.15 Eventos de infraestrutura

5.1.16 Outros investimentos – não previstos contratualmente: projeto ampliado

5.1.17 Outros investimentos – não previstos contratualmente

5.1.18 Cenários apresentados pela perícia

6 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS – ATUAÇÃO DESRESPEITOSA DA CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Ao final, concluiu-se nos seguintes termos:

> **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[30]" 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.

1.8 – Manifestação do Ministério Público de Contas (após a sustentação oral)

Em sintonia com o rito processual estabelecido pelo Regimento Interno do TCEES, passo a destacar parte da manifestação do Órgão Ministerial consubstanciada no Parecer **PPJC 2057/2017** (fls. 26364-26371, vol. CXVIII), elaborado após a sustentação oral, conforme se transcreve:

> "O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, II, da Lei Complementar nº. 451/2008, manifesta-se nos seguintes termos.
>
> **(...)**Em síntese, trata-se de Representação aviada pelo **Estado do Espírito Santo**, representado por seu Governador e Procurador Geral, à época, em conjunto com o **Ministério Público do Estadual** e com a **Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI)**, representada pelo seu então Diretor Geral, Sr. Luiz Paulo de Figueiredo.
>
> Denota-se da **Instrução Técnica Conclusiva – ITC 308/2015**[31] que o corpo técnico opinou, em suma, 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", propondo, outrossim, que essa Colenda Corte defina prazo para que a ARSI proceda à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol).
>
> É sucinto o relatório. Passa-se a análise.
>
> O corpo técnico inicia sua manifestação analisando as preliminares aduzidas, notadamente o pedido de **"suspensão impositiva" do presente processo em**

[30] Fls. 26.006-26.057, vol. CXVII.
[31] Fls. 24.628/25.274.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

razão de ação judicial em curso (fls. 25923-26004 vol. CXVII e **item 3.1 da MT 00516/2017-1**), preliminar que, desde já, também se afirma dever ser rejeitada.

Ora, o Tribunal de Contas, amparado na sua competência, age como órgão autônomo, no exercício de uma atividade própria, prevista na Constituição. As atribuições das Cortes de Contas estão previstas nas Constituições, Leis e Normas *Secundum Legis*, nelas incluindo, não por delegação ou por autocomposição, o poder de julgar e decidir como uma atividade própria, precípua e especial - para isso foram criadas.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, baseado na harmonia entre os poderes, visando um equilíbrio entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, instituições sólidas e que devem ser respeitadas, principalmente quando manifestam suas decisões retiradas da norma jurídica constitucional.

A lógica desse raciocínio emana diretamente do art. 2º da Constituição Federal, segundo o qual "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*". Extrai, portanto, seu substrato no Princípio Republicano, no Estado Democrático de Direito e no Princípio da Separação dos Poderes.

Assim, independentemente do julgamento pelos demais poderes não há exclusão, de forma alguma, da competência das Cortes de Contas, ainda que relativo aos mesmos fatos. Pelo contrário, ressalta-se **a independência das instâncias**. **Não importa a decisão que vier a ser dada pelo Poder Judiciário, cada uma há que prevalecer no âmbito de suas competências. A jurisprudência, inclusive dessa Egrégia Corte, é farta e pacífica neste sentido** (v. g., STF – RTJ, 43: 151; TCU – Acórdão 4226/2010).

Ambos os órgãos, Poder Judiciário e Tribunal de Contas, exercendo suas competências constitucionais típicas, podem fazer a interpretação autônoma do direito aplicável à espécie, sem que a decisão de um condicione a do outro.

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

Aliás, no que se refere aos **princípios do contraditório e da ampla defesa, a Concessionária Rodovia do Sol S. A. também sustenta, em preliminar, a sua violação (item 3.2 da MT 00516/2017-1)**, fundamentando que não foi "[...] intimada para apresentar defesa acerca da ITC 308/2015, mas tão somente da Instrução Técnica Inicial [...]".

O rito previsto no Regimento Interno dessa Corte de Contas é claro ao estabelecer, no *caput* do art. 322, que "as alegações de defesa e as razões de justificativa serão admitidas dentro do prazo determinado na citação", que ocorre após e com fundamento na Instrução Técnica Inicial[32], tendo sido regularmente empreendida nos presentes autos, tanto que, como afirmado pelo corpo técnico "**a Rodosol teve a concessão, pela Relatoria, de prazo em dobro para a apresentação de sua peça contestatória**, cabendo o registro de que a

[32] Art. 316. Finalizado o relatório, a unidade técnica competente elaborará instrução técnica inicial, que apontará os indícios de irregularidades detectadas, a responsabilidade individual ou solidária pelo ato inquinado e, se for o caso, quantificará o dano causado ao erário, com proposta de conversão do processo em tomada de contas especial, sem prejuízo de outras proposições a serem dirigidas ao Relator.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Concessionária não foi 'citada', mas sim 'notificada' para a apresentação de suas teses de defesa, vez que figura como terceira interessada na presente relação processual".

Destarte, não houve qualquer violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Também não há que se falar em **decadência da possibilidade do Estado anular ou extinguir o Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98** (fls. 13.316-13.402, vol. LIX - **item 3.3 da MT 00516/2017-1**). Embora já tenha decorrido mais de 5 (cinco) anos desde a celebração do Contrato, o termo inicial para contagem do prazo decadencial no contrato de concessão de serviço público é o término dos efeitos do ajuste contratual, como restou consignado na ITC.

Ademais, atos absolutamente nulos, como no caso ora analisado, não podem ser convalidados pelo decurso do tempo através do instituto da decadência, tendo o corpo técnico citado diversas doutrinas nesse sentido e, inclusive, decisão do Excelso Pretório, *in verbis*:

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 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).

No que se refere à alegação de **Coisa Julgada Administrativa** (**item 3.4 da MT 00516/2017-1**), a RODOSOL fundamenta que, sobre os fatos objeto dos presentes autos, essa Egrégia Corte já se manifestou por intermédio do Processo TC 4574/2009.

Ocorre que, no caso vertente, conforme amplamente fundamentado na ITC, denota-se que, entre o processo TC 4574/2009 e o presente processo, não há identidade de pedido, pois, enquanto neste se requer a análise pormenorizada de todos os aspectos do Contrato de Concessão 1/98, naquele há pedido de análise tão somente da "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", da "adequação do serviço público prestado" e da "atuação do DER/ES na elaboração e fiscalização do referido contrato de concessão".

Não há, ademais, identidade de interessados; afinal, neste a representação foi interposta pelo **Estado do Espírito Santo**, **Ministério Público do Estadual** e **ARSI,** e naquele a solicitação de realização de auditoria extraordinária foi feita pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Justiça de Contas.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Destaca-se que, nos termos utilizados pelo mestre processualista Nelson Nery Junior[33], na identidade de ações, "as partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos polos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas".

Acrescenta o autor que os fundamentos de fato compõem a causa de pedir próxima ou imediata, que "é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido. O direito em si, em tese e abstratamente considerado, não pode ser o fundamento imediato do pedido: afirmar-se ser titular de um direito não é suficiente para justificar o ingresso em juízo, pois é necessário que se diga o motivo pelo qual (fundamentos de fato) o direito está ameaçado ou foi violado. Por isso é que a causa de pedir imediata (próxima) são os fundamentos de fato, vale dizer, o que imediatamente motivou o autor, pela lesão a direito seu, a deduzir sua pretensão".

Já a causa de pedir remota é composta pelos fundamentos jurídicos, ou seja, "a autorização e a base que o ordenamento dá ao autor para que possa deduzir pretensão".

Assim, não há que se falar em identidade de causa de pedir dos presentes autos com o processo TC 4574/2009. Afinal, no âmbito dos processos de fiscalização, causa de pedir são os indícios de irregularidades, sobre os quais é o responsável citado a prestar esclarecimentos, não havendo identidade entre os apontes de irregularidades descritos no processo TC 4574/2009 e nestes autos.

Dessa forma, denota-se que, nos termos do art. 337, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, inexiste coisa julgada administrativa, uma vez que, para que se configure, **as partes devem ser as mesmas, a causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente), deve ser a mesma e o pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo.**

Destarte, todas as **preliminares** devem ser rejeitadas.

Quanto aos **indícios de irregularidades** (**item 4 da MT 00516/2017-1**), verifica-se que nos 20 (vinte) itens analisados o corpo técnico fundamentou a "inexistência de qualquer elemento novo" que pudesse levar à alteração do entendimento adotado na ITC, concluindo por manter o opinamento outrora manifestado naquela peça processual.

Sob este viés, verifica-se que a maior parte dos argumentos apresentados pela Rodosol é mera repetição da peça anterior, bem como que as teses aduzidas, consoante constatado na Manifestação Técnica 00516/2017-1, não têm o condão de afastar qualquer apontamento constante na ITC.

Por sua vez, a teor do que dispõe o art. 328 do RITCEES[34], o laudo de perícia econômica apresentado pela RODOSOL **(item 5 da MT 00516/2017-1)** pode ser considerado "documento novo". Ocorre que também não foi capaz de afastar os cálculos

[33] NERY JUNIOR, Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[34] Art. 328. Por ocasião da sustentação oral, as partes poderão juntar documento novo.
§ 1º Considera-se documento novo aquele preexistente, mas ignorado ou inacessível ou, ainda, aquele que, mesmo produzido após a defesa, contribua para a verdade material.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

do desequilíbrio econômico-financeiro revelados na ITC, objetivo para o qual o laudo foi apresentado pela defendente.

Deveras, compulsando os autos, verifica-se que a Manifestação Técnica é consentânea com o posicionamento do Ministério Público de Contas, motivo pelo qual, independentemente de transcrição, passa a fazer parte integrante deste pelos fundamentos de fato e de direito ali deduzidos.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas anui ao posicionamento da área técnica constante da **Manifestação Técnica 00516/2017-1**, reiterando *in totum* as análises, conclusões e proposta de encaminhamento registradas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015, bem como o parecer ministerial PPJC 4365/2015, sem prejuízo da supressão da palavra desrespeitosa destacada no tópico 6 da referida Manifestação Técnica e constante no documento de fls. 25.920-25.921 (Vol. CXVII) apresentado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A.

Vitória, O8 de maio de 2017
LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas

É o relatório.

2- FUNDAMENTAÇÃO

Examinando os autos, verifico que se encontram devidamente instruídos, portanto, aptos a um julgamento das questões prévias e de do mérito, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Em princípio, ressaltam-se o trabalho realizado pela equipe de auditoria retratado no **Relatório de Auditoria Especial RA-E 10/2014** bem como, a completude das alegações do corpo técnico consubstanciadas na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** e na **Manifestação Técnica - MT 00516/2017-1 (após a sustentação oral).**

Por oportuno cabe destacar que no desenvolvimento da auditoria objeto dos autos foram observadas as **Normas de Auditoria Governamental**[35] aplicáveis ao controle externo brasileiro (adotadas como normas gerais de auditoria por este

[35] INSTITUTO RUI BARBOSA. **Normas de auditoria governamental (NAGS)**: aplicáveis ao controle externo brasileiro. Tocantins: IRB, 2011. 88p.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

TCEES, conforme Resolução TC nº. 233/2012), tendo sido utilizados como referência metodológica, também, os padrões de auditoria de conformidade[36] e as orientações para auditorias de conformidade[37] definidos pelo Tribunal de Contas da União – TCU.

Portanto, compulsando os autos, verifica-se que a referida Instrução Técnica Conclusiva e a Manifestação Técnica (após a sustentação oral) **são consentâneas com o meu posicionamento, motivo pelo qual, independentemente de transcrição, passam a fazer parte integrante** deste **VOTO** pelos fundamentos de fato e de direito ali deduzidos.

Diante do exposto, corroboro com as argumentações e proposições da área técnica constantes na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** e na **Manifestação Técnica 00516/2017-1** e, para evitar repetições desnecessárias, ante a profundidade e completude da análise dos apontamentos realizados pelo corpo técnico, passo a realçar os referidos apontamentos bem como teço alguns argumentos adicionais, seguindo os entendimentos expressos nas referidas **ITC 308/2015** e **MT 00516/2017-1**.

2.1 – Análise das Questões Prévias - Preliminares

2.1.1 – Da prescrição

O Relatório de Auditoria Especial **RA-E 10/2014** tratou do tema nos seguintes termos (fls. 10.367 a 10.371):

"(...) No presente caso, tendo a licitação para a Concessão do Sistema Rodovia do Sol sido realizada em 1998, é especialmente relevante a questão relativa à existência de prescrição sob três aspectos, a saber, i) para declarar a nulidade do

[36] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria-Geral de Controle Externo. Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos. **Padrões de auditoria de conformidade**. rev. 2. Ago. 2009. In: Boletim do Tribunal de Contas da União. Ano XLIII. n. 2. 3 fev. 2010. Brasília: TCU, 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2013.

[37] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria-Geral de Controle Externo. Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos. **Orientações para auditorias de conformidade**. In: Portaria ADPLAN nº. 1, de 25 de janeiro de 2010. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2013.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

contrato; ii) para aplicar penalidades ao gestor em virtude de ilegalidades (pretensão punitiva); e iii) para reconhecer a obrigação de ressarcimento ao erário. (...)"

Observa-se, entretanto, quanto ao primeiro item "prescrição para declarar a nulidade do contrato", a existência de impropriedade terminológica.

Quanto ao aspecto referente ao poder/dever de anular o contrato administrativo, é preciso esclarecer não se tratar de prazo prescricional e sim de prazo decadencial, conforme será explicitado no item referente à decadência (item 2.1.4).

Por ora, importante asseverar, conforme salientado na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** (fls. 24.652 a 24.693), que a decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular ante o decurso do tempo. Já a prescrição extingue a pretensão do seu direito subjetivo exigível.

Por esta razão, o Poder de Autotutela, consubstanciado na prerrogativa de a Administração Pública rever seus próprios atos, por se tratar de direito potestativo, sujeita-se a prazo decadencial.

Quanto aos demais aspectos referentes à prescrição, não merece reparos o **RA-E 10/2014**, nos seguintes termos:

> "(...) Outro aspecto diz respeito à prescrição da **pretensão punitiva** do Estado em relação àquele que deu causa a alguma irregularidade, ensejadora de nulidade absoluta ou não. Nessa hipótese, adota-se o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo):
>
> Art. 71. Prescreve em **cinco anos** a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.
> § 1º. A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.
> § 2º. Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:
> I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;
> II - **da ocorrência do fato, nos demais casos**.
> § 3º. Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> § 4º. Interrompem a prescrição:
> I - a citação válida do responsável;
> II - a interposição de recurso.
> § 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. [grifo nosso]
>
> Ademais, cumpre ressaltar, como destacado pelo artigo 71, § 5º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, que a prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora desta Corte de Contas quanto à apuração de ocorrência de **dano ao erário**, nem obsta a adoção de medidas corretivas.
>
> Isso porque, de acordo com o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, não há prescrição nesse caso: "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**" [grifo nosso].
>
> No caso de adoção de medidas corretivas, a prescrição não fulmina tal possibilidade, uma vez que tais não geram responsabilidade para gestor, para fins de sanção. Trata-se apenas de uma tentativa de regularizar aquilo que compromete o bom andamento do ajuste. (...)"

O Ministério Público de Contas no **Parecer 4365/2015** (fls. 25.785 a 25.786), da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, manifestou-se em consonância com a fundamentação exarada na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015, pelo reconhecimento da prescrição, nos termos propostos pela área técnica.

Desta forma, acompanhando a fundamentação exarada no Relatório de Auditoria Especial RA-E 10/2014, na ITC 308/2015 e no Parecer 4365/2015 do Ministério Público de Contas, **reconheço a Prescrição da Pretensão Punitiva desta Corte**, com fundamento no art. 71, § 1º, da LC 621/2012, e arts. 373, caput e § 1º, bem como, 375, caput da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), **com a consequente extinção do processo com julgamento do mérito**, conforme exposto nos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.7, 3.8, 3.11, 3.15 da ITC 308/2015, em face dos senhores:

a) Jorge Hélio Leal, no que pertine aos achados de auditoria analisados nos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 e 3.11 da ITC 308/2015;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

b) Adiomar Malbar da Silva, Sérgio Luiz Coelho de Lima, Paulo Augusto Jabour de Rezende, Rogério Vasques Benezath e Edivaldo Correa de Assis, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item 3.3 da ITC 308/2015;

c) Altamiro Thomaz, no que pertine aos achados de auditoria analisados nos itens 3.7 e 3.15 da ITC 308/2015;

d) Jadir Vianna Santos, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item 3.8 da ITC 308/2015;

e) Silvio Roberto Ramos e Lúcia Vilarinho, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item 3.11 da ITC 308/2015;

f) Jorge Alexandre da Silva e Marialva Lyra da Silva, no que pertine ao achado de auditoria analisado no item 3.6 da ITC 308/2015.

2.1.2 – Da "suspensão impositiva" do presente processo em razão de ação judicial em curso

De início, cumpre esclarecer que a fundamentação a seguir exarada encontra amparo na **Manifestação Técnica MT 516/2017** (fls. 26.088 a 26.093), com a qual corroboro integralmente.

Em sua defesa oral, a Concessionária Rodovia do Sol S.A - Rodosol alega 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, da ação civil pública **1147553-37.1998.8.08.0024**, ajuizada pelo Ministério Público 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.

Argumenta também que pelo fato de ter o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Vitória determinado a realização de perícia nos autos da referida ação civil pública, estaria este Tribunal de Contas Estadual obrigado a suspender a presente relação

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

processual, pois qualquer decisão desta Corte, distinta da conclusão judicial, não poderia prevalecer.

Entretanto, tais alegações não merecem acolhida. Os Tribunais de Contas têm competência fixada constitucionalmente (art. 71 e incisos da Constituição Estadual) e apresentam-se como instância independente do Poder Judiciário. Assim, a propositura de ação judicial não obsta o regular trâmite dos processos administrativos desta Corte de Contas. Trata-se do consagrado Princípio da Independência de Instâncias.

A MT 516/2017 apresenta julgados que ressaltam a autonomia dos Tribunais de Contas :

> - Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:
>
> **"(...) 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 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)."
>
> - Tribunal de Contas da União:
>
> 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 convenente, não se prestando a substituir a devida pesquisa de preço prevista na Lei de Licitações (g.n).

- Supremo Tribunal Federal:

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, 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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 (g.n.).

O Ministério Público de Contas no Parecer exarado após a sustentação oral (**Parecer 2057/2017** – fls. 26.364 a 26.371), da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, manifestou-se em consonância com a fundamentação exarada na Manifestação Técnica, pela rejeição da preliminar de "suspensão impositiva do presente processo".

Desta forma, acompanhando a fundamentação exarada na Instrução Técnica 516/2017, e no parecer do Ministério Público de Contas, **rejeito a preliminar de "suspensão impositiva" do presente processo suscitada pela Rodosol**.

2.1.3 – Da violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa

De início, cumpre esclarecer que a fundamentação a seguir exarada encontra amparo na Manifestação Técnica MT 516/2017 (fls.26.093 a 26.097), com a qual corroboro integralmente.

A Concessionária Rodovia do Sol S.A - Rodosol alega que este Tribunal teria inobservado os princípios do contraditório e da ampla defesa consagrados no art. 5º, LV, da CF, em razão de não ter sido intimada para apresentar defesa acerca da ITC 308/2015, mas tão somente da Instrução Técnica Inicial.

De início cumpre esclarecer que a Rodosol foi regularmente notificada para exercer seu direito de defesa, na qualidade de terceira interessada, tendo apresentado argumentações e documentos que julgou pertinentes (fls. 14.329-14.431 e fls. 14.433-15.034).

<u>Importante destacar que foi inclusive concedida prorrogação do prazo para apresentação de suas razões</u>, por meio da Decisão Monocrática Preliminar DECM 463/2014 (fls. 14.237-14.240), conforme requerido.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Desta forma, **não assiste qualquer razão à Concessionária quando afirma que não lhe foi garantida a ampla defesa e o pleno exercício do contraditório.**

A Rodosol pretendia que esta Corte lhe oportunizasse também a apresentação de razões de defesa após a Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015.

Ocorre que tal pretensão não guarda consonância com o procedimento desta Corte de Contas, delineado na Lei Complementar nº 621/2012 e na Resolução TC 261/2013 – Regimento Interno.

Referidas normas apresentam a elaboração das instruções técnicas (iniciais e conclusivas) como uma das etapas do processo no âmbito deste Tribunal, conforme dispõe o art.55 da Lei Complementar nº 621/2012 (e art. 287 do Regimento Interno):

> "Art. 55. São etapas do processo:
>
> I - a instrução técnica;
>
> II - o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nas hipóteses previstas em lei ou no Regimento Interno;
>
> 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."

Desta forma, a Instrução Técnica Conclusiva constitui formalidade essencial dentro de um encadeamento procedimental lógico, com previsão normativa.

Por outro lado, o Regimento Interno estabelece ainda um momento específico para apresentação da defesa:

> "Art. 322. As alegações de defesa e as razões de justificativa serão admitidas dentro do prazo determinado na citação.
>
> (...)
>
> § 2º O Relator não conhecerá de alegações de defesa ou razões de justificativas que contrariem o disposto neste artigo. (...)"

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Assim, conforme já mencionado, a Rodosol teve a oportunidade de apresentação de defesa, **inclusive contando com a concessão, pela Relatoria, de prazo em dobro** para a apresentação de sua peça contestatória.

Registre-se ainda que a Concessionária não foi "citada", mas sim "notificada" para a apresentação de suas teses de defesa, vez que figura como terceira interessada na presente relação processual.

Observa-se ainda, da análise do disposto nos artigos 56, 57, 59 e 115 da Lei Complementar nº 621/2012 e arts. 295 até 305 e 322, caput e § 2º do Regimento Interno desta Corte de Contas, não restar contemplada fase de "defesa" ou de "réplica" à Instrução Técnica Conclusiva.

A MT 516/2017 ressaltou que a ITC 308/2015 não constitui "documento novo" a ser contraditado pela defesa, tratando-se, na realidade, de etapa processual a ser cumprida pela Área Técnica nos feitos de competência deste Tribunal, conforme preconizado no art. 287, I do Regimento Interno.

Assim, tendo em vista que a Rodosol apresentou, no momento oportuno, suas alegações de defesa, não sendo admitido pela Lei Complementar nº 621/2012 e pelo Regimento Interno desta Corte apresentação de novas argumentações após a ITC 308/2015, observa-se terem sido garantidos os direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa.

O Ministério Público de Contas no Parecer exarado após a sustentação oral (Parecer 2057/2017 – fls. 26.364 a 26.371), da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, manifestou-se em consonância com a fundamentação exarada na Manifestação Técnica, pela rejeição da preliminar de "violação do contraditório e ampla defesa".

Desta forma, acompanhando a fundamentação exarada na Manifestação Técnica 516/2017, e no parecer do Ministério Público de Contas, **rejeito a preliminar de "violação aos direitos constitucionais do contraditório e ampla defesa" do presente processo, suscitada pela Rodosol, conforme disposto na Lei**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Complementar nº 621/2012 e Resolução nº 261/2013 (Regimento Interno) desta Corte de Contas.

2.1.4 – Da decadência

De início, cumpre esclarecer que a fundamentação a seguir exarada encontra amparo na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 (fls. 24.652 a 24.693) e na Manifestação Técnica MT 516/2017 (fls. 26.097 a 26.127), com as quais corroboro integralmente.

A Concessionária Rodovia do Sol S.A – Rodosol alega a decadência do direito de autotutela da administração pública no que concerne à anulação do Contrato de Concessão 1/98, tendo em vista que todos os "Achados", descritos no Capítulo 2 do Relatório RA-E 10/2014 são anteriores a julho de 2008, e que esta representação foi instaurada em 9 de julho de 2013.

Pretende subsumir a presente situação ao art. 54 da Lei nº 9.784/99:

> "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" (Lei n° 9.784, de 29.01.99).

Assim, segundo a Rodosol, o prazo decadencial, notadamente, por expressa previsão legal, teria início na data da prática do ato eventualmente viciado, em observância ao princípio da segurança jurídica.

Reputa impertinente o julgado do Superior Tribunal de Justiça – EREsp 1079126, citado pela equipe de auditoria. Relata que a decisão daquela Egrégia Corte trata de prorrogação de contrato de concessão sem a realização de licitação prévia, caso não ventilado nos presentes autos.

Aponta também equívoco no posicionamento adotado por esta Corte de Contas no sentido de que a Administração poderia exercer sua prerrogativa de autotutela em relação a quaisquer atos praticados no procedimento licitatório durante toda a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

vigência do contrato de concessão que lhe seguiu, e que o termo inicial do prazo prescricional da pretensão anulatória da licitação corresponderia à data final da execução do Contrato.

Cita a decisão exarada no Recurso Especial 658.130/SP, na qual a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a segurança jurídica impõe a limitação do poder de autotutela do Estado, mesmo que isso signifique a convalidação de atos antijurídicos. Apresenta outros julgados no mesmo sentido.

Diz que a nulidade contratual somente poderia ser acatada caso comprovada a má-fé da Concessionária, o que não seria o caso dos autos.

Aduz que, no âmbito do Direito Administrativo, os atos, mesmo considerados nulos, se repercutirem no patrimônio dos administrados, gerarão efeitos. Por isso comportariam saneamento ou convalescimento, em atendimento ao interesse público consubstanciado na defesa da segurança e estabilidade jurídicas, nos termos do art. 55 da Lei 9.784/99.

Argumenta que, no presente caso, diante do decurso do tempo e da consolidação dos atos praticados, restaria incabível a anulação do Contrato de Concessão 1/98, já que o processo fiscalizatório foi instaurado em setembro de 2013, isto é, após o decurso do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei 9.784/99.

Relata que a Administração Pública sempre defendeu a higidez da licitação e do ajuste entre o Estado e a Concessionária, afirmação esta que poderia ser comprovada por meio de diversas ações judiciais nas quais o Estado demonstra "sua convicção na legalidade do certame, na higidez do contrato e na satisfação do interesse público".

Diz que o Direito veda o comportamento contraditório, tendo como base os Princípios da Segurança Jurídica e da Boa Fé Objetiva.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Cita ainda julgados a fim de demonstrar a limitação do Poder Público para modificar suas condutas em detrimento dos interesses legítimos dos administrados.

Pois bem.

Conforme muito bem asseverou a Área Técnica na ITC 308/2015, de início, poder-se-ia pensar não ser possível ter em conta a alegação de decadência em sede de processo de fiscalização no âmbito desta Corte, já que o Tribunal de Contas não é o titular do Poder de Autotutela no Contrato de Concessão 1/98.

Entretanto, as considerações sobre a decadência merecem análise, já que o Tribunal de Contas, ao determinar que a Administração Pública competente extinga o contrato, propiciará o exercício da autotutela administrativa, impactando no direito da empresa notificada.

A determinação emitida pelo Tribunal possui caráter obrigatório e expressa previsão na Lei Complementar 621/2012, nos seguintes termos:

> "Art. 111. O Tribunal poderá determinar a sustação do contrato firmado pelo Poder Público, se verificada ilegalidade em sua execução ou se for declarada a nulidade do procedimento licitatório.
>
> § 1º **O Tribunal de Contas assinará prazo de até trinta dias para que a autoridade competente ou o responsável adotem as providências saneadoras necessárias ao exato cumprimento da lei**.
>
> [...]
>
> Art. 114. Ao proceder à fiscalização de ato, contrato, convênio, acordo, ajuste e instrumentos congêneres, o Relator ou o Tribunal de Contas:
>
> [...]
>
> III - **fixará prazo, na forma estabelecida no Regimento Interno, se constatada irregularidade ou ilegalidade de ato ou contrato, para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, observado ainda o disposto nas Subseções III e IV desta Seção**. (grifou-se)"

Assim, de forma reflexa, uma determinação emitida pela Corte de Contas tem o condão de ensejar a anulação contratual por parte do jurisdicionado. Deste modo, guarda pertinência a análise da decadência.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Importante asseverar, conforme salientado na ITC 308/2015, que a decadência é a perda do direito potestativo pela inércia do seu titular ante o decurso do tempo. Já a prescrição extingue a pretensão do seu direito subjetivo exigível.

Assim a Rodosol ressalta, no caso da nulidade contratual, não se tratar de prescrição, nos moldes do defendido pela equipe de auditoria no Relatório de Auditoria Especial RA-E 10/2014, e sim de decadência.

De fato, quanto a este aspecto referente ao poder/dever de anular o contrato administrativo, é preciso esclarecer não se tratar de prazo prescricional e sim prazo decadencial, conforme já ressaltado anteriormente no item 2.2.1 – "Da Prescrição".

Entretanto, ao apontar os achados de auditoria, o RA-E 10/2014 aduz, de forma correta, a prescrição da pretensão punitiva. Há expressa previsão legal na Lei Complementar 621/2012 estabelecendo prazos prescricionais, em consonância ao art. 37, § 5º, da CRFB/88. Não se trata de nenhum direito potestativo, mas sim da pretensão do Estado em aplicar penalidades ao seu jurisdicionado.

A Administração Pública tem a prerrogativa de rever seus atos sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, consubstanciado no princípio da autotutela administrativa, sujeitando-se a prazo decadencial, por se tratar de direito potestativo.

Desta forma merece reparo o relatório de auditoria, que usou de forma errônea o termo "prescrição" ao referir-se à autotutela administrativa, quando o correto seria decadência, tratando-se, entretanto, de mera impropriedade terminológica, conforme já explicitado.

Em sua manifestação, a Rodosol menciona que a decadência do direito de anular o Contrato de Concessão 1/98 tem como fundamento legal o art. 54 da Lei 9.784/99, *in verbis*:

> 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> § 1° No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.
>
> § 2° Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

É importante observar que se trata de uma lei federal que rege os processos administrativos no âmbito da Administração Federal[38] direta e indireta, nos termos do seu art. 1°.

Em que pese parte da doutrina considerar que a aplicação desta lei aos Estados implicaria em violação ao princípio federativo, isto não se coaduna com a jurisprudência consolidada do STJ, que admite a aplicação subsidiária da Lei nº 9784/99 no âmbito estadual (AgRg no AG 935624/RJ, DJe 31/03/2008, RMS 21.784/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010, REsp 1148460/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010, REsp 1200981/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 14/10/2010, TJ/ES – Remessa Necessária e Apelação Cível nº 024100080951, Rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Segunda Câmara Cível, julgado em 19/07/2011, DJ 26/07/2011).

Ao requerer a aplicação do art. 54 da Lei de Processo Administrativo Federal, a Rodosol pretende a convalidação tácita do ato administrativo pelo decurso do tempo. Entretanto, tal convalidação só é permitida nos atos administrativos anuláveis.

Os atos nulos não se sujeitam ao prazo decadencial. Conforme apontou a ITC 308/2015, há doutrinadores especializados sobre o tema que ressaltam a inaplicabilidade da decadência para os atos nulos (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" e Felipe R. Deiab, Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro).

[38] Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 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). (grifou-se)

Não se pode esquecer também que nesta relação contratual, há impacto na esfera de direito de terceiros, que são os usuários do serviço, cujos direitos e obrigações encontram-se dispostos no art. 7º da Lei 8.987/99.

O art. 54 da Lei 9.784/99 dispõe em seu *caput*:

> 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. (grifou-se)

Não há como aplicar a decadência em detrimento dos usuários, que estão submetidos a contrato de concessão com vícios de ilegalidades, gerando-lhes efeitos nocivos.

Na presente situação, conforme descrito no relatório de auditoria, não teriam ocorrido “efeitos favoráveis” para os destinatários da concessão do Sistema Rodovia do Sol. Pelo contrário, teria ocorrido exacerbação do preço da tarifa a ser paga pelos usuários desde o início da contratação ocorrida em fins de 1998.

Assim, o art. 54 da Lei 9.784/99 não guarda consonância com o caso em tela.

Pode-se concluir que, caso haja sido praticado ato pela Administração Pública, repercutindo no contrato administrativo, que esteja estigmatizado pela mácula

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

geradora de sua *nulidade*, nada impede que seja promovida a sua revisão a qualquer tempo visando desconstituir a situação irregularmente consolidada.

De qualquer sorte, caso o Plenário desta Corte de Contas entenda pela aplicabilidade do instituto da decadência, divergindo do posicionamento ora adotado, a ITC 308/2015, apresenta posicionamento acerca do início do prazo decadencial, demonstrando que o termo a quo ainda não se perfez:

> "(...) A contratação em comento diz respeito à prestação de serviço público precedido de obra pública. Ainda que o contrato de obra pública seja condicionado à entrega de objeto específico, no instrumento de concessão em comento prevalece a oferta de serviço público, sendo a realização de obra apenas um meio.
>
> Consubstancia-se em oferecimento de um determinado serviço durante o transcorrer do prazo contratualmente pactuado, integrando este período da prestação dos serviços a própria dimensão do objeto. Isto caracteriza um contrato por prazo, pois este define sua extensão e influencia na tarifa a ser cobrada aos usuários. (...)
>
> Em razão de o Contrato de Concessão 1/98, ser contrato por prazo, seus efeitos são contínuos, perdurando até o advento contratual. Assim, eventual vício existente em sua origem, permanece gerando seus efeitos ao longo de toda a contratação. Prova cabal disso é justamente o impacto dos achados de auditoria (em especial o sobrepreço e falta de elementos de projeto básico – itens 2.2 e 2.17 do Relatório de Auditoria 10/2014) na determinação do valor da tarifa, contribuindo para o nascedouro de uma relação contratual materialmente desequilibrada, o que, se verificado pela autoridade administrativa competente à época, implicaria na nulidade da licitação e, por conseguinte do contrato, em face do § 2º do art. 49 da Lei 8.666/93[39].
>
> No Relatório de Auditoria 10/2014 foi citado o acórdão exarado pelo Superior Tribunal de Justiça na qual haveria o entendimento pelo qual o termo a quo para a contagem do prazo prescricional é o termo do ajuste, a seguir transcrito:

[39] 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.

(...)

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPOSTA VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL OCORRIDA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. PRETENSÃO QUE VISA ANULAR O PACTO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. ENCERRAMENTO DO AJUSTE. PRECEDENTES.

1. Conforme iterativa jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ainda que a suposta contrariedade à lei federal surja no julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste sobre a questão, sob pena de restar desatendido o requisito do prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

*2. De acordo com posicionamento firmado na Primeira Seção desta Corte, **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 que visa anulá-lo** (EREsp 1079126/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/05/2011).*

3. Agravo regimental a que se nega provimento. [grifado na fonte].

Como já explicitado, entende-se que houve uma impropriedade terminológica por parte da equipe técnica, sendo que o correto era a decadência do direito a autotutela da administração pública. Porém, em que pese o julgado afirmar, corretamente, em prescrição da pretensão e não em decadência do direito, é plenamente válido o entendimento esposado, sendo cabível sua aplicação para o instituto da decadência.

Se a prescrição extingue a pretensão de direito subjetivo, exercido principalmente por meio de ação judicial, mais correto ainda é adotar o mesmo termo a quo para a decadência, que causa a perda do próprio direito, possuindo caráter mais gravoso. (Diferente é a prescrição da pretensão punitiva dessa Corte com base na Lei Complementar nº 621/2012 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, que se sujeita ao prazo quinquenal, conforme anteriormente explicitado.)

Parece-nos ser esse o entendimento do STJ ao não fazer distinção entre prescrição e decadência quanto ao prazo inicial, conforme o julgado abaixo:

***Ementa: ADMINISTRATIVO**. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE RODOVIÁRIA. PRORROGAÇÃO SEM LICITAÇÃO. **PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA**. INEXISTÊNCIA. ATO JURÍDICO PERFEITO. INCOMPETÊNCIA DO STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública na qual se debate a prorrogação de concessão pública para exploração de rodoviária de São Sebastião do Caí sem licitação. A sentença de procedência foi mantida pelo Tribunal de origem. 2. A parte alega ter sido violado o art. 535, II ,*

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> *do CPC , mas não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Súmula 284 /STF. Não obstante, o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 3. O dissídio jurisprudencial não foi caracterizado na forma exigida pelo art. 541, parágrafo único , do CPC c.c. art. 255 , §§ 1ºe 2º , do RISTJ , uma vez que o acórdão recorrido e o paradigma partem de premissas fáticas distintas. 4. O ato* ***administrativo*** *de prorrogação do contrato de concessões tende seus efeitos no tempo, ou seja, suas consequências e resultados sucedem por toda sua duração, de maneira que seu término deve ser estabelecido como março inicial da* ***prescrição*** *da Ação Civil Pública. Precedentes do STJ. 5. Inviável a discussão sobre a ofensa ao art. 6º, §§ 1º e 2º, da LICC, porquanto tem natureza eminentemente constitucional. A matéria também envolve debate sobre legislação estadual (Súmula 280 /STF).Precedentes do STJ. 6. "A renovação do contrato de concessão sem a regular licitação, traz como consequência a perpetuação da alegada irregularidade durante o período de renovação, devendo ser afastada a* ***decadência*** *de ação civil pública ajuizada no período" (AgRg no AgRg no Ag1.104.333/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em26.5.2009, DJe 10.6.2009.) 7. Recurso Especial não provido. (REsp 1.238.478/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/04/2012). [g. n.]*

Logo, o início da contagem do prazo decadência da autotutela administrativa, por cometimento de ato nulo, somente dar-se-ia após o término do contrato de concessão.

(...)

Desta forma, a verificação no mérito dos achados de auditoria quanto à classificação do ato viciado e à possibilidade de convalidação/anulação, ainda que pertinente, não é necessária, já que o termo a quo do prazo decadencial ainda não se perfez. (...)"

Em seguida, na sustentação oral realizada em Plenário, a Rodosol apresentou quanto à matéria, os seguintes argumentos sintetizados pela Manifestação Técnica 516/2017:

> **"(...) 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;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **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". (...)*

Percebe-se que a Rodosol insiste com a tese da decadência, já devidamente afastada pelos retro mencionados argumentos expostos na ITC 308/2015.

Sustenta a Rodosol, inicialmente, que a ITC 308/2015 teria alegado a impossibilidade de aplicação do art. 54 da Lei 9.784/99 por considerar a ausência de poder de autotutela do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Desse modo, estaria a ITC 308/2015 legitimando *"[...] a imprescritibilidade* deste Tribunal *[...] instaurar processos e determinar que as autoridades competentes, sob pena de cominação de multa, declararem nulos atos que repercutam na esfera privada dos administrados, ainda que não tratem de procedimentos que importem dano ao erário"*.

Entretanto, MT 516/2017 esclarece muito bem o equívoco das alegações da Rodosol, nos seguintes termos:

> "(...) Quanto à tese acima narrada percebe-se que a Rodosol procura simplificar a extensa análise, contida no tópico 2.1 da ITC (fls. 24652), 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 (os atos nulos não se sujeitam a prazo decadencial; na presente relação contratual há impacto na esfera de direito de terceiros, não havendo como aplicar a decadência em detrimento dos usuários, gerando-lhes efeitos nocivos) consoante proficientemente exposto na ITC 308/2015, sendo desnecessário trazer-se aqui tudo o que se encontra explanado acerca do tema naquela peça. (...)"

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Em seguida a Rodosol prossegue 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"*.

Ora, quanto a este aspecto nenhuma dúvida persiste. A ITC 308/2015 e o próprio RA-E 10/2014 reconheceram a prescrição da pretensão punitiva desta Corte em relação aos responsáveis pelas condutas que culminaram nas irregularidades.

Assim, não é possível aplicar-lhes multa para aqueles específicos itens, 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):

> **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** (grifou-se).

Também restou sobejamente demonstrado na ITC 308/2015 que *"[...] o prazo para declaração de nulidade do contrato é decadencial e não prescricional"*.

Neste contexto, conforme já mencionado anteriormente, é preciso observar que apenas os atos anuláveis sujeitam-se à convalidação.

Conforme bem elucida a MT 516/2017, "várias das irregularidades reconhecidas na ITC 308/2015 são referentes a vícios existentes no próprio procedimento licitatório

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

da Concorrência Pública de Concessão 1/98, vícios estes que, conforme demonstrado nos tópicos 3.1[40]; 3.2[41]; 3.4.1[42]; 3.4.2[43]; 3.4.3[44]; 3.4.4[45]; 3.4.5[46]; 3.4.6[47] e 3.5[48], 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**[49].

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 <u>não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros</u>, os <u>atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados</u> pela própria Administração** (grifou-se).

<u>Assim, 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 acarrete lesão ao interesse público; c) que o ato não acarrete prejuízo a terceiros.</u>

Desta forma, atos nulos não se sujeitam ao prazo decadencial, não sendo, portanto, aplicável à presente situação o art. 54 da Lei 9784/99, conforme pretende a Rodosol.

Do mesmo modo, observa-se que a MT 516/2017 ressaltou, com base na ITC 308/2015, que o Contrato de Concessão 1/98, inegavelmente causou e se mantém causando séria lesão ao interesse público ante o expressivo desequilíbrio

---

[40] Item 3.1 da ITC 308/2015: Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico.
[41] Item 3.2 da ITC 308/2015: Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado.
[42] Item 3.4.1 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame - Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas.
[43] Item 3.4.2 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame – Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória.
[44] Item 3.4.3 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame – Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame.
[45] Item 3.4.4 da ITC 308/2015: Restrição ilegal ao caráter competitivo do certame – Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação.
[46] 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.
[47] 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.
[48] 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.
[49] Fls. 13.316-13.402, vol. LIX.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

econômico-financeiro do contrato, verificado em favor da Concessionária, sem esquecer os prejuízos aos usuários pagantes do Sistema em razão da estipulação de tarifas em desatendimento ao princípio da modicidade tarifária.

Outra importante fundamentação trazida aos autos pela MT 516/2017, consiste em uma característica comum existente entre as irregularidades referentes aos itens 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. Trata-se do fato 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 Constituição Federal.

Desta forma, um procedimento licitatório que não respeita o disposto no art. 37, XXI, da CF, além de encontrar-se eivado de vício insanável, gerando a nulidade absoluta do certame, conforme já mencionado, revela-se, ainda, inconstitucional.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal 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**:

> **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. IMPOSSIBLIDADE. 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 d e 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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; 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 preenchera 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).

A tese encontra-se pacificada, conforme MS-Agr 28273/DF e MS 26860/DF.

A fim de robustecer ainda mais a fundamentação exarada pela área técnica na ITC 308/2015 e MT 516/2017, observa-se o ocorrido no contrato de concessão para exploração dos serviços de distribuição de gás canalizado firmado entre o Governo do Estado do Espírito Santo e a Petrobrás Distribuidora S/A. O contrato foi firmado em 16 de dezembro de 1993, com prazo de 50 (cinquenta) anos.

A Lei Estadual nº 10.493/16 reconheceu a extinção/nulidade do contrato, em razão da ausência de procedimento licitatório, com base no art. 43 da Lei Federal 8987/95.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A Petrobrás Distribuidora S/A ingressou no Tribunal de Justiça Estadual com Mandado de Segurança (MS 0018374.12.2016.8.08.0000), objetivando suspender a eficácia da referida lei.

O pedido foi indeferido pelo Relator que, dentre outros argumentos, rechaçou a suposta decadência do direito do Estado denunciar o contrato, nos seguintes termos:

> (...) Em relação à suposta decadência do direito do Estado denunciar o contrato o que foi feito, como visto, por lei específica, mais de vinte anos após sua assinatura registro que o STJ já assentou que **Com efeito o ato administrativo de prorrogação do contrato de concessão estende seus efeitos no tempo, ou seja, suas consequências e resultados sucedem por toda sua duração de maneira que seu término deve ser estabelecido como o marco inicial da prescrição** (¿) (REsp 1325817/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 23/05/2016)
>
> A tese em questão, em 2001, foi assentada em sede de Embargos de Divergência, nos seguintes termos:
>
> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO.
>
> CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRORROGAÇÃO SEM LICITAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.
>
> 1. **O termo inicial da prescrição da nulidade do ato administrativo de prorrogação ilegal do contrato de concessão se constitui no encerramento do tempo contratual.**
>
> 2. Embargos de divergência rejeitados.
>
> (EREsp 1079126/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/05/2011)
>
> A meu sentir, portanto, não há que se falar em caducidade do direito, pois a **prescrição** passou a correr a partir da denúncia do contrato e não de sua assinatura. (...)

Conforme anteriormente mencionado, se a prescrição extingue a pretensão de direito subjetivo, exercido principalmente por meio de ação judicial, mais correto ainda é adotar o mesmo termo a quo para a decadência, que causa a perda do próprio direito, possuindo caráter mais gravoso.

Desta forma, ainda que se pudesse considerar a hipótese de decadência no Contrato de Concessão 1/98 (o que já se encontra exemplarmente rechaçado pela

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

área técnica, em razão da nulidade absoluta das irregularidades encontradas no edital), o termo inicial somente ocorreria a partir do encerramento do contrato.

O Ministério Público de Contas no Parecer 4365/2015 (fls. 24.652 a 24.693) e no Parecer exarado após a sustentação oral (Parecer 2057/2017 – fls. 26.364 a 26.371), ambos da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, manifestou-se em consonância com a fundamentação exarada nas Instruções Técnicas, pela rejeição da preliminar de decadência.

Desta forma, acompanhando toda a fundamentação exarada no tópico 2.1 da ITC 308/2015, na Instrução Técnica 516/2017, e nos pareceres do Ministério Público de Contas, **rejeito a preliminar de decadência suscitada pela Rodosol**.

2.1.5 – Da coisa julgada administrativa

De início, cumpre esclarecer que a fundamentação a seguir exarada encontra amparo na Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 (fls.24.693 a 24.714) e na Manifestação Técnica MT 516/2017 (fls.26.127 a 26.134), com as quais corroboro integralmente.

A Concessionária Rodovia do Sol S.A - Rodosol alega existência de coisa julgada administrativa referente aos fatos e achados de auditoria contidos no Relatório de Auditoria 10/2014.

Apresentou a tabela abaixo, a fim de demonstrar a identidade de objeto entre o presente processo e o Processo TC 4.574/2009, já apreciado e julgado por essa Corte de Contas, por meio do Acórdão TC 035/2010:

Proc. TC 4574/2009 (doc. 6)	(RA-E 10/2014/fls. 10.302/10.888)
"3 OBJETIVO (...) apurar a regularidade da execução do Contrato de Concessão n°. 01/1998" (doc. 6/fls. 31)	"1.3 Objetivo e questões de auditoria (...) avaliar a regularidade da concessão de serviços públicos do Sistema Rodovia do Sol..." (fls. 10.339)

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

"...a equipe de auditoria constatou que a Taxa Interna de Retorno anual do Contrato aumentou de 16,80% (dezesseis vírgula oitenta por cento) para 16,84 [dezesseis vírgula oitenta e quatro por cento] (doc. 6/f1s. 871). "A aludida elevação da TIR, significa, como foi dito no item referido, um Valor Presente Líquido de Caixa no Ano 0 (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 (doc. 6/fls. 116). "Dessa forma, a equação econômico-financeira apurada após o 2° Termo Aditivo não é consideravelmente diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão" (doc. 6/fls. 872).	"...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 nave 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 - fls. 10.495) "... 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 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 (fls. 10.503) "Por todo o exposto, conclui--se que o Contrato de Concessão de Serviços Públicos n° 1/1998 do DER/ES (Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol) e está irremediavelmente desequilibrado, do ponto de vista econômico-financeiro..." (fls. 10.506).

Alega também supostas discrepâncias entre o Relatório de Auditoria RA-E 3/2009, objeto do TC 4.574/2009, e o RA-E 10/2014, objeto dos presentes autos, citando divergências encontradas entre os valores apurados a título de Taxa Interna de Retorno (TIR) e o Valor Presente Líquido (VPL).

Argumenta que a realização de nova análise somente seria possível em caso de omissão ou defeito da já realizada, sob pena de deturpar o caráter de irrevogabilidade e irretratabilidade do julgado.

Pois bem.

A Coisa Julgada apresenta-se no âmbito do Direito Administrativo como "Coisa Julgada Administrativa", que na lição de José dos Santos de Carvalho Filho "(...) significa tão somente que determinado assunto decidido na via administrativa não mais poderá sofrer alteração nessa mesma via administrativa, embora possa sê-lo na via judicial.[50] (...)"

[50] CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2012, p. 954.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O instituto é reconhecido pelo STJ (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 19309/MG e Recurso Especial 472.399 – AL), ressaltando-se que os acórdãos emitidos pela Corte de Contas não produzem coisa julgada material, mas apenas formal, pois a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, nos termos do inciso XXXV, art. 5º da CF.

Assim, o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73, vigente à época), apresenta o instituto e seus requisitos (parágrafos, 1º, 2º e 3º do art. 301), utilizados no âmbito dos processos desta Corte de Contas por força do art. 70 da Lei Complementar nº 621/2012.

> Art. 301 – (...)
>
> § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada;
>
> § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido;
>
> § 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso. (CPC)
>
> Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil. (LC 621/2012)

Desta forma, para que seja acolhida a alegação de coisa julgada se faz necessário que nos dois processos haja tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir.

A ITC 308/2015, realizando as adaptações necessárias às especificidades do processo administrativo no âmbito desta Corte, apresentou a matéria nos seguintes termos:

"(...) Portanto, 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Cotejando-se os Processos TC 4574/09 (em que se decidiu pela regularidade com ressalva das contas) e TC 5591/2013 (pendente de julgamento e objeto desta instrução técnica), extraímos as seguintes informações:

Quadro 1 – Comparação entre Proc. TC 4574/2009 e Proc. TC 5591/13

Processo	Órgão ou Ente Auditado	Agentes Responsáveis	Exercício Financeiro Auditado
TC 4574/2009	Departamento de Estradas e Rodagem – DER	Eduardo Antônio Mannato Gimenes	Janeiro/1998 a julho/2009
TC 5591/2013	Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo – Arsi	Jorge Hélio Leal Adiomar Malbar da Silva Sérgio Luiz Coelho de Lima Paulo Augusto Jabour de Rezende Rogério Vasques Benezath Edivaldo Correa de Assis Marialva Lyra Da Silva Jorge Alexandre da Silva Altamiro Thomaz Jadir Viana Dos Santos Silvio Ramos Lúcia Vilarinho Eduardo Antônio Mannato Gimenes José Eduardo Pereira Maria Paula De Souza Martins Luiz Paulo De Figueiredo	1998 a 2013

Percebe-se que ambos os processos tiveram como entidade ou órgão auditado aquele responsável pela fiscalização do contrato de concessão do Sistema de Rodovia do Sol. Ressalta-se que a ARSI substituiu o DER como contratante, nos termos do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 1/98, de 16 de novembro de 2009, (fls. 13416/13418 – Vol. LX), passando ela a ser a entidade fiscalizadora.

É imperioso lembrar que a ARSI foi criada pela Lei Complementar Estadual 447, de 29 de dezembro de 2008, sendo que seu art. 36 estipula que o seu exercício fiscalizatório somente dar-se-ia após 12 meses, nos termos seguintes:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Art. 36. Para as atividades específicas de regulação e fiscalização dos serviços pela ARSI, de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como serviços de infra-estrutura viária com pedágio, será permitida fase de adaptação de no máximo 12 (doze) meses para o início das atividades, depois de nomeada a Diretoria Colegiada da ARSI.

Eis porque a auditoria de 2009 foi realizada perante o Departamento de Estradas e Rodagem, e a de 2013 perante a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo. Logo, como se trata de entidade fiscalizadora e contratante sucessora, nunca poderia haver a identidade do órgão auditado, nos termos do proposto. Assim, a diferença de jurisdicionado evidenciada não deve servir como critério no presente processo.

Pela tabela acima, percebe-se que há identidade entre o período compreendido entre os anos de 1998 e julho/2009 no que tange aos exercícios financeiros auditados, sendo que apenas coincide, dentre os agentes apontados como responsáveis, o senhor Eduardo Antônio Mannato Gimenes, então Diretor Geral do Departamento de Estradas e Rodagem, citado quanto ao item 2.12 da RA-E 10/14. (...)"

Em seguida passa-se à análise do ponto determinante para a verificação da existência de coisa julgada: o objeto auditado.

Verifica-se que o objeto do Processo TC 4574/2009, restringiu-se a:

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

eventuais favorecimentos em tese praticados em benefício da empresa concessionária e, por conseguinte, contrários ao interesse público.

Desta forma, o Acórdão TC 35/2010, proferido nos autos do Processo TC 4574/2009 julgou as contas do senhor Eduardo Antônio Mannato Gimenes, Ordenador de Despesas do Departamento de Estradas e Rodagem nos exercícios de 1998 a 2009 regulares com ressalva, tendo em conta somente os aspectos retro mencionados.

Naquela oportunidade esta Corte de Contas não realizou análise abrangente do Contrato de Concessão 1/98, como procedido na auditoria de que trata os presentes autos.

Por fim, importa analisar se há coincidência entre os pontos objeto de auditoria no processo TC 4.574/2009 (onde não foram apontados quaisquer indícios de irregularidade), e os achados de auditoria do presente processo.

Tais aspectos foram assim considerados pela ITC 308/2015:

"(...) O primeiro ponto que figurou como objeto da auditoria do processo TC 4.574/2009 refere-se *à [...] 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*.

Em síntese, o entendimento exarado naquele processo foi pela legalidade da medida, ressaltando que se trata de evento gerador de desequilíbrio econômico financeiro.

Nos trabalhos de auditagem que se encontram consolidados no RA-E 10/2014 o mesmo ponto (não recolhimento da outorga de 3% pelo DER/ES) também foi interpretado como fato ensejador de desequilíbrio contratual, a fim de calcular o seu valor total. Dessa forma, percebe-se que não houve divergência de entendimento nos dois relatórios, sendo que no Relatório de Auditoria contido nos

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

presentes autos (...), não se teceu nova análise acerca da legalidade da desobrigação do recolhimento do valor da outorga, mas sim e tão somente, o ponto foi elencado e quantificado para efeitos de cálculo de virtual desequilíbrio econômico-contratual.

Portanto, o processo TC 4.574/2009 abordou a legalidade da medida de desobrigação do valor da outorga, enquanto que o atual processo não analisou esse aspecto, apenas a trouxe como evento no cálculo do montante total do desequilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão 1/98.

Já o segundo ponto tratado no Relatório de Auditoria Extraordinária RA-E 3/2009 contido nos autos do Proc. TC 4.574/2009 refere-se à "[...] 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".

Este aspecto não foi tratado nestes autos, não tendo sido realizada análise quanto à adequação dos serviços prestados, mormente quanto à fluidez do tráfego. (...)"

Quanto ao terceiro item objeto do Processo TC 4574/2009, nos presentes autos constatou-se a existência de um achado que guarda com ele identidade. Trata-se da irregularidade apresentada no item 2.13 do RA-E 10/2014: "Fiscalização deficiente do Poder Concedente."

Entretanto, quanto a tal achado, os agentes responsáveis e os exercícios auditados não são os mesmos, conforme demonstrado na ITC 308/2015:

"(...) Ao compulsar as informações contidas, resulta evidenciado que em momento algum se imputou, formalmente, qualquer responsabilidade ao senhor Eduardo Antônio Mannato Gimenes. Pelo contrário, foram responsabilizados apenas os ex-diretores-gerais da ARSI (fls. 10.471-10.477 – Volume XLIV, ITI 256/2014, às fls. 14.148-14.156 – Vol. LXIII), denotando, claramente, que ante os trabalhos de auditoria já realizados através do processo TC 4.574/2009, caberia apenas a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

análise referente aos exercícios posteriores, isto é, a partir de 2010, o qual competiria integralmente a agência reguladora recém-criada e seus respectivos gestores.

Logo, não haveria duas decisões emitidas por esta Corte de Contas referentes aos mesmos fatos. Adiante, o quadro abaixo denota esta diferenciação, ressaltando a inexistência de coisa julgada administrativa:

Quadro 2 – Elementos de Identidade

Elementos de Identidade	Processo TC 4574/2009	Processo TC 5591/2013
Ponto abordado pela auditoria	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 público.	Fiscalização deficiente do Poder Concedente.
Exercícios	1998 a 2009	2010 a 2013
Agentes Responsáveis	Eduardo Antônio Mannato Gimenes	José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo

(...)”

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Desta forma, a realização de nova auditoria com abordagem de exercícios e agentes distintos e ainda com escopo mais abrangente não pode ensejar o reconhecimento da coisa julgada administrativa.

Na sustentação oral a Rodosol apresentou, quanto à matéria, os seguintes argumentos sintetizados pela MT 516/2017:

"(...) **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"*. (...)"

Percebe-se que a Rodosol retorna a pleitear o reconhecimento da coisa julgada administrativa, já devidamente afastada pela fundamentação apresentada na ITC 308/2015.

Torna-se, portanto, desnecessário apresentar novamente todas as alegações, pois restou evidenciado que o objeto da fiscalização dos presentes autos, não se confunde com o objeto da auditoria implementada nos autos do Processo TC 4574/2009, claramente mais restritivo.

O Ministério Público de Contas no Parecer 4365/2015 (fls. 24.693 a 24.714) e no Parecer exarado após a sustentação oral (Parecer 2057/2017 – fls. 26.364 a 26.371), ambos da lavra do Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, manifestou-se em consonância com a fundamentação exarada nas Instruções Técnicas, pela rejeição da preliminar de coisa julgada.

Desta forma, acompanhando toda a fundamentação exarada no tópico 2.2 da ITC 308/2015, na Instrução Técnica 516/2017, e nos pareceres do Ministério Público de Contas, **rejeito a preliminar de coisa julgada suscitada pela Rodosol**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2 – Análise das Irregularidades

Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos verifica-se a permanência das seguintes irregularidades devidamente tipificadas na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015 e na Manifestação Técnica 00516/2017-1.**

2.2.1 – Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico

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. 24.714-24.761.

Na oportunidade, a equipe multidisciplinar elaboradora da ITC 308/2015, após longa explanação sobre o tema, concluiu que, 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, assim, houve grave descumprimento 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 auditagem que entre o estudo de viabilidade econômico-

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

financeira 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 a indicação de 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 visualização acerca das deficiências ventiladas pela equipe de auditagem, 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;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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. 2.231 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. 2.231 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. 2.486 a 2.487 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. 2.231 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 Pires[51], 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

[51] PIRES, Leonardo Lobo. 2013, p. 21-22.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> reiterando, desde que entregue o serviço conforme os parâmetros definidos em contrato. [g. n.]

Dessa forma, é induvidosa 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"**.

A ausência dos elementos acima identificados maculou de maneira irremediável o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

Dessa forma, consoante disposto no inciso XV do artigo 18 da Lei 8.987/1995, o instrumento convocatório, necessariamente, deveria conter os "elementos do projeto básico" que permitam a plena caracterização das obras a serem realizadas. Entretanto, diante do já aqui destacado, o edital foi lançado e a licitação prosseguiu sem que houvesse a perfeita definição sobre pontos imprescindíveis, notadamente, sobre a completa orçamentação, com todos os seus caracteres, das obras de ampliação e recuperação previstas para serem executadas pelo licitante vencedor da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

Destaque-se que o Relatório de Auditoria sequer adentrou sua análise na consistência e qualidade dos insuficientes, quando não insignificantes, elementos de projeto básicos encontrados, visto que observou desde logo a ausência completa de diversos outros elementos de projeto básico indispensáveis ao atendimento dos ditames legais. Além disso, e o mais importante, é que a ausência de tais elementos, conforme exaustivamente demonstrado nesta Instrução Técnica, resultou numa contratação eivada de vícios de natureza insanável.

A ausência de elementos de projeto básico, necessários para a adequada orçamentação, por parte da Administração, do valor dos investimentos a serem aportados pelo concessionário/contratado para a realização das obras previstas no "Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial" (Anexo V do Edital,

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

precisamente seu "Quadro 5", juntado às fls. 3.707-3.739, vol. XVII) **macula o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 de nulidade eis que, flagrantemente, não houve o cumprimento de requisito estabelecido pelo ordenamento jurídico para a correta prática do ato**, ou, mais especificamente, não cumpriu o instrumento convocatório o requisito **estabelecido no inciso XV do artigo 18 da Lei 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões).**

Inevitável concluir que **o vício de forma aqui verificado é insanável**, não permite convalidação e trouxe sérios prejuízos ao interesse público em razão de ter acarretado inadequada orçamentação dos investimentos a serem aportados pelo contratado/concessionário. Dessa forma ressai induvidoso que **o vício de forma ora observado fulmina o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 de nulidade absoluta**.

Neste diapasão torna-se importante também ressaltar que **o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98** (fls. 12.982-13.056, vols. LVII a LVIII) **adotou, como tipo de licitação e critério de julgamento, a "menor tarifa"**, conforme previsão contida no item "9" do instrumento convocatório.

Desse modo, em atendimento às Leis 8.987/95 (Nacional) e 5.720/98 (Estadual) **deveria o Edital** da Concorrência Pública de Concessão 1/98 **ter buscado, efetivamente, a modicidade tarifária na concessão do Sistema Rodosol**. Em outras palavras, deveria o certame ter visado à **finalidade determinada na lei de regência**.

Portanto, 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"***.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

Importante destacar que, embora notificada para aduzir suas razões em sede de oitiva, **a ARSI não se manifestou acerca do indicativo ora tratado,** aventando, contudo, que as questões referentes ao procedimento licitatório "[...] estão fora das atribuições e responsabilidades desta agência, sendo de responsabilidade exclusiva do DER/ES, como determina o Contrato 01/98 e o terceiro termo aditivo".

Em sua argumentação, a ARSI manifesta inconformismo quanto ao fato de ter sido referenciada no RA-E 10/2014 como "Poder Concedente", posição rechaçada pela autarquia que, socorrendo-se na Lei Complementar Estadual 477/2008, enfatiza que a norma "[...] transferiu algumas atribuições próprias do Poder Concedente, mas não o seu integral exercício".

Ressalto oportunamente que se reveste totalmente descabida e divorciada da verdade fática o argumento tecido pela ARSI, em sua manifestação, no sentido de que não possuiria "[...] as prerrogativas de extinção do contrato [...] não podendo ser obrigada a exercer atividades fora da área de sua competência legal".

Ora, data vênia, tal assertiva chega a ser incoerente uma vez que a ARSI, através de seu representante legal, foi signatária do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, que lhe conferiu, entre outros direitos, a possibilidade de alterar e extinguir a concessão, prerrogativas estas dispostas claramente na alínea "d" da Cláusula XXIII do instrumento contratual, que ora rememoramos para que não pairem dúvidas sobre a competência da ARSI no tocante à alteração e extinção da contratação pactuada com a Concessionária Rodovia do Sol S/A:

> d) **alterar o CONTRATO e extinguir a concessão, nos casos nele previstos** [g. n.]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Ademais, a alegação da ARSI, além de descabida, revela que a autarquia parece desconhecer o próprio aditivo contratual, por ela assinado por meio de seu representante legal, e que não deixa nenhuma dúvida sobre sua clara competência/prerrogativa/direito de alterar o contrato e, até mesmo, extinguir a concessão do Sistema Rodovia do Sol.

Por sua vez a Concessionária Rodovia do Sol, no documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), precisamente nos parágrafos "107" ao "110", argumenta 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"*.

Não assiste razão a Rodosol quando sustenta serem os elementos de projeto básico **meramente subjetivos**. Aliás, ao aduzir que os elementos do projeto básico são subjetivos, a Rodosol está, em tese, admitindo, ainda que tardiamente, que o edital não apresentava elementos objetivos, conforme preconizado em lei. 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 inocorrência 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 Rodosol"*. 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, eis que esses dados eram indispensáveis já na fase de disputa do certame, bem como na definição dos contornos das obrigações a serem cobradas da concessionária pelo poder público.

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.

Não obstante e tendo-se em vista a não identificação de causas suspensivas ou interruptivas (art. 71, §§ 3º e 4º, da LC 621/2012) no transcorrer do lapso temporal entende-se que se operou a prescrição da pretensão punitiva desta E. Corte de Contas, não cabendo mais a aplicação de penalidade em relação ao senhor Jorge Hélio Leal que, à época da realização do procedimento licitatório da Concorrência Pública de Concessão 1/98, exercia o cargo de Diretor-Geral do DER/ES, autarquia responsável pela licitação.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Por todo o exposto, saliento que o opinamento manifestado nos itens 3.1 da ITC 308/2015 e 4.1 da MT 00516/2017-1 foi no sentido de que o Colegiado adote a seguinte decisão:

a) que **seja declarada,** conforme previsto no artigo 71, *caput* e § 1º[52], da Lei Complementar Estadual 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º[53], do RITCEES, **a prescrição da pretensão punitiva com relação ao senhor Jorge Hélio Leal** quanto ao ato de abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de projeto básico que permitiriam a plena caracterização das obras envolvidas;

b) diante da competência conferida constitucionalmente a este Tribunal (art. 71, inciso X da Constituição Estadual), bem como, pelo art. 1º, inciso XVI[54], da Lei Complementar 621/2012, **seja assinado prazo de até 30 dias,** com fundamento nos artigos 111, *caput* e § 1º[55] da LC 621/2012 e 208 da Res. TC 261/2013, **para que a ARSI** (Agência de Regulação de Serviços Públicos) **declare a nulidade do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98**;

c) **na hipótese da ARSI não atender à determinação deste Tribunal no prazo assinado, seja aplicada ao seu Diretor-Geral multa no valor de R$ 10.000,00 (*dez mil reais*)** com fundamento nos artigos 135, inciso IV[56], da

---

[52] Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.
§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

[53] Art. 373. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal nos feitos a seu cargo.
§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal.

[54] Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete:
[...] omissis [...]
XVI - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada qualquer ilegalidade;

[55] Art. 111. O Tribunal poderá determinar a sustação do contrato firmado pelo Poder Público, se verificada ilegalidade em sua execução ou se for declarada a nulidade do procedimento licitatório.
§ 1º O Tribunal de Contas assinará prazo de até trinta dias para que a autoridade competente ou o responsável adotem as providências saneadoras necessárias ao exato cumprimento da lei.

[56] Art. 135. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

LC 621/2012, e 208[57], § 2º c/c § 1º, inciso III e 389, inciso IV, estes últimos do RITCEES. **Ato contínuo,** diante do preceituado no § 1º do art. 71, da Constituição Estadual, e no art. 1º, inciso XVIII, da LC 621/2012, bem como, no art. 111, § 2º, da mesma Lei e no art. 208, § 2º, do RITCEES, **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – Ales a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98;**

d) na hipótese de a ALES, no prazo de 90 dias, não proceder ao ato de sustação do contrato**, diante da competência conferida pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, bem como, pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do RITCEES**, que este Tribunal decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98. Decidindo esta E. Corte de Contas pela sustação do contrato, deverão ser adotadas as medidas previstas nos incisos I e II do § 4º do art. 208 da Res. TC 261/2013, quais sejam: d.1) seja determinado ao Diretor-Geral da **ARSI** que, no prazo de 15 dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e d.2) seja a decisão comunicada à Ales e ao Governador do Estado do Espírito Santo.

[...] omissis [...]
IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal de Contas;

[57] Art. 208. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até trinta dias, se outro não for fixado pelo Plenário, para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo da observância do disposto no inciso VI do art. 207 deste Regimento.
§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:
I - sustará a execução do ato impugnado;
II - comunicará a decisão à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal e ao Chefe do Poder Executivo;
III - aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso IV do art. 135 da sua Lei Orgânica. 73
§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência prevista no inciso III do § 1º deste artigo e comunicará o fato à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal, a qual compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.2 – Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado.

Foi previsto, expressamente, no Edital de Concorrência de Serviço Público 1/98 (fls. 12.982-13.056, vols. LVII e LVIII) que a licitante vencedora deveria desembolsar a quantia de R$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos mil reais) a favor da Operação de Rodovias Ltda. – ORL em até cinco dias úteis antes da celebração do contrato.

Explique-se. Após a encampação realizada pelo Governo Estadual, autorizada através do art. 4º do Decreto Estadual 6919-E/1997, o Estado do Espírito Santo assumiu a obrigação de indenizar a empresa ORL, responsável pela construção da Terceira Ponte, incorporada ao Sistema Rodovia do Sol.

É preciso esclarecer que a concessionária à época era a Companhia de Exploração da Terceira Ponte (Ceterpo), cuja autorização da sua criação se deu através da Lei Estadual 3.632/84. Todavia, através do Termo Aditivo 34 ao contrato respectivo assinado em 10 de agosto de 1978 para a construção da Terceira Ponte, ocorreu a "cessão parcial" da concessão à ORL, a fim da mesma executar toda a operação da ponte, recebendo, inclusive, os valores pagos pelos usuários a título de pedágio. Apenas se ressalta que a legalidade desta medida não foi objeto da auditoria objeto dos autos.

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 1/98 que a celebração do contrato estava condicionada ao pagamento do saldo devedor, diretamente à ORL, conforme se vê da redação do aludido item editalício 232. Não se trata, legalmente, de custo de retomada da Terceira Ponte fruto da encampação, já que o pagamento se daria a pessoa diversa da concessionária.

Percebe-se que a dívida era do Estado do Espírito Santo referente à realização da obra da Terceira Ponte que, de fato, veio a compor o Sistema Rodovia do Sol.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Faticamente, não se tratando de mera indenização à concessionária fruto da encampação realizada, ainda que juridicamente tenha assumido essa faceta, já que como esclarecido, a concessionária era a Ceterpo e não a ORL. **Esse valor exigido era dívida do Estado que já tinha sido parcialmente paga, pendente o restante do pagamento, conforme relatado no achado de auditoria supratranscrito**.

Porém, ainda que não inserida na relação contratual pretérita, buscou-se, através da supramencionada cláusula editalícia, alocar a obrigação de pagamento da dívida contraída junto a ORL à futura concessionária. **Dessa forma, a previsão editalícia funcionou, em verdade, como fonte de recursos para quitação de dívida**. Houve, portanto, uma utilização indevida da concessão de serviço público para saldar dívida estatal, não guardando pertinência com as obrigações comuns de uma concessionária, nem tampouco com o objeto do edital.

Nos termos da Seção VIII do Edital 1/98, o objeto da licitação é:

> [...] a outorga de concessão da administração e exploração do "SISTEMA RODOVIA DO SOL", descrito no ANEXO I deste EDITAL, **mediante a cobrança de pedágio aos usuários do "SISTEMA" e a execução e prestação, pela concessionária, de obras e serviços inerentes, acessórios e complementares a concessão**.

> 11. Considera-se serviços inerentes a concessão os pertinentes **às obras e serviços de recuperação, melhoramento, conservação, manutenção, expansão de capacidade, operação e exploração do "SISTEMA RODOVIA DO SOL"**, nos termos definidos neste EDITAL (g.n).

Nota-se que a exigência do pagamento da dívida do Estado com a ORL é inadequada e excessiva, sendo estranha ao cerne do objeto contratual, qual seja a execução de obras e prestação de serviços de recuperação, melhoramento, conservação, manutenção, expansão da capacidade, operação e exploração do Sistema Rodovia do Sol.

Acrescente-se que a demanda editalícia em nada contribuiu para a obtenção da proposta mais vantajosa. Pelo contrário, exigir o pagamento de vultosa quantia, representativa de 8,5% do Valor Presente Líquido no período zero, implica no afastamento de diversos potenciais interessados que não possuíam os recursos necessários para a realização daquele pagamento. Logo, resta caracterizada clara

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

restrição à competitividade do certame, por exigência impertinente ao objeto licitatório, incidindo no descumprimento do art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93:

> 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 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.

É cediço que a administração pública deve buscar o maior número de competidores interessados no objeto licitado. Assim, somente são admitidas exigências editalícias necessárias ao cumprimento do objeto licitado e à demonstração da higidez técnica, jurídica e econômica do licitante. Impor obrigações adicionais, impertinentes ao serviço e à obra a ser executada, e cuja obrigação é do Estado, acarreta a frustação da escolha da proposta mais vantajosa. Tal prática é vedada, nos termos da pacífica jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

> **Acórdão TCU 110/2007 Plenário**
>
> As exigências editalícia devem limitar-se ao **mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado**, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame[58].
>
> **Acórdão TCU 1162/2006 Plenário**
>
> Ao examinar o assunto no primeiro momento [...], compreendi como adequadas as proposições então formuladas [...], uma vez que as irregularidades noticiadas nos autos configuram risco de inobservância, no processo licitatório, dos princípios da competição e da isonomia, além da possibilidade de frustração da escolha da proposta mais vantajosa, entendendo oportuna, desse modo, a manifestação do gestor[59].

Ora, o pagamento de dívida contraída pelo Estado não está inserida no mínimo necessário para a administração e exploração do Sistema Rodovia do Sol.

[58] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 110/2007 – Plenário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2014.

[59] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1162/2006 – Plenário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Acrescenta-se que com esta exigência, haveria o dispêndio enorme de recursos por parte da concessionária, antes mesmo de assinar o contrato de concessão, os quais seriam amortizados ao longo do prazo da concessão por meio dos pedágios pagos pelos usuários do serviço.

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.

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 citação[60] 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.

Ademais, são poucas as empresas que possuiam condições financeiras para aportar a quantia de onze milhões e quinhentos mil reais à vista. Eis porque das dezoito empresas que realizaram a visita técnica (vide "Ata da Visita Técnica Coletiva" às fls. 1015-1019, vol. v), apenas duas apresentaram proposta (Servix Engenharia S/A e Castilho Porto Alegre S/A, cf. Ata de fls. 1.035-1.036, vol. VI), evidenciando que houve restrição a competição. O quantitativo de licitantes no certame conduz a conclusão ora ventilada, conforme julgados abaixo:

> A corroborar a onerosidade excessiva da aquisição, considerou oportuno destacar licitação realizada recentemente pela administração do TCU (Pregão n.º 65/2009), em que foram aceitos equipamentos com qualquer uma das arquiteturas, ATX ou BTX, tendo sido de R$ 2.323.500,00 o preço total ofertado pela vencedora para o fornecimento de 2.000 microcomputadores, importando custo unitário de R$ 1.549,00 por equipamento. **Além disso, a própria quantidade de licitantes que acorreu ao certame oferecia indícios de que a decisão da municipalidade poderia ter ensejado restrição à competitividade. Não obstante doze empresas terem adquirido o edital, somente**

[60] Nesse sentido, segundo o autor, "se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão".

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **quatro apresentaram proposta, o que revela, para o relator, *"indícios de alijamento de potenciais interessados em participar da licitação"*. (TCU - Decisão monocrática no TC-001.187/2010-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)**[61]
>
> Consoante ressaltado na instrução da unidade técnica, *"a estratégia do gestor municipal de deflagrar processo licitatório único para todas as obras, não adotando o parcelamento, acarretou restrição à competitividade do certame, pois exigiu das potenciais licitantes que tivessem realizado anteriormente obras similares às requeridas. [...] sobressaem dos autos como indicativos da viabilidade de parcelamento do objeto o valor expressivo da contratação, a natureza diversificada dos serviços e das obras, além do fato de as obras e serviços virem a ser executados em localidades distintas".* **Para corroborar o entendimento de que houve restrição à participação de empresas no certame, o relator enfatizou a participação de apenas duas empresas.**[62] **(Acórdão TCU n.º 326/2010-Plenário, TC- 002.774/2009-5, rel. Min. Benjamin Zymler).**

A empresa notificada também invoca o § 6º do art. 42 da Lei 8.987/95 como fundamento legal para a inclusão de mecanismos de quitação e satisfação de obrigações relativas ao contrato anterior já extinto. O referido artigo assim dispõe:

> 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.
>
> § 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).
>
> § 2º **As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior,** permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.
>
> § **3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições**: (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).
>
> I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a

[61] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão monocrática no TC-001.187/2010-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2014.

[62] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 326/2010-Plenário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei; (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

II - **celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes**; e (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 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 (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007). (g.n).

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 estatuídos 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 de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, na forma

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.[63]

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

[63] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 2517/2009 – Plenário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

não era a 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 §§ 3° 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 e efeitos a partir desta data[64].

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.

Destaque-se que tramita, perante o Supremo Tribunal Federal – STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.058/DF, na qual o Procurador-Geral da República suscita a inconstitucionalidade da alteração do artigo 42 da Lei 8.987/95 pela Lei 11.445/07. Até o presente momento, não consta decisão definitiva sobre a matéria no sítio eletrônico do STF[65], estando os autos conclusos para o relator.

Diante do exposto, entende-se **que há elementos suficientes para demonstrar a existência de comprometimento, restrição ou frustração do caráter competitivo da licitação em razão de item editalício impertinente e excessivo para o específico objeto do contrato, violador ao disposto no art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.**

---

[64] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Concessões, Permissões e Parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 157.

[65] Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 de ago. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A violação ao caráter competitivo do certame acarreta a sua nulidade, nos termos 49, *caput* e §§ 1º ao 4º, da Lei 8.666/1993, já que se trata de vício insanável de natureza grave. Amparando esse entendimento, a elucidativa explanação de Renato Geraldo Mendes:

> O legislador utilizou quatro verbos diferentes: admitir, prever, incluir e tolerar com a finalidade de inviabilizar tanto condutas comissivas (que decorrem da ação direta do agente) como as omissivas. Assim, a proibição atinge não só o que tenha concorrido com a sua ação, mas também o que se omite do dever de eliminar a condição restritiva e não o faz, quando para tanto tem competência. Ao se referir às cláusulas ou condições, o legislador emprega mais três verbos: comprometer, restringir e frustrar. **Como se vê, em tese, basta o comprometimento da competição para que o edital possa ser anulado**. No entanto, o comprometimento é situação que pode comportar mera potencialidade, sem que dela se origine prejuízo. Em outros casos, no entanto, a potencialidade causa real prejuízo. **Assim, é preciso analisar a situação concreta e somente diante de efetiva restrição à competição ou ao tratamento isonômico de licitantes é que se deve declarar a nulidade do certame.** É preciso ter em mente que não se deve declarar a nulidade quando não houver prejuízos aos interessados ou ao próprio interesse público.
>
> (...)
>
> De forma direta, é possível dizer que haverá irregularidade na descrição do objeto quando ela for considerada insuficiente, impertinente, desnecessária ou excessiva. **As formas apontadas revelam, portanto, irregularidade e podem conduzir à nulidade do processo de contratação. As exigências impertinentes e excessivas são as mais graves e constituem ilegalidade por viabilizarem restrições indevidas e antieconômicas. Tais restrições devem ser evitadas e não podem ser toleradas pelos agentes públicos responsáveis, pela assessoria jurídica ou pelos órgãos de controle."**[66](g.n.)

Compartilha desse entendimento o Colendo Tribunal de Contas da União, nos termos do julgado abaixo:

> **A violação de princípios básicos** da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência às diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, **bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame.**[67] [g.n]

Desta forma, averígua-se a presença de um vício de finalidade, já que a concessão de serviço público visa à prestação de um serviço público adequado, repassando na modicidade tarifária, o qual foi comprometida com a exigência do pagamento de dívida estatal pela vencedora do certame. Isto maculou o procedimento licitatório e

[66] MENDES, Renato Geraldo. **Lei Anotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 3, § 1º, inc. I, categoria Legislação**. Disponível em: www.leianotada.com. Acesso em: 14 de ago. 2014.

[67] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 6198/2009 - Primeira Câmara - Sumário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

o contrato, na forma do art. 49 da Lei de Licitações e Contratos, não se vislumbrando a possível convalidação do vício.

Nos termos da auditoria realizada, a responsabilidade quanto ao presente achado de auditoria cabe ao sr. Jorge Hélio Leal, que cumulava os cargos de Diretor-Geral do DER/ES, Presidente da Comissão de Licitação do DER/ES e Presidente do Conselho Rodoviário Estadual – CRE, pois "[...] 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. 4.822/98 do CRE[68]".

Porém, o responsabilizado não foi submetido à citação, uma vez que a equipe de auditoria considerou, ante o decurso do prazo quinquenal, estar prescrita a pretensão punitiva desta Corte de Contas.

Por todo o exposto, saliento que o opinamento manifestado nos itens 3.2 da ITC 308/2015 e 4.2 da MT 00516/2017-1 foi no sentido de que o Colegiado adote a seguinte decisão:

> a) Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar 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.**;
>
> b) 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 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 anulação do Contrato de**

[68] Relatório de Auditoria 10/2014 – fls. 10380 – Vol. XLIV.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Concessão de Serviços Públicos 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

c) Caso a **ARSI** não atenda à determinação deste Tribunal no prazo assinado, com fundamento no artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual 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 de R$ 10.000,00 (*dez 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 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 a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

d) Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 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 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 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**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.3 – Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno

O Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 no item 2.4 sustenta a ausência de aprovação do Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/1998 pela assessoria jurídica, representada pela Procuradoria Geral do Estado, na forma do art. 21 da Lei Complementar Estadual 88/96, bem como, pelo controle interno do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo, descumprindo o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93

Por seu turno a Concessionária Rodovia do Sol S.A apresentou manifestação sobre o presente achado de auditoria (fls. 14.375-14.379, vol. LXIV), cujos contrapontos ao afirmado no Relatório de Auditoria estão apresentados, resumidamente, a seguir:

a) A Procuradoria Geral do Estado participou da elaboração da minuta de Edital e Contrato, conforme reconhecido pelo próprio relatório de auditoria e afirmado pelo Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, Sr. Adiomar Malbar Silva, à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada da Assembleia Legislativa deste Estado. Ressaltou que o Edital foi tacitamente aprovado pela PGE.

b) O DER/ES possui em sua estrutura organizacional uma Procuradoria Jurídica, que, nos termos do art. 4°, II, 'c', da Lei 3.220/78, é responsável pela assistência jurídica da autarquia, tendo sido responsável pela formalização do contrato de concessão com a concessionária, e, portanto, pela aprovação da minuta do edital que lhe deu origem.

Adentrando-se no exame meritório, cumpre inicialmente esclarecer que restou incontroversa a participação da Procuradoria Geral do Estado na confecção do Edital da 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**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A empresa notificada trouxe aos autos excerto do relato do senhor Adiomar Malbar Silva, Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, à Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, na qual afirma que o Edital e o Contrato foram elaborados pela Procuradoria Geral do Estado.

Porém, o Relatório de Auditoria já havia apontado divergência quanto ao conteúdo dessa afirmação no próprio relatório final da CPI:

> Vale registrar que o então Chefe da Procuradoria Judicial do DER/ES, Sr. Adiomar Malbar da Silva, prestou depoimento[69] 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 informação[70] de que o referido Edital teria sido elaborado pelo especialista contratado pelo Governo, o Dr. Geraldo Vieira.

O relatório final da CPI esclareceu, à fl. 5733 (Vol. XXVII):

> 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.

Desta forma, o depoimento do sr. Adiomar, neste ponto, não pode ser aceito de plano, carecendo de elementos elucidativos da discrepância apontada, os quais não foram trazidos aos autos pelos notificantes.

Acrescenta-se que a participação da PGE não configura aquiescência tácita, já que claramente não era a única responsável pela elaboração dos documentos editalícios do certame licitatório. Ademais, a análise de Edital anterior (Edital de Concorrência Pública SETR CN 1/97) e suposto acatamento das recomendações da PGE pela Comissão Permanente de Licitação, não implica em aprovação de novo Edital (Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98).

O parecer jurídico, segundo a norma inscrita no art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações e Contratos, é obrigatório em todos os processos de contratação pública, consistindo em requisito de validade da contratação. Este é o entendimento exarado por Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães:

[69] Processo TC 5591/2013. fls. 5704; 5.705-verso.
[70] Processo TC 5591/2013. fls. 5733.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **A prévia aprovação da assessoria é condição de validade do ato convocatório (e dos demais dele derivados e a ele vinculados).** O parecer, uma vez aprovado, integra o ato da autoridade e vale como sua motivação específica. **Caso a aprovação via assessoria não exista (ou exista a rejeição), os documentos não ingressarão legitimamente no ordenamento jurídico**. **Ao porventura desprezar a exigência, a Administração terá deixado de observar um requisito legal explícito. Logo, os atos que se seguirem carecerão de validade devendo ser anulados ou convalidados, a depender do defeito que macule o edital**[71] [g.n].

A emissão de parecer jurídico produzirá uma maior certeza e segurança para a própria Administração, posto que os atos viciados serão revistos e readequados, o que afastará eventuais impugnações e recursos. Revela-se, desta forma, ser procedimento legal e essencial. O Tribunal de Contas da União já se manifestou pela necessidade de emissão de parecer jurídico nos processos licitatórios:

> **Acórdão TCU n° 670/2008 - Plenário**
>
> Aperfeiçoe os controles, quando da emissão do necessário parecer jurídico presente nos processos licitatórios, de forma a contemplar todos os aspectos básicos essenciais e prévios a realização do certame[72].
>
> **Acórdão TCU n° 2.116/2011 – 2ª Câmara**
>
> Alerta ao [...] para que se abstenha de publicar editais de licitação ou minutas de contratos cujo conteúdo não tenha sido aprovado pela assessoria jurídica ou cujo conteúdo difira do aprovado por esta, nos exatos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei n° 8.666/93[73].

A equipe de auditoria ainda esclareceu que após cinco anos da licitação, em 19/9/2003, a Procuradoria Geral do Estado exarou o Parecer PGE/SCA 622/2003 (fls. 1409/1438 – Vol. VII), em que se manifestou sobre o edital, sem, contudo, prover uma análise conclusiva, em virtude de limitações de cunho documental, os quais estariam em posse da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Porém, da leitura do Parecer da PGE/SCA 622/2003 é possível aferir vários indícios de irregularidades, que conforme asseverado no Relatório de Auditoria, são passíveis

[71] MOREIRA, Egon Bockmann ; GUIMARÃES, Fernando César Vernalha. **Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação - LGL - e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 218.

[72] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU n° 670/2008 - Plenário**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 23 set. 2014.

[73] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU n° 2.116/2011 – 2ª Câmara**. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 23 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

de dar causa a nulidade do procedimento licitatório. Desta forma, a emissão de parecer da Procuradoria Geral do Estado, ainda que tardiamente, não implica em cumprimento ao art. 38, § único da Lei 8.666/93, seja pela sua falta de conclusão quanto à regularidade do certame, seja pelos indícios de vícios insanáveis, possíveis fundamentos para a nulidade da licitação.

Ainda que se coadune com a tese de que não caberia anulação pela simples falta de exame, a existência de vícios graves que maculem o edital pode dar causa à nulidade. Esse entendimento é defendido por Diógenes Gasparini, o qual faz referência ao entendimento de Marçal Justen Filho apontado no relatório de auditoria, nos termos que se segue:

> Prescreve o parágrafo único do art. 38 da Lei federal das Licitações e Contratos que as minutas dos editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração Pública responsável pelo certame a ser instaurado. Esse exame, embora essa Lei não diga, deve ser prévio à assinatura do edital, cujo original há de ser juntado ao processo licitatório. Trata-se de exame jurídico que se estende por todo o edital e respectivos anexos, ainda que dita Lei não mencione esses documentos. Nenhum outro exame cabe à assessoria jurídica. Esse exame é obrigatório, pois a redação desse parágrafo não ensancha qualquer faculdade, mas tem-se entendido que a sua falta não acarreta a nulidade do edital e dos eventuais atos subseqüentes, embora possa caracterizar responsabilidade funcional, como ensina Marçal Justen Filho.[18] **De fato, não cabe a anulação pela simples falta desse exame se o edital não padece de qualquer vício insanável, mas se apresentar com defeito de maior magnitude, a nulidade estará caracterizada e deve ser decretada pela Administração Pública**, mesmo que não haja qualquer provocação**. Mas é evidente que no caso o edital é nulo por si mesmo, não em razão da ausência do seu exame e da sua aprovação pela assessoria jurídica**[74] (g.n).

Portanto, a emissão do Parecer PGE/SCA 622/2003, de lavra da PGE, não tem por escopo suprir o *mandamus* do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, e tampouco, tem por escopo ensejar a convalidação do edital, já que vícios graves foram apontados em todo o Edital da Concorrência Pública 1/98.

A notificada Rodosol alegou que a Procuradoria Jurídica do DER/ES foi responsável pela aprovação da minuta, com base no art. 4°, II, 'c', da Lei Estadual 3.220/78, que prescreve:

> Art. 4º - O DER/ES tem a seguinte organização básica:
>
> [...]

[74] Gasparini, Diógenes. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**. Seção Doutrina. Curitiba: Zênite, n. 131, p. 5, jan. 2005.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> II – Órgãos de Direção Superior:
>
> [...]
>
> c) – Procuradoria Judicial, órgão responsável pela assistência jurídica às Unidades do DER/ES, pela sua representação em juízo e pelo cumprimento das normas legais que regem as atividades do Departamento;

No entanto, conforme bem asseverado pela equipe de auditagem, compete à Procuradoria Geral do Estado exarar o parecer jurídico faltante, nos termos do art. 3º, inciso VII e art. 21, III e parágrafo único da Lei Complementar Estadual 88/1996:

> **Art. 3º** - A Procuradoria Geral do Estado, diretamente subordinada ao Chefe do Poder Executivo, tem a seguinte competência fundamental:
>
> [...]
>
> VII - Examinar e aprovar previamente as minutas dos editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e quaisquer outros instrumentos em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo obrigacional, oneroso ou não, qualquer que seja a denominação dada aos mesmos, celebrados por quaisquer órgãos ou entidades integrantes da Administração do Estado do Espírito Santo, inclusive seus aditamentos, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal do dirigente do respectivo órgão, entidade ou Secretaria de Estado;
>
> **Art. 21** - À Subprocuradoria de Consultoria Administrativa compete:
>
> [...]
>
> III - Examinar as matérias e aprovar as minutas dos editais de licitação e dos demais instrumentos referidos no artigo 3º, inciso VII, desta Lei Complementar e manifestar-se previamente sobre quaisquer matérias referentes às licitações públicas promovidas por quaisquer dos órgãos integrantes da Administração Pública, inclusive sobre as hipóteses de licitação dedada, dispensada, dispensável e inexigível, sob pena de nulidade e responsabilidade administrativa, civil e criminal do dirigente do respectivo órgão, entidade ou Secretaria de Estado;
>
> **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.

Enquanto a redação do art. 4º da Lei Estadual 3.220/78 prescreveu as atribuições da Procuradoria Judicial do DER/ES de forma simplista e rasa, **a Lei Complementar Estadual n° 88/96, que define as atribuições e competências da Procuradoria Geral do Estado, foi clara e cristalina, ao dispor que lhe compete examinar minutas de editais de licitações e contratos de qualquer órgão ou entidade da**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Administração Pública Estadual, inclusive de autarquias, caso do DER/ES, conforme disposto no art. 1º da Lei 3.220/78[75].

De qualquer modo, em que pese o argumento suscitado pela notificada, **afere-se a inexistência de parecer jurídico da minuta de licitação, seja emitido pela Procuradoria Geral do Estado, seja pela Procuradoria Judicial do DER/ES, nos moldes do preconizado pelo art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93**.

Ressalta-se que no presente caso a ausência de parecer jurídico é um vício de forma ou procedimento, já que houve omissão a ato indispensável ao cumprimento da Lei 8.666/93. Cite-se a valiosa lição de José dos Santos Carvalho Filho:

> O aspecto relativo à forma válida tem estreita conexão com os procedimentos administrativos. Constantemente, a lei impõe que certos atos sejam precedidos de uma série séria formal de atividades (é o caso da licitação, por exemplo). O ato administrativo é o ponto em que culmina a sequência de atos prévios. Por ter essa natureza, estará sua validade comprometida se não for observado todo o procedimento, todo o iter que a lei contemplou, observância essa, aliás, que decorre do princípio do devido processo legal, consagrado em todo sistema jurídico moderno[76].

Nos termos da doutrina e julgados do TCU já citados, **o presente vício de forma não enseja a nulidade do edital, sendo possível sua convalidação, desde que não sobrevenha qualquer prejuízo ao interesse público**.

Quanto à ausência de parecer do controle interno, o Relatório de Auditoria não trouxe fundamentação fática pormenorizada, se limitando a apontar a ausência de documento que comprove a aprovação do controle interno. Não há qualquer elemento que aponte a existência de controle interno no âmbito do Departamento de Estradas de Rodagem do Espírito Santo naquele período ou dos procedimentos de controle que os contratos administrativos do órgão deveriam ser submetidos.

---

[75] Art. 1º - O Departamento de Estradas de Rodagem (DER-ES) **é uma autarquia**, com personalidade jurídica de direito público e autonomia técnica, administrativa e financeira, vinculada à Secretaria de Estado do Interior e dos Transportes.

[76] CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2012, p. 110.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Tampouco consta fundamento normativo para sua exigência à época, de modo que **o achado de auditoria, no que pertinente à falta de aprovação do controle interno, não pode persistir**.

Quanto aos argumentos trazidos pela Concessionária Rodovia do Sol S.A no documento de fls. 25.923-26.004 (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. 25.923-26.004 (vol. CXVII), o seguinte:

> 130. Igualmente despropositado é o suposto vício formal apontado com base no disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei n° 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. 25.923-26.004 (vol. CXVII), **visando <u>induzir</u> 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 Edital[77] 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"*.

Note-se que na ITC 308/2015 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"*.

[77] Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 CPI[78] 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.

Note-se que o próprio Relatório Final da CPI[79] indica concluir que teria sido o Dr. Geraldo Vieira o autor do Edital de Licitação 01/98, recordemos:

> Registre-se que **o Consultor Jurídico Geraldo Vieira, responsável pela elaboração do edital de Licitação 01/98, em depoimento à CP**I, 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

[78] Que também teve como objeto o contrato de concessão do sistema Rodovia do Sol.
[79] Ver fl. 5733 (Vol. XXVII).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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. 25.923-26.004 (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 § 3° do art. 60 da Constituição Estadual (Trecho do Parecer PGE/SCA 622/2003, fl. 1.409, vol. VII, g.n).

A propósito, cabe novamente ressaltar que o Parecer PGE/SCA 622/2003, exarado quando já decorridos 05 (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 <u>distorcer</u> o que se encontra consignado na ITC 308/2015**, no que fere o princípio da lealdade processual.

Como responsáveis pelo achado de auditoria, foram apontados:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- o senhor Jorge Hélio Leal por exercer as funções de Diretor-Geral do DER/ES e Presidente da Comissão Especial de Licitação do DER/ES, e por ser 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 1/1998 sem aprovação da PGE.

- os senhores Adiomar Malbar da Silva, Sérgio Luiz Coelho de Lima, Paulo Augusto Jabour de Rezende, Rogério Vasques Benezath e Edivaldo Correa de Assis, membros da Comissão Especial de Licitação, uma vez que se omitiram no dever de zelar pela estrita legalidade do processo administrativo.

Em que pesem as responsabilidades acima apontadas, nenhum deles foi citado, uma vez que, pelo decurso de prazo quinquenal, prescreveu a pretensão punitiva desta Corte de Contas, já que os fatos se deram no ano de 1998.

Por todo o exposto e diante do descumprimento de imperativo legal estatuído pelo art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93 **mantenho**, em sua totalidade, o opinamento manifestado nos itens 3.3 da ITC 308/2015 e 4.3 da MT 00516/2017-1 e pugno no sentido de que o Colegiado adote a seguinte decisão:

> **a) – Que seja mantida a presente irregularidade apontada pela equipe de auditoria** diante do descumprimento de imperativo legal estatuído pelo art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93;
>
> b) - Que **seja decretada 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 1/98, que abriu procedimento licitatório sem a aprovação da Procuradoria Geral do Estado ou do Controle Interno;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.4 – Restrição Ilegal do Caráter Competitivo do Certame

O corpo técnico sustenta a restrição do caráter competitivo do certame do Edital de Concessão de Serviços Públicos 1/98, com fundamento no artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, em decorrência de diversos achados de auditoria que serão devidamente tipificados nos item **2.2.4.1 a 2.2.4.6** a seguir.

Dessa forma, mantendo-se a mesma topologia encontrada no Relatório de Auditoria e na **ITC 308/2015**, meu posicionamento conclusivo englobando as questões referentes à responsabilidade, reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por este TCEES referentes a presente irregularidade será tratada no item **2.2.4.6.**

2.2.4.1 – Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas

Segundo o achado de auditoria, transcrito no item 2.5.1 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/1998 estabeleceu critérios subjetivos para pontuação da proposta, violando os termos do art. 14 da Lei 8.987/95.

No tocante à manifestação da ARSI (fls. 18.458-18.491, vol. LXXXIII), a agência reguladora, em síntese, nega qualquer responsabilidade sua acerca da anomalia ora em enfoque, bem como, alega que não teria "[...] prerrogativas de extinção do contrato [...]".

A Concessionária Rodovia do Sol S.A apresentou suas considerações sobre o presente achado de auditoria (fls. 14.329-14.431, vol. LXIV), cujos contrapontos ao afirmado no Relatório de Auditoria estão apresentados, resumidamente, a seguir:

> a) A avaliação da proposta de metodologia da execução realizada pela Comissão Especial teve por escopo a verificação da presença ou

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> ausência dos itens listados no quadro constante das páginas 68 a 70 do edital, o que demonstra sua realização de forma objetiva, obedecendo ainda os critérios objetivos constantes nos itens 134 a 136 do edital. Ressalta que a concorrência era do tipo menor preço.

Oportuno ressaltar que 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. 25.923-26.004 (vol. CXVII), em nada diferem dos argumentos tecidos na defesa escrita de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV).

Adentrando-se na análise da questão, cumpre inicialmente esclarecer que a licitação na modalidade concorrencial e do tipo menor tarifa não cria qualquer obstáculo à exigência e julgamento da Proposta de Metodologia da Execução. Trata-se de previsão pertinente ao objeto contratual, que consta expressamente no edital, cujo julgamento perpetuado pela comissão especial cumpre com o princípio de vinculação ao instrumento convocatório.

É preciso entender a sistemática da avaliação e julgamento da Proposta de Metodologia da Execução prevista no Edital 1/98. Dentre os documentos a serem entregues pelos licitantes consta a Proposta de Metodologia da Execução, cuja não apresentação importaria na inabilitação da empresa interessada, nos termos do item 47 do edital.

O item 62 ainda estabelece a necessidade de análise dessa documentação a fim de que a Comissão proceda ao exame e julgamento da aceitabilidade da proposta. Os itens 134 a 136, ventilados pela notificada, tratam do exame das propostas ao estipular os aspectos a serem observados pela comissão, possuindo caráter orientativo para formação de sua convicção, nos termos que se segue:

> 134. As PROPOSTAS DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO serão examinadas quanto 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**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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;

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 analise 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.

Percebe-se a utilização do termo "levados em consideração", de modo que o exame realizado pela comissão poderá ser mais amplo, devendo contudo verificar os aspectos abordados segundo seu próprio juízo. Pelos pontos ventilados, evidencia-se que são temas amplos, sujeitos a discricionariedade e subjetivismo do julgador, conforme se verifica da alínea 'd' do inciso II do item 136, novamente transcrito:

> [...] **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**. (g.n).

Porém, a condução do exame da proposta apenas reforça o caráter subjetivo dos critérios de julgamento. Quanto ao julgamento da proposta, os itens editalícios 137 a 145 a regulamentaram:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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**.

138. Em cada um dos seis agrupamentos e respectivos subagrupamentos serão examinados, conjuntamente, os aspectos referidos na SEÇÃO anterior, além dos aspectos previstos na 'Tabela" de que trata esta SUBSEÇÃO.

139. Os agrupamentos são os seguintes:

a) Conhecimento do Problema:

b) Plano de Trabalho para a Execução dos Serviços de Ampliação;

c) Plano de Trabalho para a Execução dos Serviços de Operação;

d) Plano de Trabalho para a Execução dos Serviços de Conservação e Manutenção do SISTEMA:

e) Plano de Trabalho para a Execução dos Serviços de Recuperação e Modernização da Ponte Castello de Mendonça:

f) Estrutura Organizacional da Concessionária.

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.**

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

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A despeito da expressa referência ao Anexo IV (Termo de Referência para Elaboração da Proposta de Metodologia de Execução, fls. 3.694-3.706, vol. XVII) do Edital, através do item 137, percebe-se que o mesmo não estabelece critérios de julgamento, apenas instruções sobre a confecção da proposta a ser apresentada e temas a serem abordados.

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

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

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

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

> Art. 44. **No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos** definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
>
> **§ 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator** sigiloso, secreto, **subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.**
>
> Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, **de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle** (g.n).

A adoção de critérios objetivos é obrigação da Administração, conforme acentua a jurisprudência pátria:

> **Contratação pública – Edital – Proposta técnica – Critério objetivo – Obrigatoriedade – TCU**
>
> **É dever da Administração adotar "critérios objetivos para o julgamento da proposta técnica, de modo a atender ao princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 3º e no art. 40, inc. VII, ambos da Lei nº 8.666/93**". (TCU, Acórdão nº 542/2003, 1ª Câmara, Rel. Min. Marcos Vinicios Rodrigues Vilaça, DOU de 03.04.2003.) Sobre a obrigatoriedade de definição clara e objetiva dos critérios de julgamento, ver TCU, Acórdão nº 88/1996, Plenário, Rel. Min. José Antonio Barreto de Macedo, DOU de 10.07.1996.[80]
>
> **Contratação pública – Licitação – Proposta – Julgamento – Critério objetivo – Obrigatoriedade – TCU**
>
> Consoante orientação do TCU, **cumpre à Administração adotar "critérios objetivos para o julgamento da proposta técnica, de modo a atender ao princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 3º e no art. 40, inc. VII, ambos da Lei nº 8.666/93"**. (TCU, Acórdão nº 542/2003, 1ª Câmara, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, DOU de 03.04.2003)[81].

Diante do exposto entendo que restou evidenciada a adoção de critérios subjetivos para pontuação das propostas, fato que atenta contra o caráter competitivo do certame, infringindo o disposto no art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

[80] MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 40, categoria Legislação. Disponível em: <www.leianotada.com>. Acesso em 04 set. 2014.
[81] MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 45, categoria Legislação. Disponível em: <www.leianotada.com>. Acesso em 04 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Dessa forma, mantendo-se a mesma topologia encontrada no **Relatório de Auditoria e na ITC 308/2015**, meu posicionamento conclusivo englobando as questões referentes à responsabilidade, reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por este TCEES referentes a presente irregularidade será tratada no item **2.2.4.6.**

2.2.4.2 – Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória

Segundo o presente achado de auditoria, transcrito no item 2.5.2 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98, em seu item 95, exigiu dos licitantes a visita técnica obrigatória do "SISTEMA RODOVIA DO SOL", que ocorreu efetivamente de forma conjunta, ou seja, através da participação de 18 (dezoito) interessados ao mesmo tempo, nos termos da Ata de Visita Técnica Coletiva (fl. 1.015 - vol. VI). Tais fatos configurariam o desrespeito aos preceitos estatuídos nos artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, inciso III, ambos da Lei 8.666/1993, e artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

É mister ressaltar que, embora notificada para aduzir suas razões em sede de oitiva, a ARSI não se manifestou especificamente acerca do indicativo ora tratado.

Por seu turno a Concessionária Rodovia do Sol S.A teceu suas considerações sobre o presente achado de auditoria (fls. 14.329-14.431, vol. LXIV), cujos contrapontos ao afirmado no Relatório de Auditoria estão apresentados, resumidamente, a seguir:

a) A previsão editalícia de visita técnica conjunta e obrigatória e possui previsão legal no art. 30, III, da Lei 8.666/93, além de possuir propósito legítimo, qual seja, o conhecimento integral do objeto licitado.

b) É infundado o aventado "ambiente propício ao conluio" pelo relatório de auditoria, vez que não há base fática concreta e tampouco fundamento na doutrina ou na jurisprudência, não tendo ocorrido qualquer restrição à competição, já que dezoito interessados compareceram à visita técnica.

Passando-se efetivamente à análise tem-se que o presente achado de auditoria abarca suposta infringência legal e constitucional em face do conteúdo dos itens 95 a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

97 do Edital de Concorrência Pública de Concessão 1/98 e da realização de visita técnica obrigatória e conjunta de interessados. Por conseguinte, dois aspectos devem ser abordados na presente análise. O primeiro diz respeito à obrigatoriedade da visita técnica e o segundo quanto a sua realização de forma conjunta.

Os itens 95 a 96 do Edital de Concorrência Pública de Concessão 1/98 possuem a seguinte redação:

> 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)**.

É cediço que a Lei 8.666/93 não se refere expressamente à visita técnica, cujo objetivo é o prévio conhecimento pelo licitante das condições locais para que faça a sua proposta, resguardando-se o interesse da Administração. Acerca da finalidade da realização de visita técnica, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão 4.968/2011 – Segunda Câmara, 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**.[82] (g.n).

A visita técnica encontra-se referida (de forma indireta) na parte final do inciso III do art. 30 da Lei 8.666/93, de seguinte dicção:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> [...]

[82] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 4.968/2011** – Segunda Câmara. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 16 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, **quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação**;

Em verdade, a interpretação da parte final do inciso III, do art. 30 da LLC, tem gerado discussões na doutrina e jurisprudência, pugnando alguns pela natureza obrigatória da realização da visita técnica, opinando outros pela sua facultatividade.

Trazendo luz sobre a questão, leciona Renato Geraldo Mendes[83] que a obrigatoriedade ou facultatividade da visita técnica, a ser fixada pela Administração, dependerá da relevância das condições locais, bem como, da complexidade do objeto, senão vejamos:

> Contratação pública – Planejamento – Habilitação – Capacidade técnica – Visita técnica – Direito ou dever a ser imposto ao interessado – Critério – Renato Geraldo Mendes
>
> A principal questão que norteia a realização da visita técnica é saber se tal condição representa um direito do interessado ou um dever a ser por ele cumprido, sob pena de inabilitação. Se entendermos que é um direito, terá o interessado a possibilidade de abrir mão dele e, por força disso, não realizar a vistoria, sem que isso implique o seu afastamento do certame. Assim, a não realização da vistoria pelo interessado, mesmo tendo sido conferida a ele tal possibilidade, representaria a plena aceitação das condições locais mesmo não as conhecendo. Nesse caso, entende-se que foi dado ao particular o direito de vistoriar o local da execução e que ele, não o fazendo, assumiu os riscos inerentes à sua omissão. Logo, não poderá argumentar desconhecimento das condições locais para a execução do contrato para eximir-se de responsabilidade que integra o encargo, claro que, desde que tais condições estejam presentes ou que possam ser identificadas em razão da vistoria. No entanto, se for entendido que a vistoria é um dever do interessado e que ele não pode se eximir de cumpri-la, a sua não realização implicará a inabilitação dele. **É perfeitamente possível sustentar** essa tese e entender **que a realização da vistoria não é uma faculdade, mas um dever a ser atendido**. O fundamento para essa tese é a potencialidade do risco que envolve determinados encargos e a obrigação da Administração de reduzi-lo ao máximo. Nesse sentido, **é razoável sustentar que o interessado está obrigado a conhecer as condições locais de execução como requisito necessário para avaliar sua própria condição técnica em face do objeto a ser executado**. É evidente que isso não elimina o risco, mas reduz sua potencialidade. Aliás, todas as exigências feitas no tocante à capacidade técnica não eliminam os riscos que envolvem a execução, apenas reduzem a possibilidade de inexecução do contrato. Essa é a ideia que norteia o planejamento e as exigências que dele decorrem. Seguindo a lógica e a determinação prevista na parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, é possível resolver a questão de duas diferentes formas. **A determinação constitucional é no sentido de que as exigências técnicas sejam calibradas pelo objeto (ou pelas obrigações a serem executadas). A solução tem de seguir essa lógica necessária. Portanto, a solução variará de acordo com a complexidade da obrigação (objeto). Sendo as condições locais de execução pouco relevantes para o sucesso da contratação, poderá a Administração apenas facultar ao licitante o direito de realizar a vistoria. Por outro lado, sendo as condições locais**

[83] MENDES, Renato Geraldo. Lei de licitações e contratos anotada. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013, p. 620-621.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **relevantes, poderá a Administração impor a condição de realização da vistoria como um dever, cujo não cumprimento acarretará a inabilitação do licitante.** A adoção desse critério (direito ou dever) não afasta a possibilidade de o interessado poder vistoriar as condições locais sempre que entender necessário. Para tanto, caberá à Administração, mesmo quando não fixar a condição como dever, disciplinar o exercício do direito a ser exercido pelo licitante (grifou-se).

Com efeito, a parte final do inciso III, do art. 30 da LLC, ao utilizar a expressão "quando exigido", parece realmente indicar que a Administração Pública poderá impor – evidentemente de maneira expressa no instrumento convocatório – ao licitante, a realização de visita técnica, sob pena de inabilitação.

Vale dizer, que padrão semelhante quanto à discricionariedade da imposição pela Administração, e, a partir da exigência no edital, obrigatoriedade no seu cumprimento, é encontrada no artigo 56[84] da Lei de Licitações e Contratos, que dispõe sobre a prestação de garantia nas contratações. Note-se que a lei estabelece que a exigência de prestação de garantia ficará "a critério da autoridade competente", entretanto, desde que imposta no instrumento convocatório, passa, sua exigência, a ser obrigatória, facultando-se ao contratado optar por uma das modalidades de garantia (caução, seguro-garantia ou fiança bancária). Ao nosso sentir, situação similar se dá quanto à visita técnica.

Desta forma, a comprovação da realização da visita técnica só poderia ser cobrada do licitante, como requisito de qualificação técnica, na hipótese do instrumento convocatório evidenciar a exigência do expediente, tal como previsto expressamente no item 95 do Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

No entanto, ainda que possível a previsão da obrigatoriedade da visita técnica no edital, ela também deverá estar amparada por razões que a fundamente, tais como a imperiosa necessidade de conhecer as condições locais da realização da obra e a complexidade do objeto licitado.

Tendo em vista que a exigência de visita técnica limita o universo de participantes no certame, pois cria um ônus para interessados de localidades distantes em

[84] Art. 56 A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

relação ao cumprimento das obrigações, somente deverá ser exigida se for considerado imprescindível ao conhecimento das peculiaridades locais para a apresentação de propostas sérias e concretas.

Quando a disponibilização dos projetos ou de seus elementos for suficiente para a elaboração das propostas, a visita técnica não deverá ser exigida no edital. Logo, para ser tida como legítima a exigência de visita técnica deverá estar demonstrada a sua indispensabilidade para a devida execução do objeto licitado.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União:

> 8. No que tange à exigência do edital sobre vistoria técnica prévia das condições do local de execução do objeto, a exigência mostra-se em consonância com o art. 30, inciso III, da Lei de Licitações.
>
> 9. **De fato, penso ser salutar que a licitante conheça as condições locais onde serão cumpridas as obrigações objeto da licitação, de forma a identificar eventual necessidade de adaptações que se fizerem necessárias para prestação dos serviços**. A exigência de vistoria técnica configura-se, também, como forma de a Administração se resguardar, pois a contratada não poderá alegar a existência de impedimentos para a perfeita execução do objeto, amparada no desconhecimento das instalações onde realizará os serviços."[85]
>
> Consigne de forma expressa, nos próximos editais, o motivo de exigir-se visita ao local da realização dos serviços do responsável técnico da empresa que participara da licitação, **demonstrando, tecnicamente, que a exigência é necessária, pertinente e indispensável a correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame**.[86] (g.n)

A área técnica do Tribunal de Contas da União é categórica ao afirmar, através do Acórdão 2.990/2010 que "[...] a vistoria seria elemento complementar e justificável, de forma obrigatória, quando, em face à extensão e complexidade do objeto, for indispensável para perfeito conhecimento da obra ou serviço[87]."

Inclusive, esse raciocínio está em consonância com o disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição da República, que reputa como legítima apenas as "exigências

[85] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 889/2010** - Plenário. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 16 set. 2014.
[86] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 571/2006** - Segunda Câmara. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 16 set. 2014.
[87] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n° 2.990/2010** - Plenário. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 17 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Portanto, 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 em exigir declaração do licitante. Porém, no entendimento do Poder Concedente, era imperativo a visita técnica, trazendo suas razões, ainda que de forma simples, expressamente no item 97 do Edital:

> 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 DOCUMENTAÇÃO.

Resta saber se o serviço precedido de obra, objeto da concessão em comento, possuía alta complexidade, a ponto de ser justificável a exigência de visita técnica. 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.

Isto porque, obras de implantação e duplicação de rodovias, ou mesmo as obras de arte especiais como as previstas no objeto da concessão não continham qualquer característica de alta complexidade.

Ademais, uma visita guiada em um ônibus não teria a capacidade de demonstrar as características locais, principalmente nos trechos onde era prevista a implantação de uma nova rodovia, a exemplo do Contorno de Guarapari, pois certamente o veículo não poderia trafegar por trecho em que não havia rodovia a ser trafegada.

Deve-se destacar que nos documentos analisados pela equipe de auditoria bem como nos esclarecimentos prestados, não foi encontrada qualquer justificativa técnica para a adoção da visita.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Desta forma, a baixa complexidade do objeto editalício demonstra ser impertinente e prejudicial ao interesse público o prévio conhecimento dos licitantes através de visita técnica obrigatória do sistema viário a ser licitado. **E, portanto, a previsão editalícia do item 95 se mostra ilegal e restritiva.** Ressalta-se que todas as informações necessárias para a elaboração das propostas devem estar contidas nas especificações técnicas, planilhas e elementos de projeto básico, não sendo, portanto, plausível a exigência de uma visita ao local de execução da obra ou da realização de serviço.

Desta forma, **a exigência de visita técnica só é possível por uma excepcionalidade, conforme a complexidade do objeto editalício, a qual não restou demonstrada e nem foi devidamente justificada pela administração pública**.

Porém, ainda que caracterizada a imprescindibilidade da visita técnica, que não é o presente caso, o Tribunal de Contas da União tem determinado cautela nas previsões editalícias pelos entes licitantes, de modo a não restringir indevidamente o caráter competitivo do certame ou permitir um ambiente propício ao conluio entre licitantes. Cabe, portanto, a análise quanto ao segundo aspecto, qual seja, a visita técnica conjunta.

A visita técnica não deve ser realizada de forma conjunta entre os licitantes, sendo o ideal o estabelecimento de prazo em que os interessados agendem sua visita com representante do ente público. O edital em comento acertadamente previu tal prazo ao estipular nos termos abaixo:

> 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)**.

Porém, o que se percebeu foi uma deturpação dessa previsão, já que restou incontroverso e cabalmente demonstrado que a visita técnica de todos os potenciais interessados ocorreu no mesmo dia e horário, sendo todos

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

transportados no mesmo veículo, conforme demonstra de maneira induvidosa a **"Ata da Visita Técnica Coletiva"** abaixo transcrita:

> 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 Especial de Licitação e demais representantes presentes[88]. (g.n)

Como já dito, a visita técnica tem por finalidade propiciar ao licitante o conhecimento das condições locais para que possa fazer, adequada e conscientemente, a sua proposta, lado outro, a realização da visita técnica pelo licitante funciona como uma renúncia a qualquer possibilidade de alegação futura de que desconhecia as características ou especificidades do objeto licitado, constituindo-se, assim, em uma garantia para Administração Pública.

[88] Processo TC 5591/2013. fls. 1015, vol. V.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Assim, a visitação não pode conter restrições desnecessárias de modo a criar dificuldades para a sua realização, nem tampouco servir de ambiente para o conhecimento prévio de potenciais licitantes. Logo, deve ser oportunizado prazo flexível para que os licitantes interessados possam visitar o local de realização das obras nele realizando os estudos e prospecções que julgarem necessários, de modo separado, sem a presença dos demais interessados.

Por fim, cabe ressaltar que o E. Tribunal de Contas da União, em recente julgado, onde foi analisada a questão da realização de visita técnica marcada, para todos os interessados, em um mesmo dia e horário, pontuou pela irregularidade da prática, conforme se pode visualizar no excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

> **Contratação pública – Habilitação – Técnica – Exigência – Visita técnica – Insuficiência de prazo – TCU**
>
> Representação formulada por empresa licitante apontou supostas irregularidades em licitação que tinha por objeto a execução de obra pública. Destaque-se, entre elas, a seguinte: "a) limitação da **visita técnica ao local das obras somente a um único dia** e às vésperas da abertura da licitação". O Relator do TCU, ao apreciar a questão, anotou que "o **Tribunal tem entendido ser irregular a exigência de realização de visita técnica em dias e horários pré-fixados, <u>objetivando com isso evitar</u>** a restrição indevida de competitividade e **a possibilidade de <u>conhecimento prévio do universo de concorrentes</u> <u>pelas licitantes</u>, o que poderia ensejar o conluio entre elas"**. Ao tratar da alteração do edital que tornou a visita técnica facultativa, o TCU ponderou que "não andou bem a Administração ao manter a limitação da visita a um único dia (17/10/2012) e às vésperas da licitação (23/10/2012), quando, ao contrário, deveria ter concedido um prazo maior e com a devida antecedência para que os licitantes pudessem efetivá-la, para melhor tomarem conhecimento das condições de execução da obra". O Tribunal, ao acolher proposta do Relator, decidiu: "determinar ao (omissis) que, na hipótese de instaurar nova licitação em substituição a essa concorrência, estabeleça prazo adequado para a realização da visita técnica, não a restringindo a dia e horário fixos, **<u>com vistas a inibir que potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes,</u>** bem assim permitir aos possíveis interessados, após a realização da visita, tempo hábil para a finalização de suas propostas". No mesmo sentido: Acórdãos nºs 2.107/2009 - 2ª Câmara e 1.924/2010 - Plenário. (TCU, Acórdão nº 3.459/2012, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU de 17.12.2012.) (grifou-se)[89].

Segundo a mesma Corte de Contas, a realização da visita técnica unificada prejudica a obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, uma vez que possibilita que as empresas tomem conhecimento prévio de quantos e quais

[89] MENDES, Renato Geraldo. Lei Anotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 30, categoria Legislação. Disponível em < www.leianotada.com>. Acesso em 17 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

são os participantes do certame. Afere-se este entendimento do Acordão 110/2012 – Plenário, do TCU:

> 31. Com relação à **exigência de que os competidores devem realizar visita técnica ao local da obra, em dia e hora único**, definido no edital, foi demonstrado que **a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de repudiar tal medida, por configurar restrição indevida à competitividade do certame e por favorecer o prévio acerto entre os pretendentes.** Neste caso, a falta é suficiente para macular a licitação e ensejar proposta para a anulação do processo licitatório, sem prejuízo de dar ciência ao *omissis* que a inserção no edital de licitação de exigência para a realização de vistoria técnica em um único dia e horário, constitui-se em restrição à competitividade e ofensa ao disposto no art. 3º, caput, e §1º, inciso II, da Lei 8.666/1993, além de favorecer ajustes entre os potenciais competidores"[90].

No caso em tela, em razão da visita técnica ter sido realizada em uma mesma data e horário (24/9/1998 com início às 8:30 h) e de maneira conjunta, contemplando no mesmo ato de visitação todos os interessados no objeto licitado, inegavelmente permitiu-se a identificação dos propensos concorrentes, comprometendo assim a higidez do próprio procedimento licitatório, ante a possibilidade – que não pode ser afastada – de possível conluio entre participantes. Vale dizer que 18 (dezoito) interessados participaram da visita técnica, conforme "Ata" de fls. 1.015 (vol. V), mas apenas duas empresas apresentaram propostas (Servix Engenharia S/A e Castilho Porto Alegre S/A) conforme atesta a Ata de fls. 1.035-1.036, vol. VI.

Dessa forma, ante a configuração em que se deu a visita técnica – mesmo dia e horário para todos os interessados – entende-se que houve o desatendimento a uma das finalidades afetas a todo procedimento licitatório, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, finalidade esta que somente pode ser alcançada em um certame que oportunize a ampla competitividade, fator este que não se coaduna com a exposição prévia e conjunta dos possíveis interessados no objeto licitado.

Nessa ordem de ideias tem-se que o procedimento licitatório da Concorrência Pública de Concessão 1/1998 desatendeu ao disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93 que veda aos agentes públicos a adoção de "[...] cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem [...]" o caráter competitivo do

[90] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acordão nº 110/2012** – Plenário. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 19 set. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

certame. Resta demonstrada a adoção de procedimento ilegal na condução do certame pelo então Presidente da Comissão de Licitação, senhor Jorge Hélio Leal, ao exigir a visita técnica conjunta com todos os possíveis interessados, claramente exposta na ata de visita técnica anteriormente transcrita.

Evidencia-se que em determinadas situações a visita técnica pode ser exigida como critério de habilitação, no entanto essa condição deve ser ponderada a luz do art. 3º, § 1º, I da Lei de Licitações e do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal e segundo o necessário ao pleno conhecimento do objeto licitatório. Assim, a exigência somente será legítima para o cumprimento adequado das obrigações contratuais, sendo imprescindível a adoção de todas as cautelas necessárias à realização da visita técnica, de modo a evitar a restrição indevida ao caráter competitivo do certame ou fomentar prática de conluio entre possíveis no certame.

Oportuno ressaltar que 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. 25.923-26.004 (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 <u>rebater a afirmação da ITC quanto à baixa complexidade do objeto</u> 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:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> [...] 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 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. 25.923-26.004 (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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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. 25.923-26.004, vol. CXVII, reiteramos que a expressão "pode", constante na ITC 308/2015, se refere à possibilidade da Administração poder escolher entre a 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.

Diante do exposto restou evidenciado que a "exigência de visita técnica conjunta e obrigatória", deva ser reconhecida como ilegal ante a indevida restrição que causou ao caráter competitivo do certame em afronta ao art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Dessa forma, mantendo-se a mesma topologia encontrada no **Relatório de Auditoria e na ITC 308/2015**, meu posicionamento conclusivo englobando as questões referentes à responsabilidade, reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por este TCEES referentes a presente irregularidade será tratada no item **2.2.4.6.**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.4.3 – Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

O Relatório de Auditoria 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) no achado de auditoria descrito em seu item 2.5.3 e intitulado "inobservância dos prazos legais de publicidade do certame" aborda duas supostas anomalias referentes à publicidade da Concorrência Pública 1/98. A primeira é relativa ao prazo de elaboração de propostas, já a segunda inconsistência diz respeito à ausência de republicação do edital, que seria necessária, segundo a equipe de auditagem, em razão de alteração procedida no instrumento convocatório.

No que concerne à manifestação da ARSI (fls. 18.458-18.491, vol. LXXXIII), na qual, em síntese, nega qualquer responsabilidade acerca da anomalia ora em enfoque, bem como, alega que não teria "[...] prerrogativas de extinção do contrato [...]", ressaltamos que os mesmos argumentos foram examinados quando da análise do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva, ao qual fazemos remição para se evitar repetições desnecessárias.

De qualquer forma convém rememorar que na análise do referido item 3.1 da ITC reconheceu-se que a ARSI não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido[91] obrigações e direitos em sub-rogação ao DER/ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea "d" da Cláusula XXIII do ajuste, a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão.

Voltando ao exame das inconsistências detectadas, noticia o RA-E 10/2014 que a PGE no Parecer PGE/SCA nº 622/2003 (fls. 1;409-1;438, vol. VII) considerou que o Edital da Concorrência Pública 1/98 previu, como regime de contratação, o de empreitada integral e, por essa razão, o interstício mínimo entre a publicação do instrumento convocatório e o recebimento das propostas deveria ter sido de 45

[91] Em razão da assinatura do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

(quarenta e cinco) dias conforme estabelece a Lei de Licitações e Contratos em seu art. 21, § 2º, inciso I, alínea "b".

A equipe de auditagem, entretanto, discordou que a contratação visada e realizada, qual seja, a concessão de serviço público precedida de execução de obra pública, detenha características de uma contratação em regime de empreitada integral, eis que "[...] depois da entrega da obra persiste a prestação de serviços de manutenção durante todo o período da outorga com a consequente cobrança de pedágio".

Ademais, anota o RA-E 10/2014 que em razão da omissão do legislador em "[...] definir especificamente os prazos de publicidade para tal espécie de contrato administrativo [...]" haveria, no caso do Edital da CP 01/98, "[...] 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".

Acerca deste ponto do Relatório, ou seja, sobre a necessidade da adoção do prazo de 45 dias de intervalo entre as datas de publicação do edital e apresentação de propostas, argumenta a empresa concessionária, em sua manifestação de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) que, em caso de omissão na definição do prazo mínimo de publicidade do edital, a própria Lei 8.666/93 estabelece, em seu artigo 21, § 2º, II, "a", que o prazo será de 30 (trinta) dias para a concorrência que não se enquadrar nas hipóteses previstas na alínea "b" do inciso I do mesmo artigo e parágrafo.

Adentrando-se na análise convém trazermos ao lume o inteiro teor do artigo 21 da Lei de Licitações e Contratos, destacando-se os dispositivos que tratam do prazo mínimo para a elaboração de propostas quando a modalidade licitatória escolhida for a concorrência, vejamos:

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...] omissis [...]

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

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

§ 1º - O aviso publicado 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:

[...] omissis [...]

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

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

II - trinta dias para:

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

[...] omissis [...]

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

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

Observando-se os dispositivos acima destacados percebe-se que o legislador adotou prazos diferenciados para a modalidade licitatória da concorrência, de sorte que:

a) o edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 45 dias da data marcada para o recebimento das propostas quando a concorrência adotar o regime de empreitada integral ou os tipos (critério de julgamento) melhor técnica ou técnica e preço;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

b) o edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 30 dias nos casos em que a concorrência não detiver as características supramencionadas.

No caso em tela, conforme já aqui aventado, reconheceu o Relatório de Auditoria 10/2014 que a Concorrência Pública 1/98 não adotou o regime de empreitada integral em razão de o objeto licitado deter características próprias (basicamente a continuidade da prestação de serviços inerente às concessões) que afastam a adoção do regime definido no artigo 6º, inciso VIII, alínea "e"[92] da Lei 8.666/93. Ressalte-se, ainda, que o procedimento licitatório em enfoque também não adotou os tipos melhor técnica ou técnica e preço até mesmo porque, em se tratando de licitação prévia à concessão de serviço público, a própria Lei 8.987/95 define, em seu artigo 15, os critérios de julgamento que podem ser adotados, tendo a Administração Pública optado pelo critério do "menor valor da tarifa" (inciso I do dispositivo mencionado) conforme estabelecido no edital (fls. 12.982-13.056, vols. LVII e LVIII) em sua Seção VII, senão vejamos:

> Seção VII
>
> Do Tipo de Concorrência e do Critério de Julgamento
>
> 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 (g.n).

Nesse passo, considerando que a Lei 8.666/93 estabelece um prazo genérico de publicidade de edital a ser aplicado nas concorrências que não se enquadrem numa das três condições descritas no art. 21, § 2º, inciso I, alínea "b" (regime de

[92] 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 utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada [g.n];

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

empreitada integral ou critério de julgamento baseado na melhor técnica ou técnica e preço) entendemos 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 da Concorrência Pública 1/98.

Passamos agora à análise do segundo aspecto abordado pela equipe de auditagem no tocante à publicidade do Edital da Concorrência Pública 1/98.

Destaca o RA-E 10/2014 que o "Aviso de Licitação" da CP nº 01/98 foi publicado, em **04 de setembro de 1998**, nos periódicos "A Tribuna", "A Gazeta" e "Jornal do Brasil", bem como, no Diário Oficial do Estado. Já na data de **09 de setembro de 1998** o aviso foi publicado no Diário Oficial da União. Registre-se que cópias das publicações encontram-se às fls. 13.429-13.432 do vol. LX.

Note-se que a **data para o recebimento dos envelopes** contendo as propostas dos interessados foi designada para o dia **20 de outubro de 1998**, conforme consignado na Seção VI do edital (vide fl. 12.991, vol. LVII) e no "Aviso de Licitação" constante das publicações supramencionadas.

Entretanto, em **07 de outubro de 1998**, o DER/ES (autarquia licitante) **publicou**, nos periódicos "A Tribuna", "A Gazeta" e "Jornal do Brasil" (fls. 13.433-13.436, vol. LX), **comunicado informando a alteração do edital da Concorrência Pública nº 01/98**. Ressalte-se que a mesma comunicação foi publicada no Diário Oficial da União em **13 de outubro de 1998** (fl. 13.437, vol. LX), **ou seja, a apenas 07 (sete) dias da data limite para a apresentação dos envelopes contendo as propostas, ocorrida em 20 de outubro de 1998**.

O comunicado de alteração informa que foi realizada "[...] modificação no Quadro 5 do Anexo V (Proposta Comercial) do Edital, mediante a inclusão do subitem 1.9 – Conserva Especial [...]".

Nesse passo, **concluiu a equipe de auditagem 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1.4 Implantação do Complexo da Praça de Pedágio na Rodovia do Sol

1.5 Contorno de Guarapari – Trecho Setiba – Praia de Graçaí (OAE / OAC / Terraplen. Completa e Pavim. da 1ª pista)

1.6 Contorno de Guarapari – Trecho Setiba – Praia de Graçaí (OAE / OAC e Pavimentação da 2ª pista)

1.7 Interligação Av. Carlos Lindenberg – Terceira Ponte

1.8 Recuperação e Modernização da Terceira Ponte.

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

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 4,076, 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. 7.151-7.152, 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. 7.142-7.143, 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 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**.

Nesse passo, cabe enfatizar que o Tribunal de Contas da União tem entendimento pacificado no sentido de que em se tratando de modificação do edital que possa refletir na formulação de propostas deverá ser realizada a republicação e reabertura do prazo. Eis excertos jurisprudenciais colhidos daquela Corte:

> Contratação pública – Licitação – Edital – **Publicação – Alteração posterior – Republicação – Obrigatoriedade – TCU**
>
> O TCU considerou irregular o aumento substancial e extemporâneo dos quantitativos da planilha orçamentária ocorrido na fase de julgamento das propostas, uma vez que, **à luz do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, qualquer modificação no edital exige a mesma divulgação adotada para o texto original**. (TCU, Acórdão nº 31/2013, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU de 31.01.2013) [g.n].
>
> Contratação pública – Princípio – **Publicidade – Edital – Alteração – Devolução de prazo – TCU**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> O Plenário do TCU estabeleceu que fossem cumpridas, rigorosamente, as normas e condições do edital, na forma do art. 41 da Lei nº 8.666/93, respeitando o princípio da publicidade, estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, **sempre que a alteração que se fizer necessária no edital puder afetar a formulação das propostas, hipótese em que deverá reabrir o prazo inicialmente fixado, divulgando a modificação pelos mesmos meios em que ocorreu a divulgação do texto original, tendo em vista o que dispõe o art. 21, § 4º, da referida Lei**. No mesmo sentido: Acórdãos nºs 2.561/2013 e 444/2001, ambos do Plenário do TCU. (TCU, Acórdão nº 799/2005, 2ª Câmara, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU de 25.05.2005) [g.n].

Registre-se, também, no mesmo sentido, julgados do E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

> Contratação pública – Princípio – **Publicidade – Edital – Alteração – Devolução integral do prazo de publicidade – Obrigatoriedade** – TCE/MG
>
> Representação. Publicidade de alterações no edital. **Qualquer alteração que porventura venha sofrer o instrumento convocatório obriga sua republicação, sob pena de aquebrantamento dos princípios da isonomia e da publicidade dos atos, e de tornar o <u>processo nulo</u>**. (...) Frisa-se que o princípio da publicidade impõe a obrigatoriedade de publicação dos principais atos e instrumentos do procedimento, inclusive a motivação das decisões, possibilitando o conhecimento dos interessados e de todos os cidadãos. Cuida-se de oferecer transparência ao procedimento licitatório, onde é vedado o sigilo, exceto quanto ao conteúdo das propostas". (TCE/MG, Representação nº 715719, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada, j. em 07.08.2007) [g.n].
>
> Contratação pública – Princípio – **Publicidade – Edital – Alteração – Reabertura do prazo** – TCE/MG
>
> Em denúncia sobre possíveis irregularidades em procedimento licitatório, verificou-se a ausência de reabertura do prazo para a apresentação das propostas após a realização de alterações no edital. Conforme trecho do Informativo nº 49 do TCE/MG, o Relator verificou que "no caso em tela, foram realizadas **modificações alterando significativamente as condições de formulação das propostas**, tais como alterações de valor que não se limitaram a meros acertos materiais. Considerou que a **não reabertura do prazo viola a ampla publicidade e a própria competitividade**". (TCE/MG, Denúncia nº 858.044, 2ª Câmara, Rel. Cons. Eduardo Carone Costa, Informativo nº 49, período de 04 a 17.07.2011) [g.n].

Acerca do dispositivo em enfoque comentam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães[93] que:

> **Qualquer alteração no conteúdo do edital que se reflita na confecção das propostas exigirá a devolução do prazo mínimo, mediante sua republicação.** Com a introdução de modificações no ato convocatório (seja *ex officio*, seja em decorrência de pedidos de esclarecimento ou impugnações), **os interessados têm direito ao prazo legal para adequação/reformulação de suas propostas**. Mais que isso, a nova versão do edital poderá despertar o interesse de sujeitos que, à luz do conteúdo

[93] MOREIRA, Egon Bokmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. 2012, p. 228.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> originário, não o possuíam. **O cumprimento do prazo assegurará a participação também de outros concorrentes, que só se interessaram em aceder à disputa diante das novas regras veiculadas** [g.n].

Vale dizer que a última publicação do comunicado de alteração do edital se deu na edição de **13 de outubro de 1998** (fl. 13.437, vol. LX), ou seja, a apenas 07 (sete) dias da data marcada para o recebimento das propostas, designada para **20 de outubro de 1998**.

Conforme já aqui explanado, restou induvidoso a necessidade de reabertura do prazo inicialmente estabelecido. Também já aqui se discutiu acerca do prazo mínimo de publicação do edital em antecedência à data de recebimento de propostas, chegando-se à conclusão de que o adotado (30 dias) estava de acordo com a Lei de Licitações.

Ademais o fato de não ter havido impugnação pelos possíveis interessados não desonera a Administração de cumprir a lei, tampouco a participação de 18 empresas na visita técnica, como afirma a empresa concessionária, tem o condão de afastar a anomalia que se traduz na inobservância de regra cogente e lastreada no princípio constitucional da publicidade, cabendo asseverar que somente 2 (duas) empresas apresentaram propostas à Comissão Permanente de Licitação do DER/ES.

Oportuno ressaltar que 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. 25.923-26.004 (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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 Rodosol 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, fls. 24.837 e seguintes.

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.

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Dessa forma, **conclui-se** que em razão da alteração realizada no edital da Concorrência Pública 1/98, significativa o suficiente para afetar a formulação de propostas, deveria o DER/ES ter procedido à sua republicação com a reabertura do prazo mínimo definido na Lei de Licitações e Contratos e aplicável à espécie (30 dias conforme art. 21, § 2º, inciso II, "a") para a apresentação de propostas pelos eventuais interessados.

Ao não proceder desta forma o DER/ES incorreu em ilegalidade por afronta a expressa disposição de lei (art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93), bem como aos princípios da publicidade e da competitividade, que juntamente com demais irregularidades já listadas, maculando irremediavelmente o procedimento licitatório e implicando em sua nulidade absoluta.

Já foram tecidos neste voto e, de forma contundente na Instrução Técnica Conclusiva, precisamente no item 3.1, comentários conceituais acerca dos elementos do ato administrativo de sorte que consideramos desnecessário e contraproducente repeti-los.

No presente caso observa-se, novamente, a ofensa a dois dos elementos nucleares do ato administrativo, quais sejam, a sua forma e a sua finalidade.

Os vícios de forma e finalidade encontram-se expressamente definidos no parágrafo único do artigo 2º da Lei de Ação Popular, conforme destacamos a seguir:

> **Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:**
>
> a) incompetência;
>
> **b) vício de forma;**
>
> c) ilegalidade do objeto;
>
> d) inexistência dos motivos;
>
> **e) desvio de finalidade.**
>
> **Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas**:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
>
> **b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato**;
>
> c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
>
> d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
>
> **e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência**. [g.n]

A partir da leitura dos dispositivos acima destacados resulta evidenciado que o DER/ES ao não republicar o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 após operar mudança substancial em seu conteúdo e que claramente afetava a formulação de propostas, já que incluiu outra espécie de investimento ("conserva especial"), incorreu em vício de forma eis que desatendeu, flagrantemente, à formalidade indispensável prevista de maneira cogente no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93, segundo a qual, em havendo modificação no edital que afete a formulação de propostas exigir-se-á "[...] divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido [...]". Vale acrescentar que a mera publicação de "avisos de alteração" não tem o condão de suprir a necessidade de republicação do edital e devolução do prazo para a formulação de propostas ante a taxatividade do § 4º do art. 21 da Lei de Licitações e Contratos.

Note-se que o vício supramencionado não pode ser convalidado. A possibilidade de convalidação ressai do disposto no artigo 55 da Lei Federal 9.784/99, aqui aplicada analogicamente, de seguinte teor:

> **Art. 55. Em decisão na qual se evidencie <u>não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros</u>, os <u>atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados</u> pela própria Administração** [g.n].

Rememore-se que, a teor do supramencionado dispositivo, a possibilidade de convalidação de um ato dependerá de certas condições cumulativas, quais sejam:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

a) que o defeito seja sanável;

b) que o ato não acarrete lesão ao interesse público;

c) que o ato não acarrete prejuízo a terceiros.

No presente caso, observa-se que o vício de forma se refere ao descumprimento de formalidade essencial exigida no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93, qual seja, a necessária republicação do edital e consequente abertura do mesmo prazo original quando o instrumento convocatório sofrer alteração substancial como ocorrido no certame em análise cujo objeto fora a concessão do sistema Rodosol.

Inegável e estreme de dúvidas que a ação faltosa do DER/ES acarretou séria lesão ao interesse público ante a ofensa ao princípio basilar da publicidade que deve nortear todo procedimento licitatório[94], ademais, não só o princípio da publicidade foi afetado, mas também a **própria competitividade do certame pode ter sido comprometida, eis que somente 02 (duas) empresas acabaram apresentando propostas** (Servix Engenharia S/A e Castilho Porto Alegre S/A, cf. Ata de fls. 1.035-1.036, vol. VI) muito embora 18 empresas tenham participado da visita técnica ocorrida em 24/09/1998 (vide "Ata da Visita Técnica Coletiva" às fls. 1015-1019, vol. v).

Entendemos, ainda, que, ao não cumprir a obrigação legal de republicação do Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/1998, o DER/ES incorreu em vício de finalidade. Nesse ponto cabe rememorarmos a lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro que conceitua o elemento finalidade como "[...] o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato[95]". A mesma autora,

[94] (Lei 8.666/93) 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 ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[95] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2013, p. 217.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

aprofundando-se no assunto, traça uma linha de diferenciação sobre as finalidades geral e específica do ato administrativo, vejamos[96]:

> Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes:
>
> [...]
>
> 1. em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública;
>
> 2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

Pois bem, qual a finalidade do procedimento licitatório? A questão nos é respondida pelo disposto no caput do artigo 3º da Lei 8.666/93 que destaca três objetivos primordiais, quais sejam: a) garantia da observância ao princípio constitucional da isonomia; b) a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e; c) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Vale observar que a finalidade de "promoção do desenvolvimento nacional sustentável" foi inserida no caput do mencionado dispositivo por força da Lei 12.349/2010 que lhe alterou a redação, sendo que as duas primeiras finalidades, acima elencadas, sempre constaram na redação original da Lei de Licitações e Contratos, sancionada em 21 de junho de 1993.

Da dicção do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93, resulta evidenciado que a finalidade pública do procedimento licitatório revela-se na busca pela contratação mais vantajosa para a administração com tratamento igualitário e impessoal, portanto isonômico, dispensado a todos os interessados em participar do certame.

Ocorre que ao proceder ao prosseguimento da Concorrência Pública de Concessão 1/98 sem atentar para a obrigatoriedade de republicação do instrumento convocatório, apesar da significativa alteração sofrida com a inclusão de outro item de investimento a ser considerado pelos interessados no objeto licitado, obrou o DER/ES em sentido contrário ao postulado fundamental do instituto da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a

[96] Ibidem, p. 217-218.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

administração. Deve-se aqui rememorar que apenas 02 (duas) empresas lograram apresentar propostas, muito embora 18 interessados tenham participado da visita técnica conjunta ocorrida em 24/9/1998 (cf. “Ata da Visita Técnica Coletiva” às fls. 1015-1019, vol. V).

Não se pode olvidar que avisos publicados a poucos dias da data final para apresentação das propostas (20/10/1998) possam ter desmotivado várias empresas interessadas na participação do certame ante a surpresa acarretada pela inclusão de outro item de investimento (conserva especial) a ser abarcada na proposta comercial do licitante e até então não contemplado. Vale enfatizar que os avisos de modificação do edital foram publicados às vésperas do certame, precisamente em 7/10/1998 (avisos publicados nos periódicos “A Tribuna”, “A Gazeta” e “Jornal do Brasil” - fls. 13.433-13.436, vol. LX) e 13/10/1998 (aviso publicado no Diário Oficial da União - fl. 13.437, vol. LX).

É evidente que a modificação implementada no edital, justamente a inserção de outro item de investimento a ser considerado pelos interessados, teve o efeito de afastar virtuais licitantes que se viram impossibilitados, ante a negação de prazo hábil, de refazerem os cálculos de suas propostas contemplando o novo item de investimento. Tudo teria sido evitado caso o DER/ES não tivesse agido ao arrepio da lei e procedesse à republicação do Edital com a devolução do prazo integral para a formulação e apresentação de propostas consoante determina o § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93. Entretanto, o encaminhamento que se deu não foi esse, o Edital não ganhou republicação e apenas 02 (duas) empresas vieram a apresentar propostas na data de 20/10/1998.

Nesse ínterim pode-se concluir que **o desatendimento à regra disposta no multicitado § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93 afetou, sobremaneira, a finalidade do próprio procedimento licitatório, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração e porque não dizer para a própria sociedade capixaba uma vez que o objeto licitado fora a concessão do Sistema Rodosol remunerado através de pedágio pago pelos seus usuários**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Vale mais uma vez noticiar que ao final do certame, 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).

Não há dúvidas de que a postura adotada pela Administração foi inadequada e ilegal, influenciando negativamente em uma maior participação de interessados que teria redundado no oferecimento de um maior número de propostas e, consequentemente, na seleção de oferta mais proveitosa para o Estado do Espírito Santo e para os usuários do Sistema Rodosol.

Entretanto, a atuação do DER/ES na condução do certame ceifou a possibilidade de maior participação de licitantes ante a modificação significativa do Edital a poucos dias da data marcada para a apresentação das propostas sem que houvesse a obrigatória republicação do instrumento convocatório.

Tal fato, além de implicar em vício de forma, macula o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 de vício de finalidade. Isto pois, o objetivo (interesse público) precípuo da licitação (seleção de proposta mais vantajosa) restou prejudicado ante a atuação *contra legem* do DER/ES que se absteve de realizar a republicação do edital, tal qual determina o § 4º do artigo 21 da Lei de Licitações e Contratos. Disto resultou a indevida restrição ao caráter competitivo do certame repercutindo na finalidade principal de todo o procedimento licitatório espelhada na busca da proposta mais vantajosa para a administração.

Dessa forma, tendo em vista os vícios de forma e finalidade acima observados, derivados da inobservância ao disposto no § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93 e de cunho insanável, emerge o **dever da administração** de declarar a **nulidade absoluta do procedimento licitatório referente à Concorrência Pública de Concessão 1/98, e, por conseguinte, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98** (fls. 13.316-13.402, vol. LIX), a teor do disposto no § 2º do artigo 49[97] da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93).

[97] Art. 49. [...] omissis [...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Diante do exposto restou evidenciado que a inobservância dos prazos legais de publicidade do certame, deva ser reconhecida como ilegal ante a indevida restrição que causou ao caráter competitivo do certame em afronta ao art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Dessa forma, mantendo-se a mesma topologia encontrada no **Relatório de Auditoria e na ITC 308/2015**, meu posicionamento conclusivo englobando as questões referentes à responsabilidade, reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por este TCEES referentes a presente irregularidade será tratada no item **2.2.4.6.**

2.2.4.4 – Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação

Da leitura do achado de auditoria, redigido no item 2.5.4 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98, em seus itens 116 e 117, fixou patrimônio líquido excessivo para fins de habilitação econômico-financeira, em dissonância ao disposto no § 3º do art. 31 da Lei 8.666/93.

Segundo a equipe de auditagem, **somente poderia ser exigido patrimônio líquido na quantia máxima de R$ 12.783.514,50** (doze milhões, setecentos e oitenta e três mil, quinhentos e quatorze reais e cinquenta centavos), por isto representar 10% do montante estimado do contrato, representado pelo total dos investimentos adicionado do valor anual médio dos demais serviços. Porém, **nos termos do edital, as proponentes deveriam apresentar patrimônio liquido de R$ 65.000.000,00** (sessenta e cinco milhões de reais) se empresas isoladas e **de R$ 84.500.000,00** (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais) se coligadas em consórcio.

Ressalta-se que, embora notificada para aduzir suas razões em sede de oitiva, a ARSI não se manifestou especificamente acerca do indicativo ora tratado, refutando, entretanto, qualquer responsabilidade sua acerca da anomalia aqui tratada,

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

embasada no argumento de que não teria "[...] prerrogativas de extinção do contrato [...]".

Quanto à afirmação de não deter a competência necessária para extinguir o Contrato de Concessão 1/98, esta análise já foi realizada no bojo do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva, onde se esclarece que as prerrogativas de extinção do contrato de concessão, originalmente conferidas ao DER/ES foram sub-rogadas à ARSI através do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX), pactuado entre os representantes legais do DER/ES, Concessionária Rodovia do Sol S/A e da ARSI, de sorte que consideramos desnecessária a reanálise da matéria sustentada pela agência reguladora.

De qualquer forma convém rememorar que na análise do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva, reconheceu-se que a ARSI não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido[98] obrigações e direitos em sub-rogação ao DER/ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea "d" da Cláusula XXIII do ajuste, a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão.

Já a Rodosol apresentou suas considerações sobre o presente achado de auditoria (fls. 14.329-14.431, vol. LXIV), conjuntamente com o outro achado constante no item 2.5.5 do Relatório de Auditoria 10/2014, cujos argumentos estão sintetizados abaixo:

a) É infundada a consideração do valor anual dos serviços e não o seu montante global no cálculo do "valor estimado da contratação", uma vez que o art. 31, § 3°, da Lei 8.666/93, não limita a contratação a determinado período, como o anualizado preconizado pela equipe de auditoria.

b) O limite do patrimônio líquido apontado no relatório, de aproximadamente R$ 13 milhões, seria irrisório diante magnitude do contrato de concessão em comento, importando na ineficácia da garantia.

[98] Em razão da assinatura do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 01/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Passando-se efetivamente à análise, tem-se que o presente achado cinge-se ao montante preconizado pela Administração Pública para fins de comprovação do patrimônio líquido mínimo por parte dos licitantes, com o fito de aferir a sua capacidade econômico-financeira, nos termos do § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93. Porém cumpre tecer considerações sobre esse requisito de habilitação no certame licitatório.

O art. 37, XXI deixa clarividente que são permitidas somente as exigências econômico-financeiras indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, nos termos que se segue:

> 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.

O art. 31 da Lei 8.666/93, ao tratar de normas gerais de licitação e contratação, estipulou limites à exigência de documentos comprobatórios da devida qualificação econômico-financeiro, em consonância ao dispositivo constitucional supracitado, estatuindo que:

> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira **limitar-se-á** a:
>
> I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
>
> II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
>
> III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.
>
> § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.
>
> § 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-

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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.

Percebe-se que a redação legal trouxe rol exaustivo (*numerus clausus*), impossibilitando a realização de exigências ali não previstas. Também resta claro, da leitura do § 3º, que o montante do patrimônio líquido não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

É cediço que a qualificação econômico-financeira de interessados cumpre importante papel ao aferir condições satisfatórias para a execução do objeto da contratação, assegurando garantias mínimas de que a contratada cumprirá as obrigações contratuais. Assim afirma Marçal Justen Filho:

> A qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação. Excetuadas as hipóteses de pagamento antecipado, incumbirá ao contratado executar com recursos próprios o objeto de sua prestação[99].

Porém, tais requisitos qualificatórios não podem importar em restrição a competição, eis porque o legislador buscou limitar a discricionariedade do administrador público ao estipular limite de 10% do valor estimado da contratação, quando da exigência de comprovação de patrimônio líquido.

Desta forma, o legislativo federal anteviu a possibilidade de condições restritivas ao certame e que ultrapassariam a função primordial da fase de habilitação, qual seja, a de conferir maior segurança contratual.

Na forma do § 3º do art. 31 da Lei de Licitações, a administração está apta a exigir percentuais entre 0% a 10%, conforme critério mais adequado àquele determinado procedimento licitatório. No entanto, a estipulação desse percentual deve estar devidamente justificada, com sucedâneo no princípio da motivação e para consagrar maior transparência administrativa, estando tal posicionamento em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas da União:

[99] Justen Filho, Marçal. 2012. p. 537.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 9.4.2. faça constar dos autos justificativas para o percentual fixado de capital ou de patrimônio líquido mínimo em relação ao valor estimado da contratação (§§ 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/93), assegurando-se de que não restrinja o caráter competitivo do certame; (Acórdão TCU n° 668/2005- Plenário).

Ressalta-se a ausência de quaisquer justificativas ou de metodologia de cálculo para as quantias exigidas para fins de comprovação do patrimônio líquido mínimo disposto nos itens 116 e 117 do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos 1/98 do DER/ES (fls. 12.982-13.056, vols. LVII e LVIII). Isto apenas reforça o caráter arbitrário e injustificado das quantias constantes na previsão editalícia.

Tecidas as observações pertinentes, nota-se que o principal ponto de divergência entre os esclarecimentos apresentados e o embasamento da equipe de auditagem é o método para aferir "o valor estimado da contratação", nos termos do § 3º do art. 31 da Lei 8.666/93.

Quando se fala em contratação de obras e serviços comuns há uma maior facilidade no estabelecimento de um parâmetro, pois através de uma simples pesquisa são obtidas as quantias praticadas no mercado e preços médios. Tais informações também podem ser obtidas com base em contratações pretéritas. É comum, inclusive, que no próprio edital conste expressamente o valor estimado da contratação.

Já em um contrato de concessão precedida de obra pública, como no presente caso, é forçoso reconhecer a dificuldade existente em aferir tais parâmetros por exigir-se pesquisa dos diferentes fatores e insumos necessários à obra e à prestação do serviço.

Todavia, tais percalços não são capazes de afastar a Administração Pública do seu dever de quantificar, de forma qualitativa e razoável, os futuros dispêndios de recursos para a concretização plena do contrato.

No edital ora em análise, este aspecto não está evidenciado, já que careceu de previsão explícita desse montante total da contratação, apenas se limitando em prever valores não percentuais para fins de comprovação de patrimônio líquido, na

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

ordem de R$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais), se empresas isoladas, e de R$ 84.500.000,00 (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais), se coligadas em consórcio. Não se sabe quais percentuais sobre a quantia total da contratação representam esses números, restando uma lacuna quanto a esse valor.

Almejando preencher essa lacuna, a equipe de auditagem, com sucedâneo no Acórdão TCU 1.335-2010-Plenário, estipulou que a estimativa a ser efetuada à época deveria ter abrangido o importe total dos investimentos e o valor anual médio dos demais serviços, totalizando R$ 127.835.145,03 (cento e vinte e sete milhões, oitocentos e trinta e cinco mil, cento e quarenta e cinco reais e três centavos), nos termos do item 8 da tabela abaixo:

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.

Porém, da leitura na íntegra do referido acórdão, percebe-se que foi analisado pelo TCU a licitação de serviço comum contínuo, com prazo de vigência superior a 12 meses. Não se trata de hipótese de concessão de serviços públicos, ainda que lhe guarde pertinência para a solução do presente achado de auditoria em função da duração prolongada da futura contratação.

Desta forma, mesmo que pertinente, ante a falta de um conceito legal e técnico sedimentado para o termo “estimativa de valor da contratação” para concessões

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

públicas, não é inteiramente o mais adequado, merecendo reparos, com base no entendimento da doutrina a ser explicitada.

Conforme já mencionado, a equipe de auditagem considerou o montante da contratação a partir da soma de dois componentes: quantias para investimento e valor anual médio dos demais serviços. Ao analisar a tabela com os cálculos, nota-se que este último elemento é obtido pela soma da previsão da receita tarifária total dividida pelo prazo da concessão.

Percebe-se a utilização da receita tarifária para fins de aferição do valor estimado da contratação. Porém, o produto das tarifas não pode ser utilizado para este fim, conforme entendimento exarado por Marçal Justen Filho:

> O art. 31, § 3º, da Lei 8.666 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor estimado da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante total das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. **Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado de desembolsos**. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões)[100] (g.n).

Esse entendimento também é corroborado por Carlos Pinto Coelho Motta:

> Concordo plenamente com a interpretação do prof. Justen Filho, de que a base de **cálculo do patrimônio líquido seja, não o montante a ser arrecadado, mas o montante de desembolsos do contratado. Essa postulação é sem dúvida mais correta, gerando um requisito de patrimônio líquido consentâneo com um maior número de ofertantes e um melhor nível de consistência e firmeza nas propostas** (g.n).[101]

Portanto, a receita tarifária prevista não pode ser utilizada para este fim, tal como utilizado pela equipe de auditoria e defendida pela notificada, a Concessionária Rodovia do Sol S.A.

[100] JUSTEN FILHO, Marçal. 2003, p. 227-228.

[101] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Concessões, Permissões e Parcerias**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 94-95

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Apenas devem ser utilizados os desembolsos previstos, isto é, o total dos investimentos para a realização das obras, custos e dos demais recursos necessários abrangidos pelas previsões editalícia, tais como verbas de aparelhamento do DER e Polícia Rodoviária e pagamento da dívida da ORL (Anexo I do Edital 1/98).

Porém, o que se percebe é uma defasagem de informações claras quanto à previsão de recursos a serem despendidos pela vencedora do certame. Para exemplificar, tem-se a previsão, na cláusula LXXVIII do Anexo I do edital (fls. 3,686 - vol. XVII) de que a concessionária arcará com o pagamento ao DER, após o quinto aniversário da concessão, da importância mensal de 3% (três por cento) incidente sobre a arrecadação bruta mensal do pedágio, a título de remuneração do direito de exploração do Sistema Rodovia do Sol. Porém, não há projeções de arrecadação bruta mensal a fim de quantificar tal valor.

Isto dificulta o cálculo preciso da importância representativa do percentual limite sobre o valor estimado da contratação para fins de comprovação do patrimônio líquido exigido. Todavia, **é certo que tais valores seriam muito inferiores aos previstos no edital, já que nos termos dos esclarecimentos apresentados pela Rodosol, foi adotada a receita tarifária ao longo de toda a concessão, que com certeza é superior aos desembolsos previstos diante da viabilidade econômico-financeira do empreendimento**.

Apenas a título ilustrativo[102] e com base na Proposta Comercial da empresa vencedora (Quadro 13 – fls. 13.172 – Vol. LVIII), ainda que com sobrepreço em seus valores (nos termos do item 2.17 da RAE 10/14), os desembolsos totais seriam na ordem de aproximadamente R$ 392.170.000,00 (trezentos e noventa e dois milhões, cento e setenta mil reais), acarretando um limite máximo de patrimônio líquido na ordem de R$ 39.217.000,00 (trinta e nove milhões, duzentos e dezessete mil reais), abaixo dos R$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de

[102] Não se objetiva trazer o cálculo a partir da proposta comercial como referencial em contratações futuras, mas apenas utilizar os dados disponíveis e valores da época, os quais, ao compulsar os autos, somente se encontram na proposta comercial. Assim, visa-se apenas elucidar o entendimento exposto a partir de uma situação prática tomada como paradigma.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

reais) para empresas isoladas e dos R$ 84.500.000,00 (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais) para coligadas em consórcio.

Oportuno ressaltar que 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. 25.923-26.004 (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) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Resta, portanto, caracterizada a exigência de montante abusivo a título de patrimônio líquido mínimo para fins de habilitação econômico-financeira, conforme preceituado pelo art. 31, § 3º da Lei 8.666/93. Exigências acima de limites legais implicam na restrição da competitividade, descumprindo-se o art. 3, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Diante do exposto restou evidenciado que a “fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação” deva ser reconhecida como ilegal ante a indevida restrição que causou ao caráter competitivo do certame em afronta ao art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Dessa forma, mantendo-se a mesma topologia encontrada no **Relatório de Auditoria e na ITC 308/2015**, meu posicionamento conclusivo englobando as questões referentes à responsabilidade, reconhecimento da prescrição da

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

pretensão punitiva por este TCEES referentes a presente irregularidade será tratada no item **2.2.4.6.**

2.2.4.5 – Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

O achado de auditoria, constante no item 2.5.5 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, aponta a ocorrência de suposta prática restritiva à competitividade do certame, em desatendimento ao disposto no inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93, **consistente na exigência de garantia da manutenção da proposta no valor de R$ 6.500.000,00** (seis milhões e quinhentos mil reais) **para fins de habilitação econômico-financeira**, conforme estipulado no item 114, alínea "e" do Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

Afere-se que a equipe de auditagem entende ser **cabível a exigência de garantia da proposta no montante de R$ 1.278.351,45** (um milhão, duzentos e setenta e oito mil, trezentos e cinquenta e um reais e quarenta e cinco centavos), eis que tal quantia **representaria 1% (um por cento) do montante estimado no contrato**, consistente no valor total dos investimentos acrescido do valor anual médio dos demais serviços.

Ressalta-se, mais uma vez, que embora notificada para aduzir suas razões em sede de oitiva, a ARSI não se manifestou especificamente acerca do indicativo ora tratado. Porém a autarquia contesta veementemente qualquer responsabilidade decorrente da anomalia ora em enfoque, bem como, argumenta que não teria "[...] prerrogativas de extinção do contrato [...]". Ressaltamos que as mesmas alegações foram suficientemente examinadas na análise constante do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva, de sorte que consideramos despicienda a reanálise da matéria sustentada pela agência reguladora e remetemos o leitor àquele conteúdo.

Novamente vale rememorar que na análise do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva reconheceu-se que a ARSI não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido[103] obrigações e direitos em sub-rogação ao DER/ES no Contrato de Concessão de Serviços

[103] Em razão da assinatura do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 01/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea “d” da Cláusula XXIII do ajuste, a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão.

Já a Concessionária Rodovia do Sol S.A apresentou suas considerações sobre o presente achado de auditoria (fls. 14.329-14.431, vol. LXIV), conjuntamente com o outro achado constante no item 2.5.4 do Relatório de Auditoria 10/2014, cujos contrapontos podem ser sintetizados conforme se segue:

a) É infundada a consideração do valor anual dos serviços e não o seu montante global no cálculo do “valor estimado da contratação”, uma vez que o art. 31, § 3°, da Lei 8.666/93, não limita a contratação a determinado período, como o anualizado preconizado pela equipe de auditoria.

Adentrando-se no exame meritório da anomalia tem-se que a empresa concessionária teceu, em sua manifestação, as mesmas considerações apresentadas no achado de auditoria anterior, o qual apontava exigência de patrimônio líquido mínimo abusivo para fins de habilitação das interessadas no certame licitatório.

De fato, o presente achado guarda grande similaridade com o anterior, já que o cerne da questão refere-se, novamente, ao montante que representaria o “valor estimado da contratação” à época da licitação, possibilitando-se aferir os percentuais limitativos preconizados pelo art. 31 da Lei de Licitações e, por consequência, aqueles que suplantariam a estipulação legal caracterizando a abusividade da exigência.

É cediço que exigir-se a comprovação de montante acima do limite preconizado pelo art. 31, III, da Lei 8.666/93 configura descumprimento ao disposto nos artigos 37, XXI da CRFB/88 e 3º, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos, por restringir o caráter competitivo do certame.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O legislador buscou limitar a discricionariedade do administrador público ao estipular limite de 1% do valor estimado da contratação, quando da exigência da garantia da proposta, nos termos do art. 31, III, *in verbis*:

> 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.

Nota-se da leitura do Relatório de Auditoria e dos argumentos trazidos pela Rodosol que o principal ponto a ser discutido é o método para aferir-se "o valor estimado da contratação", nos termos do inciso III do art. 31 da Lei 8.666/93. Este ponto foi exaustivamente abordado quando da análise do achado de auditoria anterior (item 3.4.4 da ITC), de modo que remetemos o leitor àquele conteúdo.

Porém, sinteticamente, pode-se aferir daquele conteúdo que a receita tarifária prevista não pode ser utilizada com o escopo para "estimar o valor da contratação" a fim de subsidiar cálculo de limite da garantia da proposta, como defendido pela notificada. Devem ser utilizados os desembolsos previstos pelo Edital de Concorrência de Concessão de Serviços Públicos 1/98.

Calcular esses desembolsos de forma fidedigna se mostra um trabalho tortuoso ante a defasagem de informações claras e objetivas, já que alguns valores dependiam de variáveis não previstas, como a arrecadação bruta mensal após o quinto ano de operação.

Todavia, **fica claro que a quantia demandada pela administração como garantia da proposta**, na ordem de R$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) **é muito superior ao limite legal de 1% sobre o valor estimado da contratação**, já que este não comportaria a receita tarifária ao longo de toda a concessão. A receita tarifária é, logicamente, superior aos desembolsos previstos, em face da viabilidade econômico-financeira do empreendimento.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Oportuno salientar que 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. 25.923-26.004 (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) deste Tribunal, ampla defesa à Concessionária Rodovia do Sol S.A, admitida nos autos na qualidade de terceira interessada.

Resta, portanto, caracterizada a exigência de montante abusivo a título de garantia da proposta para fins de habilitação econômico-financeira, conforme preceituado pelo art. 31, III da Lei 8.666/93. Exigências que extrapolem os limites legais implicam em restrição da competitividade e consequente descumprimento ao disposto nos artigos 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93 e 37, XXI da CRFB/88.

Diante do exposto restou evidenciado que a “fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação” deva ser reconhecida como ilegal ante a indevida restrição que causou ao caráter competitivo do certame em afronta ao art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Dessa forma, mantendo-se a mesma topologia encontrada no **Relatório de Auditoria e na ITC 308/2015**, meu posicionamento conclusivo englobando as questões referentes à responsabilidade, reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva por este TCEES referentes a presente irregularidade será tratada no item **2.2.4.6.**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.4.6 – Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo

De acordo com o relatado pela equipe de auditagem - no item 2.5.6 do Relatório de Auditoria 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV) - o edital da Concorrência Pública 1/98 (fls. 12.982-13.056, vols. LVII e LVIII), em seus itens 114, alínea "e" e 116, exigiria, de forma concomitante e indevida, a garantia de manutenção de proposta e a existência de patrimônio líquido mínimo, como requisitos para aferição da qualificação econômico-financeira do licitante.

Anotou a equipe responsável pelos trabalhos de auditoria que tais exigências, em razão da cumulatividade, ofenderiam o disposto no artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93 que facultaria à Administração a exigência alternativa, mas somente de uma das referências de saúde financeira do licitante.

Ressaltou-se que as exigências de qualificação econômico-financeira, realizadas de forma cumulativa, tal qual contido nos prefalados itens 114, alínea "e" e 116 do edital da Concorrência Pública 1/98, estabeleceram restrições que feriram o caráter competitivo do certame.

Em defesa da regularidade na cumulação dos itens editalícios objurgados a Concessionária Rodovia do Sol S.A, na qualidade de interessada, apresenta as seguintes teses ora sintetizadas:

a) que o art. 31, § 2º da Lei de Licitações e Contratos não traria impedimento para a Administração exigir *"[...] mais de uma espécie de garantia ao cumprimento do contrato"*;

b) que a última parte do dispositivo (art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93), literalmente, evidenciaria *"[...] a finalidade da imposição de tais exigências de atender ao interesse público [...]"*, de sorte que caberia ao administrador *"[...] exigir mais garantias que assegurem o fiel cumprimento do contratado"*;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

c) cita-se jurisprudência do 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.

Registre-se, mais uma vez, que embora notificada para aduzir suas razões como interessada, a ARSI, através de seu representante legal, não se manifestou acerca do indicativo ora tratado, limitando-se a sustentar a ausência de responsabilidade quanto às anomalias detectadas no procedimento licitatório conduzido, à época, pelo DER/ES.

Nesse passo, convém rememorar que na análise do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva, fls. 24.714 e seguintes, reconheceu-se que a ARSI não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido obrigações e direitos em sub-rogação ao DER/ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea "d" da Cláusula XXIII do ajuste, a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão.

Passando-se efetivamente à análise, consoante noticiado no RA-E 10/2014, tem-se que o Edital da Concorrência Pública 1/98, ao tratar dos documentos necessários à comprovação da qualificação econômico-financeira do licitante trouxe duas exigências cumulativas que afrontariam o disposto no § 2º do artigo 31 da Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93), quais sejam, a apresentação de garantia numa das modalidades descritas no art. 56, § 1º, da Lei Geral de Licitações e demonstração de patrimônio líquido mínimo. Eis o teor dos itens editalícios que descrevem tais exigências:

> Seção V
>
> Da Qualificação Econômico-Financeira
>
> 114. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira será constituída por:
>
> [...] omissis [...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> e) garantia da manutenção da proposta comercial e de celebração do contrato de concessão, no valor de R$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais).
>
> [...] omissis [...]
>
> 116. O patrimônio líquido mínimo, em valores do mês da apresentação da DOCUMENTAÇÃO, deve ser igual ou superior a R$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais).

Assevere-se que a documentação exigida na "Seção V" do edital destinou-se à comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. Acerca do conceito de qualificação econômico-financeira leciona o administrativista Marçal Justen Filho[104] que:

> A qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação. Excetuadas as hipóteses de pagamento antecipado, incumbirá ao contratado executar com recursos próprios o objeto de sua prestação. Somente perceberá pagamento, de regra, após recebida e aprovada a prestação pela Administração Pública. O interessado deverá dispor de recursos financeiros para custeio das despesas (mão de obra, matérias-primas, maquinário, tecnologia) necessárias ao cumprimento das obrigações advindas do contrato. Aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular de direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir a inviabilidade da execução satisfatória do contrato e a impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento.

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

> Art. 31 A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
>
> II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
>
> III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no caput e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Por seu turno, o § 2º do mesmo artigo refere-se à hipótese na qual a licitação visar compras para entrega futura ou execução de obras e serviços, quando a Administração poderá exigir, além da documentação prevista no art. 31 e incisos, a

[104] JUSTEN FILHO, Marçal. 2012, p. 537.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, ou, ainda, um das garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993, desde que previsto no instrumento convocatório. Eis o teor do dispositivo:

> Art. 31. [...]
>
> [...] omissis [...]
>
> § 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 (g.n).

Note-se que o dispositivo supramencionado evidencia que a comprovação da capacidade econômico-financeira para efeito de garantia do cumprimento do contrato a ser firmado futuramente comporta **três alternativas**, quais sejam: a) prova de capital mínimo; b) prova de patrimônio líquido mínimo; c) apresentação de uma das garantias previstas no § 1º do artigo 56 da Lei 8.666/93.

O entendimento pela impossibilidade de cumulação das exigências contidas no § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93 é pacífico e iterativo em julgados do E. Tribunal de Contas da União, conforme se detém dos arestos abaixo reproduzidos:

> Contratação pública – Licitação – Edital – Habilitação econômico-financeira – **Exigência simultânea de capital social, patrimônio líquido e garantia de execução – Impossibilidade – TCU**
>
> **O entendimento da proibição de requerer simultaneamente as exigências previstas no § 2º do art. 31 tem sido reiterado pelo órgão**: "4. **Quanto à exigência cumulativa** de capital social mínimo e da garantia de participação, **verifica-se afronta ao § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, bem como o entendimento dessa Corte, proferido nos Acórdãos 1898/2006 – Plenário e 808/2003 – Plenário, bem como [...]". (TCU, Acórdão nº 701/2007, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 27.04.2007.) No mesmo sentido, ver TCU, Acórdão nº 2.338/2006**, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 13.12.2006 (g.n).
>
> **É ilegal a exigência simultânea**, nos instrumentos convocatórios, **de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.** É ilegal a exigência de comprovação de capital social devidamente integralizado, uma vez que referida exigência não consta da Lei nº 8.666/1993. É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. A adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo. Acórdão 170/2007 Plenário (Ementa) (g.n).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Abstenha-se de exigir capital social mínimo cumulado com garantia de proposta, em desacordo ao previsto no art. 31, § 2º, da Lei no 8.666/1993. Acórdão 2993/2009 Plenário (g.n).

Abstenha-se de exigir, nos editais licitatórios **a apresentação de patrimônio liquido mínimo, cumulativamente com a prestação da garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei no 8.666/1993, para fins de comprovação de capacidade econômico-financeira,** bem como a prestação de garantia como requisito autônomo de habilitação, vez que tal garantia, quando exigida, integra a qualificação econômico-financeira. Acórdão 1905/2009 Plenário (g.n).

Adote providências no sentido de **não prever nos editais de licitação exigência simultânea de garantia, na forma de seguro garantia ou fiança bancária e capital social ou patrimônio líquido mínimo como requisitos de qualificação econômico-financeira**, conforme estabelece o art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 1453/2009 Segunda Câmara (Relação) (g.n).

Adote providências no sentido de **não prever** nos editais de licitação **exigência simultânea de garantia sob a forma de caução e capital social mínimo como requisitos de qualificação econômico-financeira**, conforme estabelece o art. 31, § 2º, da Lei no 8.666/1993. Acórdão 1450/2009 Segunda Câmara (Relação) (g.n).

Contratação pública – Habilitação – Econômico-financeira – Comprovação – Capital social mínimo – Garantia de participação – **Exigência cumulativa – Impossibilidade – TCU**

Em sede de auditoria que avaliou o andamento da primeira etapa de determinada obra de saneamento, o TCU, entre vários indícios de irregularidade, apreciou a legalidade de edital de licitação que exigiu, para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, a apresentação de capital integralizado mínimo de R$ 257.731,00 concomitantemente com a garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93 para a participação no certame. De acordo com o Relator, "a **Administração não deve exigir, para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou de patrimônio líquido mínimo junto com prestação de garantia de participação no certame, já que o § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 determina que essa comprovação econômico-financeira deve ser atendida por uma dessas possibilidades e não pelas duas juntas**. [...] **a exigência cumulativa de capital social ou patrimônio líquido mínimo juntamente com a garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93, configura ato irregular, por contrariar os dispositivos legais vigentes**". Conforme as justificativas da Administração licitante, a garantia prevista no edital encontra respaldo no art. 56, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/93. Contudo, o TCU não acolheu esse argumento: "**não se trata da garantia contratual para assegurar a plena execução do contrato e evitar prejuízos ao patrimônio público**, como afirma, **mas sim da garantia de participação, denominada também de garantia participação.** A exigência editalícia, na ordem de 4% do valor estimado, configura irregularidade por violar expressamente o inciso III, do art. 31, da Lei nº 8.666/93". O Relator, ao elaborar a proposta de encaminhamento, ressaltou o fato de que "somente duas empresas, com sócios e endereços em comum, retiraram o edital, e apenas uma delas compareceu ao certame". O TCU considerou irregular a referida exigência, rejeitando as justificativas dos responsáveis e aplicando-lhes multa do art. 58 da Lei nº 8.443/92. No mesmo sentido: Acórdãos nºs 2.239/2012, 2.898/2012, 381/2009, 2.338/2006, 1.898/2006 e 808/2003, todos do Plenário. (TCU, Acórdão nº 2.521/2012, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 21.09.2012) [g.n].

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

No mesmo sentido, balizando-se na jurisprudência advinda do TCU, vem decidindo o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

> Contratação pública – Licitação – Edital – Habilitação – **Qualificação econômico-financeira – Capital social, patrimônio líquido e garantia – Exigência alternativa e não cumulativa** – TCE/MG
>
> Representação. **Alternatividade e não-cumulatividade das exigências do § 2º do art. 31 da Lei de Licitações. As exigências do parágrafo são alternativas, não cumulativas.** Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, na Decisão 1551/01, DOU de 19/11/2002, recomendou: 'atentar para as disposições do art. 31, § 2º, [...] de forma a não exigir, simultaneamente, requisitos de capital social mínimo e garantias para comprovação de qualificação econômico-financeira'. [...] Na mesma linha, também amparou-se a Recomendação constante no Acórdão nº 808/2003 – Plenário – daquele órgão". (TCE/MG, Representação nº 706954, Rel. Conselheiro Moura e Castro, j. em 13.03.2007) (g.n).
>
> Contratação pública – Licitação – Edital – Habilitação – **Qualificação econômico-financeira – Capital social mínimo e garantias – Cumulação ou exigência simultânea – Ilegalidade** – TCE/MG
>
> Denúncia. Exigência cumulativa de requisitos do § 2º do art. 31 da Lei de Licitações. [...] Merece registro a decisão proferida pelo Plenário do eg. Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão nº 170/2007, de relatoria do Ministro Valmir Campelo: 'É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a [comprovação] [...] da qualificação econômico-financeira dos licitantes'. Na mesma esteira, aquela Corte de Contas manifestou, em linhas gerais, no Acórdão nº 808/2003 e na Decisão nº 681/1998, que **as hipóteses previstas em lei não são cumulativas**, **mas permitem, tão-somente, uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes**. Assim, **não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei**. Frisou-se, ainda, que **o objetivo da lei foi evitar que fossem efetuadas imposições demasiadas, que porventura ensejassem a inibição do caráter competitivo do certame**. Ademais, **vale citar decisum do Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido: 'O artigo 31, § 2º, da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante**, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado' (Resp nº 822.337/MS, 1ª T., Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 1º.6.2006, p. 168)". (TCE/MG, Denúncia nº 751534, Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa, j. em 05.06.2008) (g.n).
>
> Contratação pública – Licitação – **Habilitação – Econômico-financeira – Capital social mínimo – Garantia – Exigência cumulativa – Impossibilidade** – TCE/MG
>
> O TCE/MG apreciou denúncia em face de edital de Tomada de Preços em que foi exigido que os interessados em contratar com a Administração apresentassem, a título de comprovação econômico-financeira, "capital social mínimo de 10% do valor estimado da contratação e garantia de 5% do valor do contrato por meio de caução, realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária". O TCE/MG suspendeu o certame cautelarmente e alegou que as exigências editalícias "restringem a competitividade por serem incompatíveis com o art. 31, § 2º da Lei 8.666/93", pois a Lei alude claramente que a Administração deverá optar por apenas

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> uma daquelas exigidas no edital, não sendo permitida a cumulação. O Relator, ainda, mencionou precedentes no mesmo sentido: TCE/MG, Representação nº 706.954 e TCU, Acórdão nº 381/2009. (TCE/MG, Denúncia nº 862.853, Rel. Min. Cons. Mauri Torres, j. em 09.02.2012, Informativo nº 60, período de 06 a 19.02.2012) (g.n).

Registre-se que no âmbito do E. **TCU pacificou-se o entendimento de que as exigências de habilitação econômico-financeira contidas no § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93 são alternativas e não cumulativas**. Ademais, para espancar qualquer dúvida acerca da interpretação do dispositivo, e face à reiteração de julgados no mesmo sentido, o E. TCU editou, em 2012, a **Súmula 275** de seguinte teor:

> 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).

Dessa forma, com base em remansosa e repetida jurisprudência dos Tribunais Pátrios, fácil perceber que não assiste razão à empresa concessionária Rodosol quando sustenta que o disposto no artigo 31, § 2º da Lei 8.666/93 não traria impedimento para a Administração exigir *"[...] mais de uma espécie de garantia ao cumprimento do contrato".*

Também não merece acolhida a tese defendida pela sustentante no sentido de que o mesmo dispositivo autorizaria o administrador exigir *"[...] mais garantias que assegurem o fiel cumprimento do contratado".* Aliás, neste particular, com a devida vênia, parece terem os ilustres patronos da Rodosol, signatários da peça de fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV), confundido garantia de participação na licitação com garantia de cumprimento do contrato.

Nesse passo, cabe registrar que os elementos exigidos para a qualificação econômico-financeira referem-se à comprovação de higidez econômica do interessado em participar da licitação não constituindo óbice para que a Administração, na fase de assinatura do contrato, exija a prestação de garantia contratual na forma do artigo 56, § único, da Lei 8.666/93.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Oportuno ressaltar que 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. 25.923-26.004 (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.

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.

Assim sendo, ficou caracterizado que o edital de Concorrência Pública 1/98 não observou a alternatividade quanto à exigência de requisitos de habilitação

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

econômico-financeira, trazendo estipulações cumulativas em desatendimento ao preceito contido no § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/93 e causando indevida restrição à competitividade do certame (art. 3º, § 1º, I do mesmo diploma legal).

Portanto, sintetizando todo o exposto no item 2.2.4 deste VOTO tem-se que os achados de auditoria analisados nos itens **2.2.4.1; 2.2.4.2; 2.2.4.3; 2.2.4.4; 2.2.4.5 e 2.2.4.6** restaram mantidos e apontaram a ocorrência de vícios de forma e finalidade que macularam o Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

As anomalias detectadas nos supramencionados itens 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.

Colhe-se dos dispositivos supramencionados que o legislador, tanto constitucional quanto ordinário, objetivou que o procedimento licitatório fosse dotado da máxima transparência e tratamento igualitário para com os interessados em dele participar de modo a atrair o maior número de licitantes – evidentemente em condições de contratar com a Administração – garantindo-se a seleção da oferta mais vantajosa. É o que dita o caput do art. 3º da Lei 8.666/93, cujo teor é o seguinte*:*

> 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 ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Da dicção do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93, resulta evidenciado que a finalidade pública do procedimento licitatório revela-se na busca pela contratação mais vantajosa para a administração com tratamento igualitário e impessoal, portanto isonômico, dispensado a todos os interessados em participar do certame.

É o que o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, com habitual proficiência, enuncia como duplo objetivo da licitação, a seleção da melhor proposta e o

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

asseguramento de tratamento igualitário para aqueles que desejem disputar o objeto do certame. Eis a lição do renomado administrativista:

> A licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.
>
> Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput, da CF/88) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira.[105]

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:

> Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

[105] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. 2006.p.494.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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].

Entretanto, como se viu no exame dos achados de auditoria constantes do item 2.5 do Relatório de Auditoria 10/2014, foram detectadas várias anomalias referentes à indevida restrição ao caráter competitivo do certame que implicaram em vícios ao Edital da Concorrência Pública 1/98. Rememoremos as anomalias detectadas:

- Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas (item 3.4.1 da ITC);
- Exigência de visita técnica conjunta[106] e obrigatória[107] (item 3.4.2 da ITC);
- Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame (item 3.4.3 da ITC);
- Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação (item 3.4.4 da ITC);
- Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação (item 3.4.5 da ITC);
- Exigência de garantia de manutenção de Proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo (item 3.4.6 da ITC).

Os achados de auditoria supramencionados tiveram sua ilegalidade reconhecida na Instrução Técnica Conclusiva e consubstanciam-se em anomalias presentes no edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 ou na própria condução do certame, como no caso da ausência de republicação do edital em razão de posterior alteração, fato que infringe flagrantemente o disposto no § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93.

[106] Ficou evidenciada a impossibilidade de visita técnica conjunta

[107] Ficou demonstrada a possibilidade, em tese, de visita técnica obrigatória, entretanto, no caso concreto a Administração não apresentou motivação suficiente, no edital e nem trouxe nos autos, novos elementos que justificassem a referida exigência.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A restrição ao caráter competitivo do certame é reconhecida como causa suficiente para a anulação do procedimento licitatório consoante reconhece a jurisprudência dos Tribunais Superiores, vejamos alguns julgados:

> **Contratação pública – Licitação – Constatação de vícios – Decretação de nulidade – Dever da Administração – STJ**
>
> 1. **A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade da moralidade e da impessoalidade**. (STJ, REsp nº 686.220/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 04.04.2005.)
>
> **Contratação pública – Licitação – Nulidade – Decretação depois da abertura das propostas – Possibilidade – STJ**
>
> 1. **A autoridade administrativa, desde que o faça de modo fundamentado, pode decretar a nulidade de procedimento licitatório** após a fase de abertura das propostas. (...) 4. Nulidade decretada pela Administração que se reconhece. (STJ, ROMS nº 11.842/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 04.02.2002.)
>
> **Contratação pública – Licitação – Anulação – Posterior à celebração do contrato – Possibilidade – STJ**
>
> **A possibilidade de anulação do procedimento licitatório após celebrado o contrato administrativo não suscita maiores dúvidas**, porquanto a própria Lei nº 8.666/93 dispõe que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato dele decorrente. **Não observadas as regras legais que regulam tal procedimento, de modo a causar prejuízo à Administração Pública ou a qualquer das partes, impõe-se o reconhecimento da nulidade**. (STJ, REsp nº 447.814/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10.03.2003.)

Resulta claro que a existência de cláusulas restritivas no edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98 afetou, não só a forma prescrita em lei, mas também, a própria finalidade primordial do procedimento licitatório que, como já debatido na **ITC 308/2015**, encontra-se identificada no caput do art. 3º da Lei 8.666/93 e se subsume na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração através de procedimento que garanta, aos participantes, tratamento isonômico.

Não se pode olvidar que as cláusulas editalícias reconhecidas como restritivas tiveram substancioso potencial de afastar possíveis licitantes interessados no objeto da Concorrência Pública de Concessão 1/98. Nesse passo, convém rememorar que somente 02 (duas) empresas apresentaram propostas e participar efetivamente do certame, muito embora 18 interessados tenham tomado parte na visita técnica conjunta ocorrida em 24/9/1998.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Assim sendo, outra conclusão não se pode chegar senão a de que o DER/ES, ao estipular exigências restritivas e ilegais no edital, atentou não só quanto à garantia do caráter competitivo do certame, mas também, contra a possibilidade de obter-se proposta mais vantajosa **para a administração e também para a própria sociedade capixaba, uma vez que o objeto licitado fora a concessão do Sistema Rodosol remunerado através de pedágio pago pelos seus usuários**. Nesse ínterim nunca é demais rememorar que, ao final do certame, **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).

Nesse passo, urge que a Administração Estadual, representada pela ARSI (Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo) - que substituiu o DER/ES como contratante, nos termos do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato 1/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX), a teor do disposto no § 2º do artigo 49 da Lei 8.666/93, declare a nulidade do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.316-13.402, vol. LIX) ante a nulidade decorrente da inclusão de cláusulas ilegalmente restritivas no Edital da Concorrência Pública de Concessão 1/98. Ressalte-se que o dever de anulação é reconhecido pacificamente por nossos tribunais, vejamos julgado do STJ elucidativo a este respeito:

> EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ART. 49 DA LEI 8.666/93. 1. A Administração Pública constatando vícios de qualquer natureza em procedimento licitatório tem o dever de anulá-lo, em homenagem aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. 2. Marçal Justen: "Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. **Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser impedido por direito adquirido. Como se reconhece de modo pacífico, ato administrativo inválido não gera direito adquirido**" [...]. 3. Recurso improvido (STJ REsp. 686220/RS – Rel. Ministro José Delgado (1105), Primeira Turma, DJ 04.04.2005, p. 214 [g.n].

De acordo com o RA-E 10/2014 recai sobre o senhor Jorge Hélio Leal a responsabilidade pela abertura e condução de procedimento licitatório permeado de vícios que macularam o caráter competitivo do certame, bem como, o princípio da isonomia, privando possíveis interessados de participarem da Concorrência Pública de Concessão 1/98.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Entretanto, o próprio Relatório 10/2014 reconhece que a pretensão punitiva deste TCEES em relação ao senhor Jorge Hélio Leal encontra-se extinta em razão do advento do fenômeno prescricional.

Na mesma linha é o nosso entendimento, devendo ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação a possível penalidade que poderia ser imposta ao agente responsável pela anomalia aqui tratada, uma vez que o regramento contido na Lei Orgânica do TCEES, precisamente em seu artigo 71 e parágrafos, prevê que a possibilidade de aplicação de sanção por este Tribunal expira caso não seja exercida no prazo de 05 (cinco) anos e em não havendo causas suspensivas ou interruptivas aplicáveis.

Destaque-se mais uma vez que na análise do item 3.1 da Instrução Técnica Conclusiva, reconheceu-se que a Agência Reguladora não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido[108] obrigações e direitos em sub-rogação ao DER/ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea "d"[109] da Cláusula XXIII do ajuste, **a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de <u>alteração do contrato e extinção da concessão</u>**.

Por todo o exposto, saliento que o opinamento manifestado nos itens 3.4 (e respectivos subitens) da ITC 308/2015 e 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8 e 4.9 da MT 00516/2017-1 foi no sentido de que o Colegiado adote a seguinte decisão:

> a) que **seja declarada,** conforme previsto no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do RITCEES, **a prescrição da pretensão punitiva com relação ao senhor Jorge Hélio Leal** 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

[108] Em razão da assinatura do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº 01/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX).
[109] d) alterar o CONTRATO e extinguir a concessão, nos casos nele previstos;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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; e vi) exigência de garantia de manutenção de proposta cumulativamente com a exigência de patrimônio líquido mínimo;

b) diante da competência conferida constitucionalmente a este Tribunal (art. 71, inciso X da Constituição Estadual), bem como, pelo art. 1º, inciso XVI, da Lei Complementar 621/2012, **seja assinado prazo de até 30 dias,** com fundamento nos artigos 111, *caput* e § 1º da LC 621/2012 e 208 da Res. TC 261/2013, **para que a ARSI declare a nulidade do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98**;

c) **na hipótese da ARSI não atender à determinação deste Tribunal no prazo assinado, seja aplicada ao seu Diretor-Geral multa no valor de R$ 10.000,00 (*dez mil reais*)** com fundamento nos artigos 135, inciso IV, da LC 621/2012, e 208, § 2º c/c § 1º, inciso III e 389, inciso IV, estes últimos do RITCEES. **Ato contínuo,** diante do preceituado no § 1º do art. 71, da Constituição Estadual, e no art. 1º, inciso XVIII, da LC 621/2012, bem como, no art. 111, § 2º, da mesma Lei e no art. 208, § 2º, do RITCEES, **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98;**

d) **na hipótese de a ALES, no prazo de 90 dias**, **não proceder ao ato de sustação do contrato**, diante da competência conferida pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, bem como, pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do RITCEES**, que este Tribunal decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98**. **Decidindo esta E. Corte de**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Contas pela sustação do contrato, deverão ser adotadas as medidas previstas nos incisos I e II do § 4º do art. 208 da Res. TC 261/2013, quais sejam: d.1) seja determinado ao Diretor-Geral da ARSI que, no prazo de 15 dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e d.2) seja a decisão comunicada à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo.

2.2.5 – Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte

Nesse item a equipe de auditoria relatou, item 2.6 do **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014** (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV), em síntese, o seguinte:

> **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 (cinqüenta) 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** no âmbito das concessões, trazida pelo artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Carta Magna.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Nesse sentido, [...] o [...] 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 n° 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 n° 01/1998);
(b) seja DECLARADA a existência de relação jurídica decorrente do Contrato de Concessão de Serviço Público n° 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 foco[110].
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:

[...]

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 [...] 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:

[...]

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

[110] Processo TC 5591/2013. fls. 8356-8357.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

[...]

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 beneficio. Aboliu-se o sinalágma representado por uma justa relação entre os encargos da concessionária e a retribuição. Ademais, não há eqüidade 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 eqüidade, segundo o qual qualquer das partes está impedida de praticar o locupletamento ilícito em detrimento de outrem.
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",

[...]

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:
[...]
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].

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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.
> § 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.
> [...]

A **ARSI** aduziu suas razões através da manifestação de fls. 18.458-18.491 (vol. LXXXIII), entretanto, não se manifestou acerca do presente achado de auditoria em específico.

Apenas sustentou não ser legalmente responsável por atos praticados referentes ao procedimento licitatório, nos termos da alínea 'n' da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão 1/98 e do Terceiro Termo Aditivo de Contrato, que operou a sub-rogação do contrato do Departamento de Estradas de Rodagem - DER-ES para a ARSI.

Complementou que não é sucessora legal do DER-ES e, portanto, qualquer manifestação da ARSI sobre procedimentos licitatórios seria destituída de lastro fático e probatório. E conclui que, no seu entender, não compete a esta autarquia

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

responder ou prestar esclarecimentos sobre os achados de auditoria apontados no presente processo, cujos fatos e/ou atos tenham ocorrido antes de 16/04/2010, assim discriminados: 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.9, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17.

Sustenta, ainda, que "[...] não é Poder Concedente, como apontado pela conclusão do relatório de auditoria [...]" enfatizando tratar-se de um ente autônomo cuja lei de criação "[...] transferiu algumas atribuições próprias do Poder Concedente, mas não o seu integral exercício". Nesse ponto, cita a Agência Reguladora o disposto nos artigos 6º e 9º da Lei Complementar Estadual 477/2008 (Lei de criação da autarquia) que tratam das competências delegadas à Agência Reguladora estadual.

Assevera que não possui as prerrogativas de extinção do contrato como sugerem encaminhamentos da equipe de auditoria, não podendo ser obrigada a exercer atividades fora da área de sua competência legal.

Por seu turno, a **Rodosol** apresentou suas razões às fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV), que seguem a seguir reproduzidas:

> 2.6 - Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte
>
> 193. O item 2.6 do Relatório de Auditoria sustenta 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 n° 8.987/1995.
>
> 194. Deve-se ressaltar que a cláusula XVI, item 5, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos n° 1/1998, prevê os critérios necessários para se considerar o serviço prestado pela Concessionária como adequado no tocante a Rodovia ES-060, <u>excluindo a mesma previsão para a Terceira Ponte</u>, 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 DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "Highway Capacity Manual"; **<u>esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte)</u>** . "(destacou-se)
>
> 195. Sendo assim, resta claro que em se tratando da fluidez do tráfego da Terceira Ponte, não há no contrato nenhum tipo de previsão no tocante à existência de parâmetros para verificar a adequação do serviço prestado pela Concessionária.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

196. Por esse motivo, não se pode exigir que a Concessionária cumpra determinada obrigação se, na verdade, não há nenhuma previsão contratual nesse sentido.

197. Além disso, o trecho da Terceira Ponte, por não estar sujeito a um determinado nível de serviço, também está excluído da realização de obras de expansão e melhoria à custa da Concessionária, de acordo com os itens 6 e 7 da Cláusula XVI do Contrato de Concessão:

"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**; (grifou-se)

7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior devem ser executadas exclusivamente por conta da concessionaria, 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 verificando em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este CONTRATO."

198. Nesse sentido, não há que se falar em violação ao princípio da supremacia do interesse público, uma vez que não houve a primazia do interesse privado em detrimento do interesse público, já que, na verdade, a Concessionária apenas cumpriu - e continua cumprindo - com as obrigações contratuais, tendo sido executadas tal qual a previsão do contrato.

199. Note-se ainda que o Relatório de Auditoria é claro ao afirmar 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), eximindo por completo a responsabilidade da Concessionária em relação a realização de obras de expansão e de melhorias na Terceira Ponte.

200. Ademais, o Relatório de Auditoria afirma que a Concessionária violou o art. 23, III, Lei n° 8.987/1995, que estabelece como cláusula essencial dos contratos de concessão a previsão de critérios definidores da qualidade do serviço.

201. Entretanto, o Relatório não observou que o contrato prevê indicadores para definir a qualidade do serviço prestado na sua Cláusula XVI, item 5, quando determina que a Rodovia ES-060 poderá operar no máxima 50 horas por ano com nível de serviço inferior ao "D".

202. Dessa forma, o aludido item 5 é silente quanto à eventual previsão no tocante à Terceira Ponte, prevendo, unicamente, fórmulas para definir a qualidade do serviço prestado pela Concessionária na Rodovia ES-060.

203. Portanto, a Concessionária cumpriu integralmente as obrigações previstas no contrato, razão pela qual, deverá ser desacolhido o item "2.6" do Relatório de Auditoria.

Em sua conclusão contida na **ITC 308/2015**, a área técnica do Tribunal aduz que vale novamente enfatizar que em razão do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.416/13.418 – Vol. LX), a ARSI foi sub-rogada em vários dos direitos e obrigações originalmente atribuídos ao DER-ES pela Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (fls. 13.316-13.402, vol. LIX). Em razão da assunção dos direitos e obrigações, especialmente aqueles previstos na alínea "d" da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, a prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão foi atribuída à ARSI.

Segundo consta da ITC 308/2015, a Rodosol apresentou manifestação sobre o presente achado de auditoria (fls. 14.395-14.397, vol. LXIV), cujos contrapontos ao afirmado no Relatório de Auditoria seguem, resumidamente, transcritos a seguir:

> a) Não há previsão contratual quanto à existência de parâmetros aferidores da adequação do serviço prestado pela Concessionária na Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte), mas apenas na Rodovia ES-60 (Cláusula XVI, item 5). Desta forma, não lhe competiria como contrapartida a realização de obras de expansão e melhoria a suas custas na Terceira Ponte, com fundamento nos itens 6 e 7 da Cláusula XVI do Contrato de Concessão 01/98.

Passando-se à análise, observando o que foi explanado com precisão pela equipe de auditagem no Relatório de Auditoria 10/14, anotam os auditores na ITC 308/2015 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.

Nessa linha, a lei pôs em enlevo que a prestação de serviço adequado advém do texto constitucional, demonstrando que a obrigação é principiológica, não podendo ser omitida em contratos que visem a prestação de serviços públicos. Reforçando este entendimento, as palavras do renomado professor Egon Bockmann Moreira:

> A prestação de serviço adequado à coletividade de usuários funcionaliza a concessão de serviço público. Confere conteúdo material mínimo ao projeto concessionário, que é estruturado "ao influxo de uma finalidade cogente" (Ruy Cirne Lima). O objetivo a ser

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> buscado pelo agente público, contido na relação administrativa que se estabelece ao início da licitação e na futura relação concessionária, é o atendimento ao interesse público, tal como previsto na Constituição, na Lei Geral de Concessões e no regime estatutário do serviço (lei setorial e regulamentos). **No caso de concessões e permissões, a finalidade determinada em lei é a "prestação do serviço adequado aos usuários". Cabe ao agente público desenvolver o modo pelo qual se dará essa busca (sempre de forma motivada) Não se pode ignorar esse objetivo ficado em lei ou praticar atos que porventura o desvirtuem** [g.n][111].

O § 1º do art. 6º da Lei 8.987/95 trouxe os elementos caracterizadores do serviço adequado ao dispor que "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Ainda que não previsto categoricamente pela lei, por se tratar de concessão rodoviária, a fluidez do tráfego é uma condição essencial para adequação do serviço. Este foi o entendimento do próprio Contrato de Concessão 1/98, que em sua cláusula XVI a elencou como condição da prestação do serviço adequado:

> 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;" [g.n.]

Estas condições precisam de critérios objetivos para serem aferidos. Eis porque a Lei 8.987/95 trouxe a previsão contida no inciso III do art. 23:

> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
>
> [...]
>
> III - aos critérios, indicadores, fórmulas e **parâmetros definidores da qualidade do serviço**; [g.n.]

[111] MOREIRA. Egon Bockmann. 2010. p.245.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Vê-se, portanto, que o **contrato de concessão deve conter, obrigatoriamente, os critérios, indicadores, fórmulas ou parâmetros aferidores da qualidade do serviço prestado.** No caso de concessão rodoviária, a fluidez do tráfego impacta sobremaneira a qualidade do serviço prestado. Essencial, por conseguinte, o estabelecimento de metas ou parâmetros mínimos de fluidez ou nível de serviço.

Porém, tais parâmetros **somente** foram determinados para parte do Sistema Rodovia do Sol, abrangendo a Rodovia ES 060 e excluindo a Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte), nos termos da Cláusula XVI, item 5:

> 5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-060 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). [g.n]**

Não há nos autos qualquer justificativa administrativa para a exclusão da Terceira Ponte. Assim, evidencia-se a ausência de parâmetros para aferir a adequação da prestação do serviço, inexistindo nível de serviço para assegurar a fluidez do tráfego na totalidade do Sistema Rodovia do Sol.

Com isso, não há qualquer obrigação contratual no sentido de realização de obras de expansão e melhorias da Terceira Ponte. Trata-se de posição que restou incontroversa entre a empresa concessionária e a equipe de auditagem, conforme se segue:

> **Relatório de Auditoria 10/2014**
>
> 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.
>
> **Manifestação da Rodosol S/A**
>
> Note-se ainda que o Relatório de Auditoria é claro ao afirmar 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), eximindo por completo a responsabilidade da

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Concessionária em relação a realização de obras de expansão e de melhorias na Terceira Ponte.

Porém, é cediço que em qualquer concessão rodoviária a adequação do serviço deve permear todo o trecho concedido e não apenas uma parte. No caso vertente, é notório que um dos principais gargalos do trânsito, com tráfego acentuado, na Região Metropolitana da Grande Vitória é justamente a Terceira Ponte, que liga dois dos principais municípios do estado do Espírito Santo.

Assim, mostra-se desarrazoada, temerária e injustificada a inexistência de qualquer critério de aferição da fluidez do tráfego, ensejadora de contrapartida do concessionário através de obras de melhoria na Terceira Ponte. Resta, portanto, patente a clara violação aos arts. 6º e 23, III, da Lei 8.987/95 e o prejuízo ao interesse público.

Tomado exclusivamente o termo contratual, não haveria como exigir a realização de obras de melhoria na Terceira Ponte por parte da concessionária com fundamento na inadequada fluidez do tráfego. Essa omissão impacta diretamente no plano de validade do contrato, por descumprir expressamente texto constitucional e legal, ao inviabilizar a verificação da qualidade do serviço público e desobrigar a adoção de medidas corretivas por parte da concessionária visando à adequação do serviço.

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

Mas isso implicaria transferir o risco do fluxo de veículos na Terceira Ponte inteiramente ao Estado, prejudicando o usuário, por inexistir mecanismo específico de melhoria no âmbito do próprio Contrato de Concessão, garantindo-se a prestação de serviço adequado conforme estabelecido na Constituição da República e nas Leis 8.987/95 e 5.720/98. Logo, há clara afronta às normas de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

regência das concessões de prestação de serviços públicos e inegável prejuízo ao interesse público, privilegiando-se, no caso em tela, os interesses da concessionária.

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

Questão que merece ser apreciada é quanto à invalidação do contrato administrativo, diante do vício de ilegalidade ao omitir critérios objetivos de qualidade do serviço público.

Conforme defendido na análise da preliminar de decadência suscitada, acompanhou-se a doutrina majoritária quanto à classificação dos atos administrativos inválidos. Assim, com sucedâneo na corrente de Celso Antônio Bandeira de Mello, eles podem ser classificados em: nulos e anuláveis, ressaltando que os atos inexistentes dispensam a análise de sua validade por corolário lógico.

No entendimento do renomado administrativista, o critério basilar de diferenciação entre ato nulo e anulável é a possibilidade de sua convalidação. Se passível de ser convalidado, através de novo ato administrativo, ele será anulável. Já o ato nulo não permite o seu saneamento, deverá ser excluído da esfera do direito desde sua origem.

Ressalta-se que apesar do posicionamento ter em vista os atos unilaterais, as premissas adotadas pelo doutrinador e as conclusões atingidas podem ser aplicadas aos contratos administrativos.

Convalidar ou sanear um ato é corrigi-lo desde a origem de modo que os efeitos até então produzidos são considerados válidos e, portanto, não podem ser mais desconstituídos, permanecendo no mundo jurídico como um ato válido, apto a produzir efeitos regulares. Novamente, aproveita-se dos ensinamentos de Bandeira

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

de Mello, ao esclarecer que são convalidáveis somente os atos que podem ser legitimamente produzidos:

> A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado.
>
> Quando promana da Administração, esta corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de forma consoante com o Direito aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas com uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado.
>
> É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos.
>
> A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há, entretanto, uma exceção. É o caso da "motivação" de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que foi é razão bastante para sua convalidação. Deveras, em tal caso, a providência tomada *ex vi legis* não poderia ser outra (cf. n. 34).
>
> A convalidação também não pode ter o efeito de expor os administrados que no passado infringiam as disposições do ato viciado a sanções decorrentes desta infringência. É que o descumprimento do ato viciado corresponde à impugnação dele por via de resistência. Ora, conforme deixou-se assinalado, não se pode convalidar um ato que já foi impugnado, com ressalva da exceção referida.[112]

Os vícios em um ato administrativo podem implicar na impossibilidade de convalidação, conforme o seu elemento atingido. Em que pese haver divergências doutrinárias sobre quais e quantos seriam esses elementos, novamente, nos filiamos à doutrina majoritária[113] sobre o tema, divergindo neste ponto de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao adotar os elementos do ato administrativo trazidos pela Lei 4.717/65[114], quais sejam: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

---

[112] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. 2006. p. 441-442.

[113] Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho.

[114] Lei 4.717/65 –

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Aproveita-se da lição de José dos Santos Carvalho Filho, representante dessa corrente majoritária, que sintetiza de forma clara os vícios de legalidade nos elementos que ensejam a invalidação do ato administrativo:

> O vício no elemento *competência* decorre da inadequação entre a conduta e as atribuições do agente. É o caso em que o agente pratica ato que refoge ao círculo de suas atribuições (excesso de poder). Como exemplo, cite-se a prática de ato por agente subordinado, cuja matéria é da competência de superior hierárquico.
>
> No elemento *finalidade*, o vício consiste na prática de ato direcionado a interesses privados, e não ao interesse público, como seria o correto (desvio de finalidade). Ocorre tal vício, por exemplo, quando, entre vários interessados, o agente confere autorização apenas àquele a quem pretende beneficiar. Aqui há a violação também do princípio da impessoalidade.
>
> O vício de f*orma* provém do ato que inobserva ou omite o meio de exteriorização exigido para o ato, ou que não atende ao procedimento previsto em lei como necessário à decisão que a Administração deseja tomar. Para exemplificar, veja-se a hipótese em que lei exija a justificação do ato e o agente a omite quando de sua prática. Da mesma forma, configura-se como vício no referido elemento a punição sumária de servidor público, sem que se tenha instaurado o necessário processo disciplinar com a garantia da ampla defesa e do contraditório.
>
> No que toca ao elemento *motivo*, o vício pode ocorrer de três modos, muito embora a lei n° 4.717/1965 só se refira à inexistência dos motivos (art. 2, parágrafo único, "d"): (1º) inexistência de fundamento para o ato; (2º) fundamento falso, vale dizer, incompatível com a verdade real; (3º) fundamento desconexo com o objetivo pretendido pela Administração. Se o agente pratica o ato sem qualquer razão, há vício no elemento "motivo". O mesmo sucede se baseia sua manifestação de vontade em fato que não existiu, como, v.g., se o ato de cassação de uma licença é produzido com base em determinado evento que não ocorreu. Exemplo da terceira modalidade desse vício é aquele em que o agente apresenta justificativa que não se coaduna com o objetivo colimado pelo ato.
>
> Por fim, o vício no *objeto* consiste, basicamente, na prática de ato dotado de conteúdo diverso do que a lei autoriza ou determina. Há vício se o objeto é ilícito, impossível ou indeterminável. Como exemplo, cite-se a hipótese em que o ato permite que o indivíduo exerça atividade proibida, como a autorização para menores em local vedado à sua presença. Em sede punitiva, há vício no objeto quando o agente, diante do fato previsto na lei, aplica ao indivíduo sanção mais grave que a adequada para o fato.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.".

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Outro exemplo: um decreto expropriatório sem a indicação do bem a ser desapropriado.[115]

Há razoável consenso na doutrina quanto aos vícios de legalidade que podem ser enquadrados como defeitos sanáveis. Desta forma, prepondera-se o entendimento de que são passíveis de convalidação, em regra, os vícios de competência e forma. **Não podem ser convalidados os vícios de motivo, objeto e finalidade**. Neste sentido José dos Santos Carvalho Filho:

> Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. **São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos**. Também é possível convalidar atos com vício no objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício. **Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quando único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato**.[116] (g.n)

Coaduna-se o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, trazendo alguns exemplos que reforçam esse entendimento, apontando que a convalidação pressupõe sua possibilidade racionalizada:

> São nulos:
>
> a) os atos que a lei assim os declare;
>
> b) **os atos em que é racionalmente impossível a convalidação**, pois, se o mesmo conteúdo (e dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior.
>
> Sirvam de exemplo: **os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa**.
>
> São anuláveis:
>
> a) os que a lei assim os declare;
>
> b) os que podem ser repraticados sem vício.

[115] CARVALHO FILHO. José dos Santos. 2012, p. 154-155.
[116] CARVALHO FILHO. José dos Santos. 2012, p. 163-164.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Sirvam de exemplo: **os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vicio de vontade; os proferidos com defeito de formalidade**.[117] [g.n].

De modo semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

> Quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de **ratificação,** desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade [...]
>
> Em relação **a forma, a convalidação é possível se ela não for essencial a validade do ato** (v. item 7.7.3).
>
> Quanto ao **motivo** e a **finalidade**, **nunca** é possível a convalidação.
>
> O **objeto ou conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação**. Com relação a esse elemento do ato administrativo, e possível a conversão [...]. [g.n][118]

Ressalta-se que a anulação dos atos administrativos viciados constitui dever da Administração Pública e não mera faculdade. Defendendo este dever estatal, o professor João Antunes dos Santos Neto assim afirma:

> Na conformidade dos diversos posicionamentos que se colacionaram no transcorrer deste trabalho, podemos afirmar, com segurança, que a anulação *ex officio* do ato administrativo constitui-se num dever da Administração Pública, que, ao assim proceder, cumpre com seu papel de obediência fiel aos mandamentos legais. A Administração Pública, no ordenamento jurídico brasileiro, subsume-se, em sua atividade, à lei, de modo a lhe ser vedado agir *praeter legem, ultra legem* ou contra *legem.* Comungamos, desse modo, com o pensamento de Weida Zancaner, para quem a vinculação da Administração à legalidade não é um fim em si, mas constitui-se "meio" para que ela possa cumprir o fim ao qual se encontra adstrita, que é a consecução do interesse público.[119]

Diante dessas considerações, é preciso analisar se o vício de legalidade apontado, qual seja, a ausência de critérios objetivos de qualidade do serviço prestado, em desobediência ao disposto nos arts. 6º e 23, III, da Lei 8.987/95, é anulável ou nulo, ou seja, passível de convalidação ou não.

A previsão disposta na Cláusula XVI, item 5, macula irremediavelmente o contrato, justamente por não atender ao interesse público, causa de nulidade absoluta da avença. É imposição constitucional que o serviço público seja prestado de forma adequada, nos termos do artigo 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição da República.

---

[117] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. 2010. p. 418.
[118] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. 2011, p. 250-251.
[119] NETO. João Antunes dos Santos. **Da anulação *Ex Officio* do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 223.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Restou evidenciado que a falta de critérios estatuídos no Contrato de Concessão 1/98 capaz de aferir a fluidez de tráfego impacta diretamente na qualidade e, por conseguinte, na adequação do serviço.

Logo, apura-se que essa exclusão expressa de parte do Sistema Rodovia do Sol (no caso, a Terceira Ponte) **implica em vício que atinge o elemento da finalidade já que impede a consecução, em sua plenitude, do real propósito da concessão de serviços públicos, qual seja, a prestação de um serviço público adequado, com fins de atender ao interesse público primário**.

A exclusão realizada carece da legitimação e motivação necessária, não havendo elementos justificadores, denotando apenas o atendimento de interesse alheio ao público por eximir a concessionária do risco de fluidez de tráfego somente quanto a Terceira Ponte.

Conforme já extensamente exposto, **o vício de ilegalidade que impacta o elemento da finalidade não pode ser convalidado, acarretando o dever da administração pública em determinar a nulidade do contrato, em cumprimento ao princípio da legalidade e do interesse público**.

Em documento juntado aos autos na sustentação oral, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “174” ao “184” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), aduziu os seguintes argumentos:

> [...]
>
> 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. 6°, § 1 °).
>
> 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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. 6°, §1°, da Lei n° 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 n° 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.

Na análise técnica contida **na MT 516/2017** (realizada após a sustentação oral), os auditores deste Tribunal asseveram que 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, III[120], 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".*

Rememora 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 (cinqüenta) 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]

[120] Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
[...] omissis
III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Observa a área técnica que a responsabilidade quanto ao presente achado de auditoria cabe ao senhor Jorge Hélio Leal, que cumulava os cargos de Diretor-Geral do DER/ES, Presidente da Comissão de Licitação do DER/ES e Presidente do Conselho Rodoviário Estadual, pela *"*não inserção no contrato de cláusula que lhe era essencial[121]*"*.

Por todo o exposto, no que tange à irregularidade aqui reconhecida, **a área técnica opina para que o Plenário desta E. Corte de Contas**:

a) Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, decretar **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;

b) **assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que a Agência de Regulação de Serviços Públicos - ARSP[122] tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol)**;

c) Caso a **ARSP** não atenda à determinação deste Tribunal no prazo assinado, com fundamento no artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual 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 ARSP multa no valor de R$ 10.000,00 (*dez mil reais*)** e **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol)**;

[121] Relatório de Auditoria n° 10/2014 – fls. 10426 – Vol. XLIV.

[122] Que sucedeu a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo (ARSI), nos termos da LC nº 827 de 1º de julho 2016.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

d) **Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 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 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 1/98 (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 ARSP 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.**

2.2.6 – Expedição ilegal de licença ambiental prévia

A equipe de auditagem no item 2.7 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV), relatou 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**.
>
> [...] 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:
> [...];
> IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
> V - a qualidade dos recursos ambientais. [grifo nosso]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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;
[...] [grifo nosso]

[...] o Decreto nº. 99.274/1990, que regulamentou a Lei nº. 6.902/1981 (que dispõe sobre [...] Áreas de Proteção Ambiental) e a Lei nº. 6.938/1981 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), disciplinou o licenciamento prévio [...], 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.

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)
II - Licença de Instalação (LI)
III - Licença de Operação (LO)

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 [...] 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 sinergéticas, 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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;
[...]
Art. 76. O **Relatório de Impacto Ambiental – RIMA**

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**sões do Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EPIA

Por fim, o legislador ordinário [...] 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** [...] 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 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...] reunião, realizada em 11 de julho de 1997, [...] 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, [...] 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**[123].

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**[124]. [

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:

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**[125]. [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 serviço[126]. [grifo nosso]

[123] Tal diagnóstico não foi encontrado por nós dentre o material enviado.
[124] Processo TC 5591/2013. fls. 4998-5000.
[125] Processo TC 5591/2013. fls. 5001-5002.
[126] Processo TC 5591/2013. fls. 5003-5004.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Assim, as condicionantes para liberação da Licença de Localização seriam em número de 5 (*cinco*), e referentes apenas 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:

[...]

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 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.

[...]

[...] 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 Concorrência[127].

[127] Processo TC 5591/2013. fls. 5006-5007. Note a incompatibilidade entre este parágrafo e o segundo parágrafo citado

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 SEAMA[128]. [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 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.

[...]

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
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,

[128] Processo TC 5591/2013. fls. 5014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

[...]
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 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.
[...]
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:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

"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 – detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, 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**.
[...][129]

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**.
[...]
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 inexequíveis 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:
[...]
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.
[...]

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.

[129] Processo TC 5591/2013. fls. 701 e ss.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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 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.
>
> [...]
>
> 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**.

Nesse ponto, a equipe de auditagem não sugeriu a citação ou notificação de quaisquer responsáveis, visto que pugna pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva dos responsabilizados.

Desta forma, não há nos presentes autos manifestação contrapondo-se ao presente achado de auditoria. Assim, restou prejudicada a análise conclusiva meritória abordando possíveis argumentos em oposição ao relatado pela equipe de auditoria.

Pelo exposto, evidencia-se no caso em tela a plena caracterização da situação descrita no caput do art. 375 do Regimento Interno (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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> exato cumprimento da lei, autoriza a extinção do processo, desde logo, por ausência de justa causa, mediante deliberação do colegiado.

Assinalaram os auditores 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, alinho meu entendimento com a área técnica 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".

Em sua sustentação oral, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos "185" ao "187" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), acerca do presente indicativo de irregularidade, carreou argumentos que seguem reproduzidos:

> 185. Ainda que a Concessionária não tenha sido intimada a responde (sic) este "Achado", apenas para fins de contextualização, veja-se que a RODOSOL sempre contou com todas as licenças para executar suas obrigações, de acordo com o artigo 10, da Lei n° 6.938, de 31.8.81, e com os arts. 2° e 3° da Resolução CONAMA n° 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.

Além de reiterar as afirmações contidas na ITC 308/2015 no sentido de considerar essa irregularidade alcançada pelos efeitos da prescrição, os auditores anotaram na MT 516/2017 que o vício aqui examinado não tem o condão de acarretar a

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

nulidade do contrato ou alterar o seu equilíbrio econômico financeiro, que 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, **mantenho, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.6 da ITC 308/2015**.

2.2.7 – Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro

Transcrevo adiante a irregularidade descrita pela equipe de auditagem 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. 1.302 e 1.303 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**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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. Tíquetes 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. 1.305 a 1.308 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. 1.534 e 1.535 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, 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. 2.082 e 2.084 deste Processo TC 5591/2013.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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. 1.308 deste Processo TC 5591/2013, e encaminhada por meio do despacho do senhor Jorge Hélio Leal – Diretor-Geral do DER/ES, à época, fls. 1.309. 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. 1.309, 1.576 e 2.082 a 2.084 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. 10.355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

De sua vez, a Concessionária manifestou-se às fls. 14.397-14.399, vol. LXIV:

2.8 - Acréscimo de verba efetivado pelo 1º Aditivo

204. O Relatório RA-E 10/2014 gasta 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 1° Aditivo ao Contrato de Concessão n° 01/98, que, como visto, foi regularmente celebrado em 10.10.02. Nada mais descabido.

205. 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 (doc. 8).

206. 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.

207. [...] 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.

208. Em segundo lugar, determinado o recebimento de tíquetes pelo DER/ES (cf. doc. 8) 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 209. Em terceiro lugar, a Auditoria Geral do Estado, após a profunda análise do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, realizada em 2005, e que culminou na celebração do 2° 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).
>
> 210. 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 1° Aditivo, vez que representou acréscimo não previsto ao inicialmente determinado.
>
> [...]

Análise da ITC 308/2015:

Instada a se manifestar, a **ARSI** entendeu que não caberia nenhum pronunciamento quanto a esse item, ocorrido em 2002, portanto, antes da criação daquela agência reguladora (que ocorreu em 2009, com início da atuação previsto para abril de 2010).

A **Rodoso**l, por seu turno, discordou da Equipe de Auditoria, opondo os argumentos acima listados.

A ITC 308/2015 pondera que quanto às alegações dos itens 4 e 5 acima, respectivamente, caducidade do questionamento e coisa julgada administrativa, já se pronunciou anteriormente pela insubsistência de tais argumentos, conforme itens 2.1 e 2.2 desta Instrução Técnica Conclusiva.

Com relação à atuação da AGE (item 6 acima), ressalta a independência da atuação do TCEES, responsável pelo controle externo, em relação ao responsável pelo controle interno do governo estadual. Sendo assim, o fato de a irregularidade não ter sido apontada pelo controle interno não impede que esta Corte de Contas identifique o problema e determine sua correção.

Em referência ao alegado no item 7, percebe-se que basicamente é uma repetição do item 3, sobre o que já houve pronunciamento, de forma que o exame se deterá agora apenas quanto às três primeiras alegações supra enumeradas.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Quanto às duas primeiras alegações (que os tíquetes teriam sido vendidos pela ORL e que o DER teria determinado a aceitação destes pela Rodosol, para não prejudicar os usuários), não há o que discordarmos.

Aliás, informa a ITC 308/2015 que a Equipe de Auditoria em nenhum momento discorda disso, apenas informa que, para a empresa ter o direito de solicitar o reequilíbrio alegando a aceitação desses tíquetes, seria necessário comprovar que os recebeu. Isso porque, como a venda era feita em espécie, seria bastante plausível que parte desses tíquetes não tivesse retornado ao sistema, com o usuário tendo perdido ou danificado o tíquete, por exemplo.

Para justificar essas duas primeiras alegações, a Rodosol juntou, fls. 14.649-14.650 (vol. LXV), documento firmado entre a ORL e a Rodosol, em que a primeira informava ter vendido R$ 305.000,00 em tíquetes e a segunda comprometendo-se a aceitá-los. Importante frisar que essa documentação em nada altera o achado da auditoria, no sentido de que não comprova que todos os tíquetes vendidos pela ORL foram realmente entregues pelos usuários nas cabines de pedágio administrados pela Rodosol.

Com relação à terceira afirmação, de que "tal quantia teria representado um excesso em comparação ao inicialmente previsto, ensejando sua compensação, por meio de reequilíbrio contratual, nos termos do edital", isso somente seria correto se a empresa demonstrasse que realmente recebeu todos os tíquetes e, ressalta a área técnica, **isso não ficou comprovado**.

Ademais, em que pese a afirmação da empresa, no sentido de que "o esperneio do Relatório RA-E 10/2014 não encontra qualquer respaldo, seja ele fático ou jurídico", **é possível até mesmo utilizar nova documentação anexada pela própria Rodosol para apresentar argumento fático contrário à aceitação da totalidade dos tíquetes para efeito do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**.

Analisando o "doc. 8", fls. 14.644-14.648 (vol. LXV), verifica-se que a empresa juntou manifestação datada de 16 de abril de 2002, assinada pelo engenheiro da

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Secretaria de Estado do Desenvolvimento de Infraestrutura e Transportes - Sedit Carlos Frederico Von Randow, em que o técnico daquela secretaria informa que, a despeito de a Rodosol ter informado **R$ 17.451.938,26** em eventos que ensejariam o reequilíbrio contratual, **teriam ocorrido apenas R$ 6.704.662,75**, tendo sido glosadas inúmeras alegações da empresa, **inclusive quanto aos supostos R$ 305.000,00 em tíquetes em poder de usuários**, conforme valores abaixo apurados:

Quadro 3 - Valores solicitados pela Rodosol:

ITEM	DISCRIMINAÇÃO	VALOR (R$)
1	DO ATRASO NO REAJUSTE DAS TARIFAS	498.782,27
2	DO AUMENTO DO ESCOPO DO CONTRATO	3.583.289,16
3	DAS SUPERVENIENTES ALTERAÇÕES NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA	2.354.014,78
4	DAS SUPERVENIENTES ALTERAÇÕES DE PROJETO BÁSICO	7.568.110,29
5	**DO SUPERVENIENTE ACRÉSCIMO DA VERBA RESCISÓRIA DO CONTRATO DE CONCESSÃO DA ORL**	**754.096,80 (sendo R$305.000,00 em tíquetes)**
6	EXIGÊNCIAS SUPERVENIENTES DE PROTEÇÃO AMBIENTAL	1.672.321,44
7	SERVIÇOS ADICIONAIS DEMANDADOS PELA COMUNIDADE	1.021.323,52
TOTAL		17.451.938,26

Enfatiza a Instrução Conclusiva que manifestação técnica da Sedit, trazida à baila pela própria Rodosol (fls. 14.647, vol. LXV):

> [...]
> **VALOR TOTAL DO DESEQUILÍBRIO DO CONTRATO** **6.704.662,75**
>
> [g. n.]

Ora, a empresa se contradiz ao afirmar que o RA-E "esperneia" sem nenhum respaldo contra a inclusão de R$ 305.000,00 no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas, ao mesmo tempo, junta documentação que apenas corrobora o achado da Equipe, ao comprovar que técnico da Sedit, em 2002, já havia glosado o pedido de inclusão dos tíquetes.

Da documentação carreada aos autos, fica comprovada a manutenção do indicativo de irregularidade, ou seja, **foi irregular a consideração dos R$ 305.000,00 em tíquetes emitidos pela ORL, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como ocorreu no Primeiro Termo de**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Aditamento e Rerratificação ao Contrato de Concessão de Serviço Público 1/1998, firmado em 2002, e juntado às fls. 2.082 a 2.084, vol. X, deste Processo TC 5591/2013.

Como responsáveis pela irregularidade, foram apontados os senhores Altamiro Thomaz e Jorge Hélio Leal.

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, encaminhada por meio do despacho do senhor Jorge Hélio Leal – Diretor-Geral do DER/ES, à época, fls. 1.308-1.309 do vol. VI.

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 1/1998, conforme fls. 1.309 (vol. VI), 1.576 (vol. VIII) e 2.082 a 2.084 (vol. X) deste Processo TC 5591/2013, muito embora a análise referente ao valor justo dos tíquetes não tivesse sido efetivada conforme sua determinação.

Em que pesem as responsabilidades acima, ambos sequer foram citados, uma vez que, pelo decurso de prazo, prescreveu a pretensão punitiva desta Corte de Contas, não mais cabendo a aplicação de penalidades aos gestores.

Assim, a ITC 308/2015, item 3.7, opina, 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, que o Plenário desta E. Corte de Contas **decrete**, 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 comprovação idônea) dos tíquetes que estavam em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

E diante do exposto, também propõe que deve ser mantida a proposta de encaminhamento da Equipe de Auditoria, no sentido de que, seja para efeitos de anulação ou de manutenção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, nos cálculos de avaliação ou de reequilíbrio econômico-financeiro, a apuração do efeito dos eventos ocorridos ao longo do ajuste **não deve considerar, 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 1/1998**, nos termos da presente análise.

Justificativas apresentadas na oportunidade da sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos "188" ao "195" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), [...] carreou os seguintes argumentos

> [...]
>
> 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 [...] .
>
> 191. [...] 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.
>
> [...]

Análise da MT 516/2017:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...]

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. 25.923-26.004 (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, **mantenho em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.7 da ITC 308/2015**.

2.2.8 – Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais

Reproduzo a seguir o achado de auditoria ventilado pela equipe de auditagem no item 2.9 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

> 2.9 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais [QA16]
>
> A Lei nº. 6.938/1981, [...] 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**.
>
> [...] 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:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

[vide **Tabela 1** – Condicionantes ambientais cujo cumprimento não foi efetivamente verificado, constante da ITC 308/2015, f. 24954]

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*"[130]; 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 bacia[131].
A questão referente à recuperação de taludes na faixa da rodovia foi também citada no Relatório Final da CPI do Sistema RODOSOL:

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):
[...]

[130] Processo TC 5591/2013. fls.6442.
[131] Processo TC 5591/2013. fls. 6498.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 pluviométrica[132].

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 integridade[133].

Veja-se que, no Anexo V do Edital – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial

[...]

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.

[132] Processo TC 5591/2013. fls. 5789-5790.

[133] 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária aduziu suas razões através da manifestação de fls. 18.458-18.491 (vol. LXXXIII), entretanto, não se manifestou acerca do presente achado de auditoria em específico. Argumenta a ARSI que não é legalmente responsável por atos praticados referentes ao procedimento licitatório, nos termos da alínea 'n' da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão 1/98 e do Terceiro Termo Aditivo de Contrato, que operou a sub-rogação do Contrato do Departamento de Estradas de Rodagem - DER-ES para a ARSI.

Sustenta, ainda, que "[...] não é Poder Concedente, como apontado pela conclusão do relatório de auditoria [...]" enfatizando tratar-se de um ente autônomo cuja lei de criação "[...] transferiu algumas atribuições próprias do Poder Concedente, mas não o seu integral exercício". Nesse ponto, cita a ARSI o disposto nos artigos 6º e 9º da Lei Complementar Estadual 477/2008 (Lei de criação da autarquia) que tratam das competências delegadas à Agência Reguladora estadual.

Prossegue a ARSI afirmando que sua atuação é limitada 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".

Alega, enfaticamente, que "[...] **não possui as prerrogativas de extinção do contrato como sugerem encaminhamentos da equipe de auditoria**, senão aqueles previstos no contrato, não podendo ser obrigada a exercer atividades fora da área de sua competência legal" [g.n.]

Em seguida, passa a ARSI a tratar da sub-rogação do Contrato de Concessão 1/98, ocorrida por força do Terceiro Termo Aditivo de Contrato, que lhe transmitiu obrigações e direitos originalmente de titularidade absoluta do DER-ES, muito embora, algumas das cláusulas contratuais tenham permanecido de responsabilidade do DER-ES.

Nesse passo, ressalta que remanesceram, na responsabilidade exclusiva do DER-ES, as obrigações previstas nas alíneas "i", "k" e "n" da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, estabelecedora dos direitos e obrigações

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

do concedente, sendo que a alínea "n", especificamente, determina que ao DER-ES incumbem "[...] as responsabilidades decorrentes de quaisquer atos ou fatos anteriores à data da transferência do controle do SISTEMA RODOVIA DO SOL".

Com isso, entende a ARSI que descabe qualquer responsabilização sobre fatos atinentes ao procedimento licitatório, que seriam, segundo sua ótica, de responsabilidade exclusiva do DER-ES.

Ademais, argumenta a ARSI que "[...] apesar de ter assumido algumas atribuições originariamente exercidas pelo DER-ES, junto ao contrato de concessão 01/98 [...] NÃO É SUCESSOR LEGAL DO DER-ES". Complementa a autarquia aduzindo que responde "[...] pelos atos de fiscalização, controle e regulação praticados após 20/11/2009, dentro dos limites do terceiro termo aditivo [...]", bem como, que qualquer manifestação sua sobre procedimentos licitatórios seria destituída de lastro fático e probatório.

Por fim, traz ao lume o disposto no artigo 36 da Lei de criação da ARSI, que assim estabelece:

> Art. 36. Para as atividades específicas de regulação e fiscalização dos serviços pela ARSI, de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como serviços de infra-estrutura viária com pedágio, será permitida fase de adaptação de no máximo 12 (doze) meses para o início das atividades, depois de nomeada a Diretoria Colegiada da ARSI.

Nessa senda, conclui a **ARSI**, na pessoa de seu representante legal, que não compete à autarquia "[...] responder ou prestar esclarecimentos sobre os achados de auditoria apontados no presente processo, cujos fatos e/ou atos tenham ocorrido antes de 16/04/2010, assim discriminados: 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.9, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17".

A **Rodosol** apresentou suas razões às fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) em peça subscrita por advogados regularmente[134], com a qual foram tecidos os argumentos ora reproduzidos:

> 215. O item 2.9 do Relatório de Auditoria afirma *que "foram emitidas licenças de operarão sem a verificação do efetivo cumprimento de todas as condicionantes*

[134] Instrumento procuratório à fl. 14.291 (vol. LXIV).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

previstas nas licenças ambientais anteriores" (fls. 10.449). Elenca-se na tabela 5, às fls. 10.448 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014, os supostos descumprimentos.

216. [...] como será demonstrado adiante e devidamente corroborado pelas cartas de cumprimento das condicionantes, emitidas IEMA, bem como pelas conclusões emitidas pelo laudo técnico que segue anexo (doc. 10, 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.

217. Em primeiro lugar, quanto a condicionante n° 11 da Licença de Instalação 91/2000, as condicionantes nº 4 e 20 da Licença de Operação Provisória 03/2003, bem como a condicionante 06 (sic) 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 (cf. doc. 10, Anexos IX, X, XI e XII).

218. 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 (doc. 10, Anexo XIII).

219. 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.

220. Não obstante isso, a Rodosol imbuiu 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 órgão licenciador reconheceu as dificuldades encontradas pela empresa, o que ensejou o encerramento da condicionante 04 da LO 06/03.

221. Em terceiro lugar, o descumprimento apontado na condicionante n° 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.

222. 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 n° 6670/2014 (doc. 10, Anexos XIII e XIV).

223. Apontou-se, pela Equipe de Auditoria, o descumprimento da condicionante n° 16 da Licença de Operação n° 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 n° 103/2010, recebido em 19.10.10 (doc. 10, Anexo XV).

224. Some-se à isso que a RODOSOL sempre procurou diligenciar o Comitê do Rio Benevente, sendo seu último encaminhamento formal efetuado pelo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Oficio 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.

225. Veja-se, ainda, que o Relatório de Auditoria afirma que não foi verificado o cumprimento da condicionante n° 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 oficio CT/DIR/PRES/062/2013 (doc. 10, Anexo XVIII), não respondido até o momento;

b) o item "B", sobre as atividades no Parque Estadual Paulo Cesar Vinha, tem-se que:

(b.l) o subitem "B.1", relativo à sinalização vertical das trilhas encontra-se em 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 oficio 181/2012, de 21.6.12 (doc. 10, Anexo XIX), 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 (doc. 10, Anexos XX e XXI);

(b.3) o subitem "B.3", acerca da criação de mapa imantado em maiores dimensões, se encontra em cumprimento, porem 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/FIR/PRES/058/2013, de 15.3.13 (doc. 10, Anexos XXIII e XXIV).

226. 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.

[...]

228. Apenas para que nada fique sem resposta, não merece qualquer atenção a afirmação lançada no relatório, às fls. 10.450, de que "a recuperação das taludes continua insatisfatória". A uma, porque inexiste 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 (doc. 11).

[...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Já o Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - **IEMA**, [...] na pessoa do seu Diretor-Presidente, Tarcísio José Föeger, apresentou a manifestação de fls. 14.232-14.235 (vol. LXIV), [...] "Nota Técnica GCA-CLAOP Nº 34/2014", em síntese reproduzida nas f. 24963-24965 da ITC 308/2015, dando notícia do atual estágio das condicionantes.

Diante das respostas oferecidas pelo **IEMA** e pela empresa concessionária Rodosol cabe-nos averiguar, ponto a ponto, de *per si*, o cumprimento ou descumprimento, pela concessionária, das condicionantes relacionadas na Tabela 5 do RA-E 10/2014. [...] vejamos:

Licença de Instalação 91/2000 – Condicionante 11:

De fato o documento datado de novembro de 2007, atesta que o IEMA, entidade aquela altura responsável pelo licenciamento, considerou como cumprida a condicionante 11, fixada na Licença de Instalação 91/2000, motivo pelo qual deve ser afastada a inconsistência relativa ao suposto descumprimento desta condicionante.

Licença de Operação Provisória 3/2003 – Condicionantes 4; 20 e 27:

Como se vê, as informações prestadas pela empresa concessionária no sentido de que teria efetuado o cumprimento das condicionantes 4; 20 e 27, estabelecidas na Licença de Operação Provisória 3/2003, foram confirmadas pela própria autarquia responsável pelo licenciamento, razão pela qual entendo pelo afastamento das inconsistências noticiadas no Relatório de Auditoria relativas a tais condicionantes.

Licença de Operação 6/2003 – Condicionantes 4; 5 e 16:

Assim sendo, quanto às condicionantes 4; 5 e 16 fixadas na Licença de Operação 6/2003, pode-se concluir que a atuação da empresa concessionária Rodosol revelou-se satisfatória, motivo pelo qual entendo que merece ser afastada a suspeição de descumprimento das referidas condicionantes.

Licença de Operação 198/2006 – Condicionante 3, alíneas A, B e C:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Analisada nos termos da síntese exposta adiante.

Sintetizando todo o expendido, tem-se que:

O RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV), em seu item 2.9, lista uma série de condicionantes fixadas em licenças ambientais expedidas em favor da Concessionária Rodovia do Sol S.A que não teriam sido cumpridas.

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A ARSI, apesar de ter apresentado a manifestação de fls. 18.458-18.491 (vol. LXXXIII), não se expressou acerca da inconsistência ora enfocada. Por sua vez, o IEMA e a Rodosol, apresentaram suas razões, respectivamente, às fls. 14.232-14.235 e fls. 14.329-14.431 do vol. LXIV.

Percebe-se, ao analisar-se a questão do cumprimento - pela Rodosol - das estipulações contidas nas alíneas "A.1"; "B.1"; "B.2"; "B.3" e "C.1" da Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006, data máxima vênia, uma certa demora e leniência atribuível ao IEMA, autarquia estadual responsável pela expedição de licenças e pelo controle ambiental consoante disposto nos incisos IV e XIII da Lei Complementar Estadual 248[135], de 28 de junho de 2002.

Tome-se, como exemplo, a postergação na construção do Centro de Visitantes do Parque Estadual Paulo Cesar Vinha (PEPCV) onde se verifica que, passados 08 (oito) anos, ainda se encontra em fase de aprovação do projeto arquitetônico. Ademais, a própria manifestação do IEMA nestes autos (fls. 14.232-14.235, vol. LXIV) revela que a última análise da autarquia - acerca do atendimento aos compromissos estabelecidos na Condicionante 3 da Licença de Operação 198/2006 - se deu em 2012, tendo sido dada ciência à empresa concessionária através do Ofício 181-2012, datado de 15/6/2012 ("Anexo XIX" do CD ROM de fl. 14.668 do vol. LXV).

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

[135] Art. 5º. Compete ao Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos IEMA:
[...] omissis [...]
IV – licenciar a localização, instalação, operação e ampliação das Atividades potencial ou efetivamente poluidoras/degradadoras, nos termos das normas legais e regulamentares em vigor;
[...]
XIII – planejar, definir, coordenar e executar as atividades técnicas e administrativas relacionadas à proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais; inclusive da vegetação de preservação ambiental ou permanente, exceção às demais conceituadas na Lei Estadual nº 5.361/96 e na Lei federal nº 4.771/65;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Observa a área técnica que pelo comportamento até aqui demonstrado pelo órgão ambiental, parece que o IEMA tem agido com certo grau de omissão no que tange à fiscalização do cumprimento das condicionantes impostas à Rodosol, isto fica claro em nossa percepção quando se verifica que a última análise realizada pela autarquia, acerca dos compromissos fixados na Licença de Operação 198/2006 se deu em meados de 2012 e, desde então, não foi produzido nenhum documento oficial sobre o tema.

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

Contudo, o próprio Relatório reconhece que a pretensão punitiva deste TCEES em relação ao senhor Jadir Viana Santos encontra-se prescrita, uma vez que a Licença de Operação 198/2006 – cujas condicionantes fixadas nas alíneas "A.1"; "B.1"; "B.3" e "C.1" não foram integralmente cumpridas – foi expedida a mais de 07 (sete) anos.

Assim sendo, considerando a não identificação de causas suspensivas ou interruptivas (art. 71, §§ 3º e 4º da LC 621/2012) no transcorrer do lapso temporal entendo que se operou a prescrição da pretensão punitiva desta E. Corte de Contas, não cabendo mais a aplicação da penalidade em relação ao senhor Jorge Jadir Viana Santos, ex-Diretor Técnico do IEMA. Ressalte-se que não foi aventada no RA-E 10/2014 ou na Instrução Técnica Inicial 256/2014 (fls. 14.148-14.156, vol. LXIII) a possibilidade de imputação de ressarcimento em razão da presente anomalia.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à responsabilidade da ARSI no que tange à Concessão do Sistema Rodovia do Sol. Conforme já exposto, na análise do item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, reconheceu-se que a Agência Reguladora não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido obrigações e direitos em sub-rogação ao DER-ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98,

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

especialmente aqueles previstos na alínea "d" da Cláusula XXIII do ajuste, **a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de <u>alteração do contrato e extinção da concessão</u>**.

A ITC 308/2015 (item 3.8) concluiu, nos seguintes termos, *in verbis:*

> **Por todo o exposto**, no que tange à irregularidade aqui reconhecida, **sugere-se ao Plenário desta E. Corte de Contas**:
>
> a) que **seja declarada,** [...], **a prescrição da pretensão punitiva com relação ao senhor Jadir Viana Santos,** quanto à indevida expedição de Licença de Operação apesar de restarem condicionantes ambientais cujo cumprimento não foi verificado;
>
> b) caso o Tribunal entenda que o Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 deva ser declarado nulo em razão das anomalias observadas no procedimento licitatório e já explanadas nesta Instrução Técnica Conclusiva [...] **seja determinado,** na forma regulada pelo artigo 114, inciso III da LC 621/2012 e 208 da Res. TC 261/2013, **para que:**
>
> b.1) o **Iema** apure, **no prazo de até 90 (noventa) dias,** se outras condicionantes ambientais, além daquelas descritas nas alíneas "A.1"; "B.1"; "B.3" e "C.1" da Licença de Operação 198/2006, não foram efetivamente cumpridas e, em conjunto com a **Arsi**, calcule os efeitos financeiros incidentes sobre o Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol;
>
> b.2) a **Arsi** promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, cotejando os efeitos financeiros decorrentes da inobservância das condicionantes ambientais pela Concessionária Rodovia do Sol S.A como evento causador de desequilíbrio do contrato, objetivando a apuração de eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária para fins de possível indenização ou compensação derivada da anulação da concessão do Sistema Rodovia do Sol;
>
> c) caso o Tribunal delibere pela não determinação de anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, [...] **assine prazo de até 180 (cento e oitenta) dias** para que o Iema tome as providências necessárias para o efetivo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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. 25.923-26.004 (vol. CXVII), carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

> [...]
>
> 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. [...] 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 imbuiu 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 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 n° 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 n° 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 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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.
>
> 209. [...] não merece qualquer atenção a afirmação lançada no relatório, às fls. 10.450, de que "a recuperação dos taludes continua insatisfatória". A uma, porque inexiste 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).
>
> [...]

A Manifestação Técnica (após a sustentação oral) conclui 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.

Retorna a Rodosol aos autos através do documento de fls. 25.923-26.004 (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. 14.329-14.431 (vol. LXIV), sem trazer qualquer elemento ou documento para ilidir a anomalia no tocante ao [...] 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), **mantenho, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.8 da ITC 308/2015**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.9 – Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização

Segue adiante o achado de auditoria registrado pela equipe de auditagem 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

[...]:

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 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.

[...]

[...] 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, [...] 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, [...] 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Tabela 2 – Demonstrativo das diferenças de repasse da Verba para Custeio da Fiscalização

VERBA DE CUSTEIO DA FISCALIZAÇÃO: VALOR DEVIDO *versus* 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	ANO12 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

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 Policia 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 2.10, a culpabilidade dos agentes.

Argumentos apresentados na defesa escrita:

A ARSI assim se pronunciou (fls. 18.467-18.470, vol. LXXXIII):

Em 2010, a ARSI iniciou os estudos para promover o reequilíbrio do contrato, entre elas consta a análise dos valores da verba de custeio repassadas pela concessionária, observando inclusive a criação da TRV - Taxa de Regulação e Fiscalização dos Serviços Públicos de Infraestrutura Viária, aplicável a partir de março de 2010. [...] conjunto de procedimentos [...] adotados [*sic*]:

1. Medidas junto à concessionária para transferência do repasse das Verbas de Custeio da Fiscalização, antes destinadas ao DER/ES para a ARSI;

2. Apuração dos valores a título de Verba de Custeio da Fiscalização, documentação relativa às aplicações realizadas a título de Verba para Aparelhamento da Policia Rodoviária, repassadas ao longo do contrato, bem como os índices utilizados para correção;

3. A análise procedida pela ARSI acerca dos valores apresentados indicou algumas divergências, apresentadas à concessionária, que através do Oficio CT/DIR/OPER/074/2010, datado de 29/03/2010, apresentou parecer elaborado pela ESAP - Consultoria para fins de avaliação dos cálculos da ARSI que foram reconhecidos como corretos, em obediência ao contrato, em sua Cláusula LXXIX [...]

Na sequência, observando os índices de reajustes das tarifas, os valores devidos e os efetivamente repassados, identificou-se o montante dos saldos remanescentes de cada exercício, positivos ou negativos, adotando metodologia de atualização dos valores levando-se em consideração a evolução da tarifa e a remuneração prevista no contrato.

4. A Análise jurídica do objeto dos dois encargos, também apreciada pela PGE, resultou na substituição da Verba de Custeio pela TRV - Taxa de Regulação e de Fiscalização do serviço público de Infraestrutura Viária, que gerou na assinatura do Quarto Termo Aditivo ao contrato de concessão 01/98.

[...]*Quanto aos encaminhamentos sugeridos assim manifestamos:*

Proposta de Encaminhamento 1: 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),

A ARSI esclarece que os estudos de reequilíbrio apontados pelo relatório como uma ***" ... intenção de efetuar o reequilíbrio em 2012 não tenha prosperado ..."*** não foram

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

descritos da melhor maneira pela equipe de auditoria do TCEES. Os estudos de reequilíbrio realizados pela Agência estão EM ANDAMENTO, conforme anexados nos presentes autos pela equipe de auditoria do TCEES às fls. 41 a 67. O documento citado no achado é um estudo preliminar. Logo, o estudo de reequilíbrio iniciado ainda não foi concluído até porque, em função dos novos cenários, será necessário realizar adequações.

Proposta de Encaminhamento 2: assinar o prazo de até 30 (trinta) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos

[...]

A ARSI não se oporá ao cumprimento deste encaminhamento se esta for a decisão deste tribunal. Entretanto, conforme está demonstrado na manifestação do achado 2.12, necessitará de um lapso temporal maior do que o sugerido para esta execução. Sugere a esta corte que a ARSI possa apresentar um plano de ação para o atendimento deste achado.

[...]

Proposta de Encaminhamento 3: 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 [...]

A ARSI não se oporá ao cumprimento deste encaminhamento se esta for a decisão deste tribunal. Entretanto, conforme está demonstrado na manifestação do achado 2.12, necessitará de um lapso temporal maior do que o sugerido para esta execução. Ademais, depende ainda de alteração na decisão judicial que suspende o contrato, uma vez que estando suspenso não é possível, juridicamente, sua alteração, nem mesmo para fins de reequilíbrio. Sugere a esta corte que a ARSI possa apresentar um plano de ação para o atendimento deste achado.

[...]

Por seu turno, **Rodosol** encaminhou a seguinte manifestação (fls. 14.404-14.405, vol. LXIV):

231. 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. [...] destaca, ainda, a celebração do 4° 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.

232. Segundo afirma, a RODOSOL deveria ter repassado, naquele período, a quantia de R$ 1.780.000,00, em valores de outubro de 1998, ao passo que o repasse identificado monta a R$ 82.114,65, também em valores históricos.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 233. [...] 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 âmbito da ARSI.
>
> 234. Como bem ressalta, [...] 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.
>
> 235. Todavia, ainda que assim não fosse, os repasses efetuados pela RODOSOL estão de pleno acordo com o Contrato de Concessão n° 01/98 (doc. 12), vez que o repasse da referida verba está diretamente relacionado ao valor da tarifa. Na medida em que esta, por força do 2° Aditivo, sofreu a aplicação do redutor de 24,24%, a toda evidência, esse redutor impactou no repasse.

Análise da ITC 308/2015:

Quanto à afirmação de que a Equipe de Auditoria teria sido leviana ao afirmar que a Rodosol repassou valores a menor, parece que a Concessionária não entendeu a colocação da Equipe.

Em nenhum momento o item 2.10 do RA-E 10/2014 afirma que o repasse a menor deu-se por culpa/dolo da Concessionária. Ao contrário, afirmou que cabia ao DER essa apuração de valores e, como a ARSI sucedeu o DER na fiscalização do contrato e estava tomando as medidas necessárias para sanar a situação, afirmou que a culpabilidade dos agentes deveria ser afastada.

Para que fosse possível ser taxado de leviano (no sentido de pouco sério ou insubsistente), o relatório deveria estar baseado em premissas incorretas. Vejamos o que diz o Contrato 1/98 no que tange ao repasse da Verba para Custeio da Fiscalização:

> 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)

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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).

Percebe-se claramente que o Contrato previa valores fixos para o citado repasse. O que a Concessionária alega é que o 2° Aditivo teria definido um redutor de 24,24% na tarifa, que, como consequência lógica, deveria incidir também sobre o repasse em questão.

Ocorre que a Concessionária esqueceu-se que o 2º Aditivo aplicou o referido redutor apenas no pedágio da 3ª Ponte, não incidindo no pedágio da Rodovia do Sol (vide Cláusula Segunda, §§ 1º e 2º, fls. 18.444, vol. LXXXII). Logo, **se o redutor não incidiu sobre todas as receitas do contrato, não poderia simplesmente ser usado como redutor do repasse, mas sim deveria ter sido considerado um evento no cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro**.

Sendo assim, **a aplicação indevida do redutor sobre a verba efetivamente ocasionou repasse a menor**. Foi isso que a Equipe disse. Foi isso que a ARSI entendeu (e concordou), não assistindo razão à Rodosol.

Assim, opinou a equipe de auditores, no item 3.9 da ITC **308/2015**, pela **manutenção integral do presente achado de auditoria**, para em seguida **sugerir que** o Plenário desta Corte de Contas **DETERMINE**, caso entenda pela adoção por parte da ARSI das medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (diante dos demais achados de auditoria já apontados), **que a ARSI também promova a avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98** (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 Ente Fiscalizador, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, apresentados, distribuídos e

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

calculados na Tabela 6, fls. 10.454 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.

Caso não seja determinado à ARSI que tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (diante dos demais achados de auditoria já apontados), sugere-se que o Plenário desta Egrégia Corte de Contas **DETERMINE à ARSI a promoção de novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98** e nele considere, como evento causador de desequilíbrio do contrato, a diferença entre o valor devido e o valor efetivamente repassado ao Ente Fiscalizador, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 6, fls. 10.454 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 sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos “211” ao “216” do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), [...] carreou os seguintes argumentos [...]:

> [...] 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:
>
> [...]
>
> 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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 2° Aditivo, sofreu a aplicação do redutor de 24,24%, a toda evidência, esse redutor impactou no repasse.
>
> [...]

As teses de defesa trazidas na 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, **a área técnica mantém, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.9 da ITC 308/2015**.

2.2.10 – Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

Segue adiante o achado de auditoria indigitado pela equipe de auditagem 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:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...]

1. A CONCESSIONÁRIA arcará com uma verba para o aparelhamento da Policia 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 CONCESSIONARIA, por meio de correspondência que especificará o tipo, a quantidade e a qualidade dos bens e materiais

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 POLICIA RODOVIÁRIA ESTADUAL.

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 Cláusula[136].

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 [...] ponto 1 da Tabela 7, [...] totalizando R$ 1.310.000,00, 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 *versus* VALOR EFETIVAMENTE REPASSADO															
VERBA DE APARELHAMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA	REPASSES ANUAIS (R$)														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	ANO 13 2011	ANO14 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

[136] Processo TC 5591/2013. fls.1403.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 [...], em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 995.637,01 [...], 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 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, [...] conforme sua Cláusula XXIII – Dos Direitos e Obrigações do DER/ES (sub-rogado à ARSI).

Todavia, como dito na Seção 2.10 deste Capítulo2, 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 passiveis 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 Policia 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% [...] 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. [...] 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 desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 2. [...] 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), [...] e [...] 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 [...], em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 995.637,01 [...], em valores nominais com data-base em outubro de 2013;
>
> 3. [...] 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 [...], em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 995.637,01 [...], em valores nominais com data-base em outubro de 2013.
>
> 4. [...] 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.

Quanto ao presente item, assim se pronunciou a ARSI (fls. 18.470-18.473, vol. LXXXIII):

> Para utilização desta verba o contrato exige que seja pactuado um convênio com o BPTran. A ARSI se empenhou para que este convênio fosse assinado, pois mesmo com 12 anos de vigência do contrato, ainda não havia sido pactuado. (anexo 7). Foram realizadas diversas reuniões com o BPTran e a Concessionária para firmar o referido convênio, e, quando finalmente os entendimentos foram convergentes, a decisão da 2a. Vara da fazenda pública suspendeu o contrato, impedindo a assinatura de novos aditivos e a assinatura do convênio que passaria a ser parte integrante do contrato 01/98.
>
> [...]
>
> Neste tópico, especificamente, os valores apurados pelo TCEES também estão coincidentes com os apurados pela Agência.
>
> [...]
>
> Quanto aos encaminhamentos sugeridos assim manifestamos:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Proposta de Encaminhamento 1: manifestem-se sobre o repasse aquém do devido, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes),

A ARSI esclarece que os estudos de reequilíbrio apontados pelo relatório como uma ***" ... intenção de efetuar o reequilíbrio em 2012 não tenha prosperado ..."*** não foram descritos da melhor maneira pela equipe de auditoria do TCEES. Os estudos de reequilíbrio realizados pela Agência estão EM ANDAMENTO, conforme anexados nos presentes autos pela equipe de auditoria do TCEES às fls. 41 a 67. O documento citado no achado é um estudo preliminar. Logo, o estudo de reequilíbrio iniciado ainda não foi concluído até porque, em função dos novos cenários, será necessário realizar adequações.

Entretanto, conforme relatado nas manifestações do achado 2.12 o trabalho de estudos de reequilíbrio não é simples, tampouco rápido, e, pode ser realizado a qualquer momento durante o prazo de concessão [...]

Dois outros fatores também influenciaram na suspensão das análises de Reequilíbrio: Uma demanda do Poder Concedente, por intermédio da SETOP, de elaboração de estudos voltados à melhoria da mobilidade urbana, voltados à implementação do BRT, e, estudos sobre a metodologia a ser adotada para o fluxo de caixa marginal, para os referidos investimentos, caso fossem realizados.

Proposta de Encaminhamento 2: assinar o prazo de até 30 (trinta) dias para que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos [...]

A ARSI não se oporá ao cumprimento deste encaminhamento se esta for a decisão deste tribunal. Entretanto, conforme está demonstrado na manifestação do achado 2.12, necessitará de um lapso temporal maior do que o sugerido para esta execução. Sugere a esta corte que a ARSI possa apresentar um plano de ação para o atendimento deste achado.

[...]

Proposta de Encaminhamento 3: 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 Aparelhamento [...]

A ARSI não se oporá ao cumprimento deste encaminhamento se esta for a decisão deste tribunal. Entretanto, conforme está demonstrado na manifestação do achado 2.12, necessitará de um lapso temporal maior do que o sugerido para esta execução. Ademais, depende ainda de alteração na decisão judicial que suspende o contrato [...]. Sugere a esta corte que a ARSI possa apresentar um plano de ação para o atendimento deste achado.

[...]

A Rodosol assim se manifestou (fls. 14.405-14.406, vol. LXIV):

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

236. Tampouco assiste razão à Equipe de Auditoria quando alega que, entre 1999 e 2012, a RODOSOL teria repassado a menor Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária, em descumprimento à cláusula LXXVIII do Contrato de Concessão n° 01/98. A diferença seria de R$ 338.629,64, em valores de outubro de 1998.

237. 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.

238. 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 (doc. 13), são reveladores e esclarecedores. Repita-se, a RODOSOL sempre cumpriu com todas as suas obrigações relativas ao repasse de Verba para Aparelhamento da Polícia.

239. Ademais, igualmente deve ser aplicada à Verba para Aparelhamento da Policia a lógica da aplicação do redutor de 24,24%, por meio do 2° Aditivo. Aplicado o redutor à tarifa, deve ele incidir na mesma proporção no que diz respeito ao repasse da referida verba.

240. Ressalte-se, por oportuno, que, assim como no item anterior, o repasse desta verba estava sendo objeto de análise pelas partes [...]

241. Tal e qual no item 2.10, **o Relatório RA-E 10/2014 admite o seu entendimento de que a culpabilidade dos agentes deve ser afastada com relação ao item 2.11**, haja vista que a questão é objeto de negociação, o que encerra, também, todo e qualquer tipo de discussão em relação ao repasse de verbas.

Análise da ITC 308/2015:

Tal qual ocorreu na Verba para Custeio da Fiscalização, o Contrato previa valores fixos para o repasse da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária. O que a Concessionária alega é que o 2° Aditivo teria definido um redutor de 24,24% na tarifa, que, como consequência lógica, deveria incidir também sobre o repasse em questão.

Ocorre que o 2º Aditivo aplicou o citado redutor apenas no pedágio da 3ª Ponte, não incidindo no pedágio da Rodovia do Sol, conforme dispõe a Cláusula Segunda, Parágrafos Primeiro e Segundo (fls. 18.444, vol. LXXXII). Logo, **se o redutor não impactou em todas as receitas do contrato, não poderia simplesmente ser usado como redutor do repasse, mas sim deveria ter sido considerado um evento no cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro**. Isto posto, não assiste razão à Rodosol.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Assim, opina-se pela **manutenção integral do presente achado de auditoria deste item 3.10.**

Sugere-se, ainda, que o Plenário desta Corte de Contas **DETERMINE**:

a) Caso entenda pela adoção por parte da ARSI das medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (diante dos demais achados de auditoria já apontados), **que a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 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. 10.459 deste Processo TC 5591/2013, no valor total de R$ 338.629,64 em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 995.637,01 em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

b) Caso **não seja determinado** à ARSI que tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (diante dos demais achados de auditoria já apontados), sugere-se que o Plenário desta Egrégia Corte de Contas que **a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98** 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. 10.459 deste Processo TC 5591/2013, no valor total de R$ 338.629,64 em valores nominais com data-base em outubro de 1998, equivalentes a R$ 995.637,01 em valores nominais com data-base em outubro de 2013.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Justificativas apresentadas na 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 sustentação oral, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

> 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.
>
> 220. Ademais, igualmente deve ser aplicada à Verba para Aparelhamento da Polícia a lógica da aplicação do redutor de 24,24%, por meio do 2° 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 sustentação oral realizada em Plenário (notas taquigráficas de fls. 25.906-25.912, vol. CXVI) por meio de advogado, a Concessionária Rodovia do Sol S.A, quanto ao presente indicativo de irregularidade, não apresentou qualquer argumento.

Importante frisar que 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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, **a área técnica mantém, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.10 da ITC 308/2015**.

2.2.11 – Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro

Segue transposto adiante o achado de auditoria registrado pela equipe de auditagem 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]**
>
> 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. [...]
>
> 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 [...]
>
> 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 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 RENAVAM (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.

[...] o investimento previsto no QD5 da Proposta Comercial, fls. 7.142 e 7.143 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. 10.553 deste Processo TC 5591/2013, é de apenas R$ 309.249,33 [...] 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. 10.631 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 nunca precisou operá-los, não arcando, conforme QD6, vide fls. 7.146 a 7.148 deste Processo TC 5591/2013, com os custos de mão-de-obra de "PESAGEM"

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

(Coordenador de Pesagem, Operador de Balança, Auxiliar de Pista), que totalizariam R$ 1.525.631,28 [...], durante os 25 (vinte e cinco) anos da concessão.

Outra deficiência verificada [...] 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, Silvio Ramos, Lúcia Vilarinho e Eduardo Antônio Mannato Gimenes.

[...] 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. 10.355 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.

[...] 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 [...]

[...] 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.

Quanto ao presente achado de auditoria, assim se pronunciou o Sr. Eduardo Antônio Mannato Gimenes (fls. 14.296-14.299, vol. LXIV):

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...]

Em relação ao questionamento inerente à *"inexistência de banco de dados destinado* a *alimentar um* sistema *de informações "on-line" com* o *Governo do Estado"* é imperioso ressaltar que tal serviço ficou à cargo da Auditoria Geral do Estado- AGE, que firmou o contrato n° 006/2004, em 16.08.2004 no valor de R$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) com a empresa *Módulo Security* exatamente para realização deste serviço, que compreendia a instalação de um sistema de monitoramento da arrecadação do pedágio nas praças de pedágio da Rodosol, denominado SIGA T. Esse sistema, sob a coordenação da AGE foi instalado na Rodosol e possui *link* na AGE para controle e monitoramento do volume de tráfego e geração de um banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Governo do Estado. [...]

[...] o sistema de fiscalização eletrônica implantado na Rodovia do Sol, também previa a contagem do tráfego e a sua classificação (leves, médios e pesados), e toda essa informação foi solicitada e repassada à AGE, sempre que foi solicitado.

No que tange aos postos de fiscalização e postos de pesagem, compete informar que a Rodovia do Sol, no trecho concessionado, possui 03 (três) postos para a Polícia Rodoviária Estadual:

O primeiro, situado próximo à praça do pedágio da 3ª ponte, foi construído e mantido pela concessionária, que também arca com as despesas inerentes à sua operação, mesmo não havendo qualquer obrigatoriedade constante no contrato de concessão.

O segundo, situado próximo à praça do pedágio denominada "Praia Sol", não tem sido utilizado permanentemente pela Polícia Militar, contudo, é utilizado durante o período das férias como base para a "Operação Verão". Além disso, este posto possui dependências destinadas à fiscalização do transporte intermunicipal, que é desenvolvido pela fiscalização do DER-ES.

Destaque-se ainda que, mesmo com a baixa utilização deste posto policial da Praia Sol, a Rodosol arca com os custos mensais mínimos de energia e água, bem como com os custos de manutenção e cessão de equipamentos para a utilização da Estadual durante a Operação Verão.

O terceiro é o posto da Barra do Jucu, que mesmo não tendo sido construído pela concessionária tem sido utilizado pela Polícia Rodoviária Estadual com todas as suas despesas de operação custeadas pela concessionária, bem como as despesas da reforma.

Assim, está patente que a Rodosol arca com as despesas, não de um, mas de três postos de fiscalização para a Polícia Militar, sendo que a construção do posto da praça do pedágio em Vitória não estava prevista no PER, mas foi totalmente custeada pela Rodosol.

Já no que tange aos postos de pesagem, é imperioso registrar que a concessionária tem arcado com os custos da manutenção dos postos e também com os custos da manutenção do veículo móvel, que sempre esteve disponível para utilização. [...]

Segue em anexo, ata de reunião datada de 03.07.2001, entre a concessionária e o DER-ES definindo a realização de operação educativa para utilização da balança móvel.

[...] para utilização da balança móvel, seria necessária a participação da Polícia Rodoviária Estadual, contudo, acreditamos que tais operações não foram realizadas em virtude da Lei n° 4.463 de 14 de novembro de 1990, restringindo o tráfego de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

qualquer tipo de veículo de carga com mais de **02 (dois) eixos** ou peso bruto total acima de **15 (quinze) toneladas** em toda extensão da Rodovia do Sol.

Destaque-se que, durante a minha gestão como Diretor Geral do DER-ES, as tarifas de pedágio foram reduzidas e congeladas durante os anos de 2004, 2005 e 2006, o que certamente impactou e causou perda de receita pela concessionária.

Em nenhum momento, durante a minha gestão, houve qualquer tipo de prejuízo à segurança dos usuários da rodovia, que encontrava-se em bom estado de conservação, sinalização e policiamento, além do atendimento ao usuário prestado com socorro mecânico, ambulância e carro pipa. [...]

A manifestação do Sr. José Eduardo Pereira apresentou o seguinte teor (fls. 15.038-15.044, vol. LXVII):

[...]

Com relação ao posto de fiscalização ele foi construído pela concessionária, mas não foi operado, pois quem deveria operá-lo não o fez nem tão pouco manifestou formalmente seu desinteresse em fazê-lo.

O Relatório de Auditoria na fls.10.464 fala de "opção da administração" em não utilizar o posto de fiscalização. Entretanto, a ARSI não encontrou em toda a pesquisa documental realizada sobre o Contrato de Concessão 01/98 formalização sobre a referida "opção".

Saliente-se que a não formalização pelos órgãos do executivo estadual que deveriam utilizar o posto de fiscalização da "opção" de não utilizá-lo permite a estes o seu uso esporádico e a qualquer tempo, conforme ocorreu, por exemplo, com o Batalhão de Polícia de Trânsito - BPTran no período de 20/12/2010 a 11/03/2011 (anexo 9, noticias veiculadas em 20/12/2010).

[...] o posto de fiscalização embora não seja continuamente operado é sim utilizado esporadicamente. Cabe acrescentar ainda que sempre que o Poder Concedente manifestava interesse de utilizar o posto de fiscalização a concessionária providenciava sua estruturação e efetuava eventuais reparos necessários [...]

O que competia realmente a agência [...] para o completo e perfeito exercício de suas atribuições era realizar estudos e proceder ao reequilíbrio do contrato caso fosse necessário.

Um trabalho de reequilíbrio contratual requer a identificação de problemas, sua quantificação, e, definição da metodologia que será aplicada. Portanto, trata-se de um trabalho que demanda tempo e qualificação da mão de obra que irá executá-lo.

Ressalte-se que na área de Infraestrutura viária, em geral, nenhuma agência reguladora no Brasil executa tal atividade por conta própria. Contrata consultorias especializadas para esta finalidade, o que exige, por evidente, processo licitatório, demandando ainda mais tempo e recursos financeiros para sua realização.

Acrescente-se ainda que estudos de reequilíbrio contratual são de atribuição da Gerência de Estudos Econômicos e Tarifários conforme Decreto N° 2319-R, de 04/08/2009, e que a referida gerência contou durante todo o período no qual este ex-diretor exerceu o cargo de Diretor Geral da ARSI com apenas 1 (hum) servidor que

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

possui ainda a atribuição de desenvolver suas atividades para o serviço de saneamento básico também regulado pela ARSI, conforme já mencionado.

Dentro do contexto acima descrito os estudos de Reequilíbrio do Contrato de Concessão N° 01/98 foram iniciados pela ARSI em 2010 conforme ação 4.4 do planejamento formalmente aprovado pela Diretoria Colegiada (anexo 8). Entretanto, até 14/07/2011, data da exoneração deste ex-diretor do cargo de Diretor Geral da ARSI, não houve tempo hábil para sua conclusão e consequentemente seus resultados não foram apresentados a Diretoria Colegiada para deliberação.

Saliente-se que apesar dos estudos sobre reequilíbrio do contrato de concessão não terem sido concluídos até a data acima informada, conforme dispõe a legislação de concessões, Lei Federal 8987/95 em seu artigo 9°, §§ 1° e 2° e a cláusula XX do contrato 01/98, o reequilíbrio pode e deve ser feito a qualquer momento durante o prazo de concessão e esta ainda não se encerrou, restando na data da exoneração deste ex-diretor do cargo de Diretor Geral da ARSI em torno de 45% do período contratual ainda para que pudesse ser concluído o estudo em curso e realizados quantos reequilíbrios fossem necessários até o encerramento do contrato de concessão.

Tal entendimento coincide com o recomendado por este Tribunal de Contas em 2010 à ARSI, **conforme trecho destacado do Acórdão desta Corte, constante do TC 035/2010, oriundo do ITC n° 5193/2009**, processo **TCEES n° 4574/2009** que às fls. 872 registra: "**Ademais, até o final do contrato de concessão, ajustes contratuais podem ser perfeitamente realizados de modo a compensar a diferença apontada. Dessa forma, a equação econômico-financeira apurada após o segundo termo aditivo não é consideravelmente diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão**." (grifos acrescidos)

Com relação ao Acórdão acima mencionado cabe mencionar que ARSI recebeu este documento por em 26/02/2010, encaminhado pelo DER-ES Processo N° 48498912 (anexo 10).

[...] Desta forma, descabe imputar omissão a este ex-diretor, sendo que de fato e de direito, o órgão só podia ter realizado a atividade do presente achado pelo período de 15 meses, (até 15/04/2010 existe permissivo legal para período de adaptação, fartamente justificado no item 1 deste documento, antes do início das atividades de regulação e fiscalização da ARSI) e conforme demonstrado a Diretoria Colegiada da ARSI planejou e iniciou estudos para este fim em 2010.

Quanto à **alegação de inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" também descabe falar em omissão**.

[...]

"De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER."

[...] não se aplica a afirmação de inexistência do banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" com o Poder Concedente. Caberia, portanto ao Poder Concedente o desenvolvimento do sistema [...] que seria alimentado a partir do banco de dados da concessionária e conforme constam dos autos dos Processos N° 49884310 (anexo 10) e 49475487 (anexo 11) foram realizadas várias ações no sentido de transferir da SECONT para a ARSI sistema que aquela Secretaria de Estado havia contratado o desenvolvimento para controle do fluxo de veículos. A ARSI solicitou acesso ao sistema para que pudesse avaliar tecnicamente se o mesmo atenderia as

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

exigências constantes do PER. Até 14/07/2011 data da exoneração deste ex-diretor do cargo de Diretor Geral da ARSI não havia sido possível ainda, apesar dos esforços conforme resta demonstrado nos autos acima referidos, efetuar a transferência do sistema da SECONT para a ARSI. Como pode ser verificado também em relação a este tópico descabe e imputar omissão a ARSI.

Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue:

Proposta de Encaminhamento 2: [...] citação dos senhores [...] **José Eduardo Pereira** [...]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" [...];

Este ex-diretor entende que não houve omissão no período em que ocupou o cargo de Diretor Geral da ARSI [...].

[...] a omissão não se configura, pois ações para a formalização do reequilíbrio foram planejadas e iniciadas naquele período, sendo que apenas não foram concluídas, em face de diversos fatores, tais como, curto espaço de tempo e escassos recursos humanos [...]

Ademais não se pode configurar omissão quando a lei permite ser realizado reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em qualquer momento durante a concessão e esta contava ainda com aproximadamente 13 anos.

Quanto à inexistência de sistema de informações "on line" também não se pode imputar omissão uma vez que como resta demonstrado nos anexos 10 e 11, as ações e esforços para viabilizar o sistema para uso da ARSI foram realizadas e apenas não concluídas.

A Sr.ª Maria Paula de Souza Martins informou (fls. 16.051-16.055, vol. LXXII):

[...]

Conforme Lei n° 4463/1990 a Rodovia do Sol foi classificada como uma rodovia turística ficando vedado o trânsito de veículos de carga.

[...] conclusão lógica que não há necessidade de instalar e manter um posto de pesagem. Foi exatamente este o entendimento da SEFAZ à época segundo informações levantadas.

Em 27/12/2010 por meio da Lei 9602 a lei anterior foi revogada permitindo o trânsito destes veículos, com limitações. Entretanto o órgão responsável pela pesagem manteve-se inerte quanto ao funcionamento do posto, não podendo a Concessionária ser penalizada por atos que estão fora de sua órbita de atuação.

O posto foi construído pela Rodosol, mas só é operado [...] pela Polícia na época do verão. Não há como afirmar que ocorreu uma "opção" pela administração pela sua não utilização, pois a qualquer momento os gestores responsáveis podem requerer a utilização [...]

O que compete a agência [...] é realmente proceder ao reequilíbrio do contrato caso necessário.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...] um trabalho de Reequilíbrio Contratual compõe-se de identificar os problemas, quantificar, e, escolher a metodologia que será aplicada. E ainda, [...] depois de concluído, deverá submeter-se à consulta e audiências públicas, demandando um longo tempo para sua conclusão.

Ressalte-se que na área de Infraestrutura viária nenhuma agência reguladora no Brasil executa tal atividade por conta própria. Contrata consultorias especializadas para esta finalidade, o que exige, por evidente, processo licitatório, demandando ainda mais tempo.

Ademais, conforme dispõe a legislação de concessões, Lei Federal 8987/95 em seu artigo 9°, §§ 1° e 2° e a cláusula XX do contrato 01/98 o reequilíbrio pode e deve ser feito a qualquer momento durante o prazo de concessão e este ainda não acabou, restando 40% do período contratual ainda para que possa ser realizado quantos reequilíbrios sejam necessários.

Tal entendimento foi o recomendado por este Tribunal em 2010 à Agência. Importante destacar trecho do acórdão desta Corte, constante do TC 035/2010, oriundo do ITC n° 5193/2009, processo TCEES n° 4574/2009 [...]

Os estudos de Reequilíbrio foram iniciados pela ARSI, estando em fase de análise preliminar. Não houve tempo hábil para sua conclusão.

[...] descabe imputar omissão a esta ex-diretora, sendo que de fato e de direito, o órgão só podia ter realizado a atividade do presente achado pelo período de 38 meses, (até 16/04/2010 existe permissivo legal para não executar integralmente suas atividades e após 09/07/2013 o contrato estava suspenso por determinação judicial).

Esta ex-diretora dispôs apenas de **14/07/2011 a 05/03/2012 [...]** à frente da direção do órgão, para conhecer o conteúdo do contrato de concessão 01/98 e avaliar ou não a necessidade de reequilíbrio e, posterior submissão à apreciação da diretoria colegiada.

Nesse período deve-se considerar que existiam duas ações na Justiça discutindo os reajustes de 2008 e 2009 e seria inadequado promover um reequilíbrio [...]

[...] esta é uma atividade que envolve vários setores da agência, os quais ainda não tinham um quadro funcional definitivo adequadamente capacitado para o exercício de suas atividades, visto que os primeiros concursados iniciaram o exercício da função em 15/08/2011.

[...] Um órgão novo, com limitações de recursos e de pessoal e com um prazo contratual muito maior para ser analisado.

Quanto à **alegação de inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" também descabe falar em omissão**.

Verifica-se que a equipe de auditoria reconheceu que a Concessionária mantém Banco de Dados exigido pelo PER, conforme consta da fls.10.474 do **RA-E 10/2014**:

"De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER."

Logo, não se aplica a afirmação de inexistência do Banco de dados. A concessionária realizou o que o PER exige. [...] Esta seria de responsabilidade do Poder Concedente.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Conforme constam dos autos n° 48498912 e 49884310 (anexo 9) e 49475487 (anexo 14) várias ações foram tomadas por parte da autarquia. Primeiramente, a SECONT propôs entregar para a ARSI um sistema que ela havia contratado para controle do fluxo de veículos. A ARSI solicitou acesso ao sistema para que pudesse avaliar se o mesmo lhe atenderia. Entretanto verificou-se que o sistema era de auditoria, afinal foi criado com este propósito e a ARSI, para o exercício de suas atividades necessitava de um sistema que fosse gerencial. Após a conclusão pela não utilização do sistema desenvolvido pela SECONT a ARSI iniciou os trabalhos para contratação de uma empresa para desenvolver o sistema e todo o trâmite deste trabalho está descrito na Nota Técnica ARSI conjunta da Gerência de Infraestrutura viária e da Analista em Tecnologia da Informação desta agência (anexo 10) e é citado nestes autos às fls. 10.474.
>
> [...]
>
> Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue:
>
> **Proposta de Encaminhamento 2:** [...] citação dos senhores [...] **Maria Paula Souza Martins** [...]
>
> Esta ex-diretora entende que não houve omissão de nenhum dos seus Diretores Gerais quanto aos fatos apontados neste achado.
>
> [...] a omissão não se configura, pois várias ações para a formalização do reequilíbrio foram propostas no decurso do prazo sendo que apenas ainda não estão concluídas, em face de diversos fatores, tais como: curto espaço de tempo, escassos recursos, principalmente de pessoal [...]

Por sua vez, o Sr. Luiz Paulo de Figueiredo informou (fls. 21.750-24.504, vol. XCVIII):

> [...]
>
> Conforme Lei n° 4463/1990 a Rodovia do Sol foi classificada como uma rodovia turística ficando vedado o trânsito de veículos de carga pela mesma.
>
> Se não existe trânsito de veículos de carga é conclusão lógica que não há necessidade de instalar e manter um posto de pesagem. Deve ter sido este o entendimento dos órgãos que deveriam utilizar o Posto 07 (PGF- Posto Geral de Fiscalização).
>
> Em 27/12/2010 por meio da Lei 9602 a lei anterior foi revogada permitindo o trânsito destes veículos, com limitações. Entretanto o órgão responsável pela pesagem, pela fiscalização tributária quanto pelo policiamento mantiveram-se [*sic*] inertes quanto ao funcionamento do posto, não podendo a Concessionária e muito menos a agência serem penalizadas por atos que estão fora de sua órbita de atuação.
>
> Mesmo assim, em função da iniciativa da ARSI junto ao BPTran, durante todos os verões desde que foi criada, exceto o de 2014, o Posto 07 (como é chamado) foi reativado e utilizado pelo Batalhão de Trânsito. E para isso, a Concessionária equipou o posto com todo o mobiliário necessário ao seu funcionamento.
>
> O posto foi construído pela Rodosol, mas só é operado eventualmente pela Polícia na época do verão. Não há como afirmar que ocorreu uma "opção" da administração pela sua não utilização, pois quem deveria operá-lo não o fez. [...] A qualquer momento os

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

gestores [...] podem requerer a utilização [...] . Sempre que solicitado [*sic*], a Concessionária realiza os reparos e o guarnece com os equipamentos necessários, gerando menos custos do que a manutenção de vigilância constante em um posto que estivesse todo equipado sem que fosse utilizado durante todo o tempo.

Ademais, após a assinatura do Contrato e antes da criação da ARSI ocorreram dois reequilíbrios: 2002 e 2005 (Termos Aditivos 1 e 2 do Contrato 01/98). Na documentação levantada pela ARSI não se pode aferir, com certeza, que a não utilização do posto 7 esteja ou não inserida nos referidos reequilíbrios.

O que compete a agência, após o prazo regular [...] é realmente proceder ao reequilíbrio do contrato caso necessário.

Entretanto um trabalho de Reequilíbrio Contratual compõe-se de identificar os problemas, quantificar, e, escolher a metodologia que será aplicada. E ainda, [...] que depois de concluído, deverá submeter-se à consulta e audiências públicas, demandando um longo tempo para sua conclusão.

Ressalte-se que na área de Infraestrutura viária nenhuma agência reguladora no Brasil executa tal atividade por conta própria. Contrata consultorias especializadas para esta finalidade, o que exige, por evidente, processo licitatório, demandando ainda mais tempo.

Ademais, conforme dispõe a legislação de concessões, Lei Federal 8987/95 em seu artigo 9°, §§ 1° e 2° e a cláusula XX do contrato 01/98 o reequilíbrio pode e deve ser feito a qualquer momento durante o prazo de concessão e este ainda não acabou, restando 40% do período contratual ainda para que possa ser realizado quantos reequilíbrios sejam necessários.

Tal entendimento foi o recomendado por este Tribunal em 2010 à Agência. Importante destacar trecho do acórdão desta Corte, constante do TC 035/2010, oriundo do ITC n° 5193/2009, processo TCEES n° 4574/2009 que às fls. 872 registra:

"*Ademais, até o final do contrato de concessão, ajustes contratuais podem ser perfeitamente realizados de molde a compensar a diferença apontada*. *Dessa forma, a equação econômico-financeira apurada após o segundo termo aditivo não é consideravelmente diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão*" (grifos acrescidos).

Os estudos de Reequilíbrio foram iniciados pela ARSI, estando em fase de análise preliminar. Não houve tempo hábil para sua conclusão.

Especificamente quanto ao custo mão de obra de pesagem, na hipótese do mesmo não ter sido considerado nos reequilíbrios de 2002 e 2005, necessário esclarecer que, como evento, ele foi elencado no referido estudo de reequilíbrio. Quanto aos demais itens ainda não foi possível concluir a avaliação de qual a melhor metodologia para quantificá-los, como por exemplo: materiais de expediente e equipamentos para guarnecer o posto não detalhados dentro da Proposta Comercial.

Desta forma, descabe imputar omissão a este gestor, sendo que de fato e de direito, o órgão só podia ter realizado a atividade do presente achado pelo período de 38 meses, (até 16/04/2010 existe permissivo legal para não executar integralmente suas atividades e após 09/07/2013 o contrato estava suspenso por determinação judicial).

Este diretor dispôs apenas de **1°/06/2012 até a presente data**, ou seja, pouco mais de 24 meses à frente da direção do órgão, para conhecer o conteúdo do contrato de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

concessão 01/98 e avaliar ou não a necessidade de reequilíbrio e, posterior submissão à apreciação da diretoria colegiada.

Neste lapso temporal o órgão teve que conhecer o conteúdo do contrato de concessão 01/98 e avaliar ou não a necessidade de reequilíbrio, para só depois iniciar os estudos e após implementá-lo.

Dois outros fatores também influenciaram no andamento das análises de Reequilíbrio: Uma demanda do Poder Concedente, por intermédio da SETOP, de elaboração de estudos voltados à melhoria da mobilidade urbana, voltados à implementação do BRT, e, estudos sobre a metodologia a ser adotada para o fluxo de caixa marginal, para os referidos investimentos, caso fossem realizados.

A concessionária foi instada a elaborar estudos e projetos básicos e executivos voltados à melhoria da mobilidade urbana e a fluidez de tráfego na 3ª Ponte, notadamente voltados à implementação do BRT (corredores exclusivos para ônibus). Tal solicitação previa:

• Plano Funcional e simulação de tráfego dos acessos sul e norte, considerando a situação atual e proposta;

• Projeto Básico e Executivo de alargamento da 3ª Ponte;

• Projeto Básico e Executivo para implantação de cabines de pedágio na Avenida Carioca em Vila Velha, no sentido sul;

• Projeto Básico e Executivo para cobertura do Canal da Costa no trecho da Avenida Carioca, entre a 3a Ponte e a Avenida Antonio Ataíde, para ampliação do sistema viário;

• Projeto Básico e Executivo para Retirada da mediana da 3ª ponte e implantação de mediana móvel;

• Projeto Básico e Executivo de intercessão em desnível no trevo Ponta da Fruta

Todos estes estudos demandaram tempo. O desenrolar ocorreu nos exercícios de 2011 e 2012 e implicou em estudos por parte da Agencia acerca da nova metodologia adotada pela ANTT, de fluxo de caixa marginal. Decorrente desta metodologia, a ARSI iniciou processo de contratação de empresa com a "expertise" necessária ao calculo da principal variável da metodologia: **o custo médio ponderado de capital** - WACC. Mesmo com contratação em andamento, a ARSI buscou referencias junto a ANTT e outras Agencias para construção do fluxo de caixa marginal e avaliação do impacto decorrente no contrato estando inserido no estudo de reequilíbrio que consta às fls. 41 a 67 deste processo.

[...]

Existem em trâmite na justiça estadual dois processos que tratam especificamente da questão "fluidez de tráfego da terceira ponte" São eles: 024.090.090.226, ajuizada pela Concessionária Rodovia do Sol S.A - RODOSOL em face do DER-ES em 13/04/2009, em que se postula a expedição de ordem para que se proceda aos reajustes contratuais da tarifa de pedágio dos anos de 2008 e 2009 que entende como devidos, e, 024.090.107.202, -proposta pelo Estado do Espírito Santo e pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Espírito Santo- DER-ES em face da Rodovia do Sol S.A.- RODOSOL -, onde está sendo discutido a adequação e a qualidade dos serviços prestados pela Concessionária relativamente ao Contrato de Concessão de n. 001/1998.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...] a atividade de reequilíbrio envolve vários setores da agência, os quais ficaram por um longo período sem um quadro funcional definitivo adequadamente capacitado para o exercício de suas atividades, visto que os primeiros concursados iniciaram o exercício da função em 15/08/2011.

[...]

Um órgão novo, com limitações de recursos e de pessoal e com um prazo contratual de 16 anos para ser analisado.

Quanto à alegação de ***inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line" também descabe falar em omissão***.

Verifica-se que a equipe de auditoria reconheceu que a Concessionária mantém Banco de Dados exigido pelo PER, conforme consta do relatório:

"De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER."

Logo, não se aplica a afirmação de inexistência do Banco de dados. A concessionária realizou o que o PER exige. A comunicação "on-line" não é de sua responsabilidade. Esta seria de responsabilidade do Poder Concedente.

[...]

Como pode ser verificado, nem por um, tampouco pelo outro tópico, pode se imputar omissão a este diretor, pois durante todo o seu mandato, até a presente data, várias ações estão sendo conduzidas para que se efetive este sistema de comunicação "on-line".

Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue.

Proposta de Encaminhamento 2: [...] citação dos senhores [...] **Luiz Paulo de Figueiredo** [...] ***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);***

Este diretor entende que não houve omissão de nenhum dos Diretores Gerais da ARSI quanto aos fatos apontados neste achado.

[...]

Quanto à inexistência de sistema de informações "on-line" também não se pode imputar omissão uma vez que tal atividade encontra-se em andamento.

A manifestação da ARSI restou instrumentalizada na redação abaixo transcrita (fls. 18.472-18.479, vol. LXXXIII):

[...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...] a Rodovia do Sol foi classificada como uma rodovia turística ficando vedado o trânsito de veículos de carga pela mesma.

Se não existe trânsito de veículos de carga é conclusão lógica que não há necessidade de instalar e manter um posto de pesagem [...]

Em 27/12/2010 por meio da Lei 9602 a lei anterior foi revogada permitindo o trânsito destes veículos, com limitações. Entretanto, tanto o órgão responsável pela pesagem, pela fiscalização tributária quanto pelo policiamento mantiveram-se inertes quanto ao funcionamento do posto, não podendo a Concessionária e muito menos a agência serem penalizadas [...]

Mesmo assim, em função da iniciativa da ARSI junto ao BPTran, durante todos os verões desde que foi criada, exceto o de 2014, o Posto 07 (como é chamado) foi reativado e utilizado pelo Batalhão de Trânsito. E para isso, a Concessionária equipou o posto com todo o mobiliário necessário ao seu funcionamento.

O posto foi construído pela Rodosol, mas só é operado eventualmente pela Polícia na época do verão. Não há como afirmar que ocorreu uma "opção" da administração pela sua não utilização, pois quem deveria operá-lo não o fez [...]. A qualquer momento os gestores [...] podem requerer a utilização do mesmo. Sempre que solicitado [*sic*], a Concessionária realiza os reparos e o guarnece com os equipamentos necessários, gerando menos custos do que a manutenção de vigilância constante em um posto que estivesse todo equipado sem que fosse utilizado durante todo o tempo.

Ademais, após a assinatura do Contrato e antes da criação da ARSI ocorreram dois reequilíbrios: 2002 e 2005 (Termos Aditivos 1 e 2 do Contrato 01/98). Na documentação levantada pela ARSI não se pode aferir, com certeza, que a não utilização do posto 7 esteja ou não inserida nos referidos reequilíbrios.

O que compete a agência [...] é realmente proceder ao reequilíbrio do contrato caso necessário.

[...] um trabalho de Reequilíbrio Contratual compõe-se de identificar os problemas, quantificar, e, escolher a metodologia que será aplicada. E ainda, depois de concluído, deverá submeter-se à consulta e audiências públicas, demandando um longo tempo [...]

[...] na área de Infraestrutura viária nenhuma agência reguladora no Brasil executa tal atividade por conta própria. Contrata consultorias especializadas para esta finalidade, o que exige, por evidente, processo licitatório, demandando ainda mais tempo.

Ademais, conforme dispõe a legislação de concessões [...] e a cláusula XX do contrato 01/98, o reequilíbrio pode e deve ser feito a qualquer momento durante o prazo de concessão e este ainda não acabou, restando 40% do período contratual [...]

Tal entendimento foi o recomendado por este Tribunal em 2010 à Agência. [...] acórdão desta Corte, constante do TC 035/2010, oriundo do ITC n° 5193/2009, processo TCEES n° 4574/2009 [...]

"*Ademais, até o final do contrato de concessão, ajustes contratuais podem ser perfeitamente realizados de molde a compensar a diferença apontada*. *Dessa forma, a equação econômico-financeira apurada após o segundo termo aditivo não é consideravelmente diferente da estabelecida na assinatura do Contrato de Concessão*." (grifos acrescidos)

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Os estudos de Reequilíbrio foram iniciados pela ARSI, estando em fase de análise preliminar. Não houve tempo hábil para sua conclusão.

[...]

Dois outros fatores também influenciaram no andamento das análises de Reequilíbrio: Uma demanda [...] da SETOP, de elaboração de estudos voltados à melhoria da mobilidade urbana, voltados à implementação do BRT, e, estudos sobre a metodologia a ser adotada para o fluxo de caixa marginal, para os referidos investimentos, caso fossem realizados.

A concessionária foi instada a elaborar estudos e projetos básicos e executivos voltados à melhoria da mobilidade urbana e a fluidez de tráfego na 3ª Ponte, notadamente voltados à implementação do BRT (corredores exclusivos para ônibus). Tal solicitação previa:

• Plano Funcional e simulação de tráfego dos acessos sul e norte, considerando a situação atual e proposta;

• Projeto Básico e Executivo de alargamento da 3ª Ponte;

• Projeto Básico e Executivo para implantação de cabines de pedágio na Avenida Carioca em Vila Velha, no sentido sul;

• Projeto Básico e Executivo para cobertura do Canal da Costa no trecho da Avenida Carioca, entre a 3a Ponte e a Avenida Antonio Ataíde, para ampliação do sistema viário;

• Projeto Básico e Executivo para Retirada da mediana da 3ª ponte e implantação de mediana móvel;

• Projeto Básico e Executivo de intercessão em desnível no trevo ponta da fruta

Todos estes estudos demandaram tempo. O desenrolar ocorreu nos exercícios de 2011 e 2012 e implicou em estudos por parte da Agencia acerca da nova metodologia adotada pela ANTT, de fluxo de caixa marginal. Decorrente desta metodologia, a ARSI iniciou processo de contratação de empresa com a "expertise" necessária ao calculo da principal variável da metodologia: **o custo médio ponderado de capital** - WACC. Mesmo com contratação em andamento, a ARSI buscou referencias junto a ANTT e outras Agencias [...]

[...]

Uma vez que tal aspecto do contrato está *sub judice* este gestor entende que deve ser respeitado o ordenamento jurídico e os poderes constituídos da república e aguardar a decisão judicial [...]

Quanto à alegação de ***inexistência de banco de dados destinado a alimentar um sistema de informações "on-line"*** também descabe falar em omissão.

Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue.

Proposta de Encaminhamento 3: ***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***

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> ***Informações "on-line" com o Governo do Estado (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)***
>
> A ARSI entende que não houve omissão de nenhum dos Diretores Gerais da ARSI quanto aos fatos apontados neste achado.
>
> [...]
>
> Mister ressaltar que não entendemos aplicável ao presente o artigo 207, II da Resolução do TC 261/2013 uma vez que esta autarquia não pode ser considerada como "***entidade fiscalizada***", uma vez que o objeto da auditoria foi o contrato de concessão e não esta ARSI.
>
> Considere-se ainda para tal construção lógica que a conclusão do citado dispositivo legal: ***"... no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor"*** que qualquer alteração no contrato de concessão 01/98, em decorrência da presente auditoria, não poderá acarretar implicações em desfavor desta autarquia, senão aos seus partícipes diretos: contratante = Poder Concedente e contratado = Rodosol.

Antes de analisar as alegações dos Diretores, cumpre frisar que a ARSI entende não ser aplicável o artigo 207, II, da Resolução do TC 261/2013 uma vez que aquela autarquia não poderia ser considerada como "entidade fiscalizada", posto que o objeto da auditoria teria sido o contrato de concessão e não a ARSI. Entende que qualquer alteração no Contrato de Concessão 1/98, em decorrência da presente auditoria, não poderá acarretar implicações em desfavor desta autarquia, senão aos seus partícipes diretos: contratante (Poder Concedente) e contratado (Rodosol).

Não se pode acatar a alegação acima porque, embora o objeto da auditoria seja o Contrato 1/98, o objetivo dos trabalhos era verificar a atuação de quem tinha a obrigação legal de fiscalizar o contrato, ou seja, o DER e a ARSI. Logo, nenhuma incorreção em considerar a ARSI como “entidade fiscalizada”, mesmo porque o apontado aqui é a suposta omissão da agência em informar acerca de possíveis fatos ensejadores de reequilíbrio em favor do Estado do Espírito Santo (Poder Concedente).

Ultrapassada essa questão inicial, procederemos com a análise das alegações do atual Diretor e dos ex-Diretores da ARSI.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Quanto ao banco de dados, constatamos que não houve omissão dos responsáveis pela agência. A documentação acostada aos autos demonstra que a ARSI solicitou, desde maio de 2009, à Secont, a disponibilização do programa que permitia o acesso aos dados da Rodosol (fls. 15.455-15.456, vol. LXIX). No entanto, após diversos contatos, o sistema somente foi disponibilizado à ARSI em 22/02/2011, conforme documento de fls. 15.479, vol. LXIX, tendo sido a transferência concluída apenas em 08/08/2011 (fls. 15.524, vol. LXIX).

De posse do sistema, em 17/11/11, a ARSI constatou que a ferramenta era inadequada às necessidades da agência, principalmente devido à magnitude das discrepâncias entre as informações produzidas pelo *software* da Secont e as informações do sistema Rodosol, fls. 15.563-15.581.

Em 17/8/2012 a ARSI iniciou as providências para identificar um sistema que atendesse as suas necessidades e apenas em 17/07/2013 conseguiu identificá-lo (fl. 15.614, vol. LXX). Em 26/03/2014 a agência encontra-se em fase de elaboração do termo de referência que subsidie a licitação para a aquisição do *software*.

Percebe-se que não houve omissão em relação ao banco de dados, mas existe uma lentidão no processo, provavelmente em função da necessidade de mão de obra da agência, que, conforme documentos juntados, possui poucos (e recentes) servidores concursados (vide fls. 19.017-19.563, vols. LXXXV e LXXXVI).

Com referência ao posto de fiscalização, reconhece-se a baixa utilização, de forma que é preciso aferir o que estava previsto no PER e quantificar o que deixou de ser investido, considerando como evento favorável ao Poder Concedente em possível e futuro reequilíbrio econômico-financeiro.

Em se tratando da operação dos postos de pesagem, as defesas reconhecem que não fazia muito sentido colocá-los em operação, em virtude de a Lei Estadual 4463/90 ter proibido o tráfego de veículos pesados (acima de 15 ton) na rodovia.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Ora, se tinham conhecimento desse fato, maior seria o dever da Diretoria da ARSI em adotar as providências cabíveis para considerar a inutilização desses postos como evento favorável ao Estado em futuro reequilíbrio econômico-financeiro. Como não trouxeram provas de que fizeram o alerta, omitiram-se todos os citados frente ao seu dever legal.

Com relação à fiscalização de veículos e de condutores, as defesas não se manifestaram, o que, portanto, mantém a omissão também quanto a esse ponto.

Sobre os argumentos da Concessionária, em primeiro momento, cabe discutir as afirmações da Rodosol de que "os investimentos que estavam sob seu encargo [...] foram regularmente executados" e que "gastos com 'material de escritório', 'materiais diversos', 'serviços de limpeza' e 'vigilância de edificações' não estão previstos no contrato, não podem ser exigidos".

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

> 1.2.2 OPERAÇÃO DOS SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE
>
> a) [...]
>
> b) Especificações e Níveis de Serviços
>
> b.1) Descrição e Especificações do Posto de Fiscalização (PF)
>
> [...] **O Posto de Fiscalização (PF) será uma unidade rodoviária, administrada pela CONCESSIONÁRIA** e operada em conjunto com o PODER CONCEDENTE, **tendo por objetivo fornecer suporte para o exercício de serviços** não delegados, os quais compreendem a **fiscalização de veículos e condutores**, usuários das rodovias, quanto aos seguintes itens:

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

Resta evidenciado que não assiste razão à concessionária quando alega que o RA-E 10/2014 estava "flagrantemente equivocado" ao afirmar que a concessionária deveria prestar os serviços supra e, ao não fazê-lo, estaria economizando essas despesas.

Antes que se possa dizer que tais despesas não estavam previstas no contrato, mas tão somente no PER, e, sendo assim, não poderiam ser exigidas, vejamos o que diz o Contrato 1/98:

> CLÁUSULA II
>
> [...]
>
> **Integram este CONTRATO, para todos os efeitos legais e contratuais, os seus 14 (quatorze) Anexos** e respectivos Apêndices, organizados da forma seguinte:
>
> [...]
>
> **Anexo III: Programa de Exploração de Rodovias - PER**
>
> [...]
>
> CLÁUSULA III
>
> Da Legislação Aplicável à Concessão
>
> **A concessão** para a exploração do SISTEMA RODOVIA DO SOL, **reger-se-á [...] pelas cláusulas do Edital de Concorrência Pública nº 01/98** [...]
>
> [g. n.]

Percebe-se que o contrato assinado pela concessionária prevê (e não poderia ser diferente) que o Anexo III (o PER) e todas as condições do edital (cujo PER também estava incluso) devem ser observados. Logo, se o PER exige que a concessionária forneça apoio e infraestrutura, compreendendo **serviço de limpeza, segurança patrimonial, material de escritório, equipamentos de apoio e demais instrumentos**, equivoca-se a concessionária ao afirmar que não era obrigada a arcar com tais custos.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Quanto à afirmação de que "os investimentos que estavam sob seu encargo (da concessionária) foram regularmente executados", vejamos o que diz o PER:

> 1.2.2 OPERAÇÃO DOS SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE
>
> a) [...]
>
> b) Especificações e Níveis de Serviços
>
> b.1) Descrição e Especificações do Posto de Fiscalização (PF)
>
> [...]
>
> Ao transpor uma Praça de Pedágio, **veículos** selecionados aleatoriamente, **terão o código de seu RENAVAM (placa do veículo) lidos automaticamente por equipamentos decodificadores instalados sobre a rodovia, e suas licenças pesquisadas, nos bancos de dados** da Autoridade de Trânsito (DETRAN e DENATRAN). Quando alguma irregularidade for detectada (veículos com licenciamento vencido, veículos roubados, licença não cadastrada, etc.), uma informação será enviada eletronicamente ao PF, alertando a fiscalização e o policiamento que tomarão as medidas cabíveis.
>
> [...]
>
> 1) Módulo de Policiamento Rodoviário
>
> [...]
>
> Para isso, **este módulo deverá dispor de equipamentos de comunicação e de acesso ao banco de dados do DETRAN** [...]
>
> 2) Módulo de Fiscalização e Controle de Emissão de Poluentes
>
> [...]
>
> **Deverá dispor de** salas para pessoal operativo, **baias para inspeção mecânica e todos os 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** [...]
>
> 3) Módulo de ICMS
>
> [...] deverá dispor de instalações e equipamentos que permitirão a fiscalização da legalidade da carga transportada.
>
> Portanto, **este módulo deverá dispor de equipamento de comunicação, para acesso ao banco de dados da Secretaria da Fazenda** [...]
>
> 4) Módulo de Saúde
>
> [...] **Deverá ser dotado de** [...] **instrumentos que permitam uma avaliação precisa das condições físicas e psicológicas dos motoristas**.
>
> [...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Para todos os módulos, **os equipamentos necessários** para a realização da fiscalização, **toda a estrutura de comunicação com os bancos de dados** das Autoridades de Trânsito e da Fazenda, **e os custos para o acesso a esses bancos, serão de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA**.

Fica claro que o PER previu investimentos vultosos por parte da concessionária em:

a) equipamentos decodificadores capazes de ler placas de veículos, de acessar o banco de dados do DETRAN, de cruzar as informações e de avisar caso constatada alguma irregularidade;

b) baias de inspeção mecânica equipada com todos os instrumentos necessários para averiguar o correto funcionamento dos sistemas de segurança veicular (sistema de freios, sistema elétrico e de emergência, etc.) e de emissão de poluentes;

c) sistema de comunicação integrado ao banco de dados da Sefaz; e

d) instrumentos que permitam uma avaliação precisa das condições físicas e psicológicas dos motoristas.

Nenhum dos investimentos acima foi localizado pela Equipe de Auditoria. Fica evidenciado que **equivocou-se a empresa ao afirmar que efetuou todos os investimentos que lhe cabiam**.

Acrescenta-se que nenhum dos citados (ex-Diretores do DER e da ARSI) comprovou ter tomado alguma atitude ante a ausência de tais investimentos obrigatórios, nem tampouco a necessidade de se cobrar tais investimentos ou de se reequilibrar o contrato. Logo, resta caracterizada sua omissão.

O certo é que o Poder Concedente previu uma gama de serviços, que foram (e estão sendo) considerados na composição da tarifa, **pelo qual o usuário paga e não recebe.**

Acerca da suposta contradição do RA-E 10/2014, que teria afirmado que a Administração não disponibiliza equipe de agentes fiscais, mas, ao mesmo tempo,

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

imputa à concessionária rompimento unilateral do contrato, percebe-se que a concessionária provavelmente não entendeu o que quis dizer a equipe de auditagem.

No RA-E 10/2014, não se imputa quebra unilateral de contrato à empresa. Demonstra-se que a Administração tinha eventos a seu favor[137], que ensejavam o reequilíbrio contratual (diversos desses eventos, como no pouco uso dos postos de fiscalização e de pesagem e no banco de dados, que ela mesma deu causa), mas que os entes fiscalizadores, DER e ARSI, não se manifestaram quanto a isso. A concessionária sequer foi citada no presente processo, sendo notificada para se manifestar frente a possível alteração contratual em virtude de tais eventos.

Especificamente quanto ao posto de pesagem, a documentação juntada em *cd rom* pela Rodosol (Doc. 15, fl. 14.762 – vol. LXVI) apenas reforça o achado de auditoria quanto à baixa utilização do posto de pesagem. Isso porque a Rodosol comprova que contratou três empregados: Sr. Carlito Martins Colombini, coordenador de pesagem, admitido em 22/03/1999 e retirado da equipe de pesagem em janeiro de 2003; Sr. Alex Neves Matos, operador de balança, admitido em 30/10/2000 e retirado da equipe de pesagem em janeiro de 2002; e Sr. João Ivo da Trindade Faria Jr., admitido em 08/04/1999 e retirado da equipe de pesagem em agosto de 2004.

Tais documentos apenas corroboram o achado, pois demonstram que a equipe formada, além de diminuta, funcionou apenas até agosto de 2004, sendo que seu custo continua embutido na tarifa até os dias atuais (praticamente uma década depois).

Deve-se ressaltar que **em possível futuro reequilíbrio ou avaliação econômico-financeira do contrato, devem ser considerados os serviços e investimentos não realizados.**

[137] Na verdade, os eventos seriam favoráveis ao usuário da rodovia, pois poderiam ensejar uma diminuição na tarifa. Como o Poder Concedente nada mais faz do que tutelar o interesse público, deve sempre se manifestar quando existirem condições desfavoráveis ao usuário.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Com relação aos novos argumentos trazidos pela Rodosol, relativos à possível construção de mais um posto e a manutenção deste e de um outro, bem como o possível desgaste do pavimento em função da não utilização do posto de pesagem, ressalta a área técnica que não cabe entrar no mérito, já que isso sequer foi mencionado no RA-E 10/2014, além de não ter sido encaminhada nenhuma prova de que a concessionária teria comunicado ao DER ou à ARSI acerca de tais supostos eventos.

Em virtude da manutenção da irregularidade aqui tratada, a ITC 308/2015, item 3.11, sugere ao Plenário desta E. Corte de Contas:

a) [...] **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**;

b) **aplicação de multa**, no valor compreendido entre R$ 3.000,00 (três mil reais) e R$ 100.000,00 (cem mil reais), nos termos previstos no artigo 135, inciso II, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e no artigo 207, § 4º, c/c o artigo 389, inciso II, ambos de seu Regimento Interno, aos Srs. **Eduardo Antônio Mannato, 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, **quanto à 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**;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

c) assine prazo para que a ARSI institua todos os serviços previstos no PER que lhe cabiam e não o fez (principalmente, mas não exclusivamente, quanto aos bancos de dados interligados com o Detran, com a Sefaz e com a Rodosol);

d) assine prazo para que a ARSI determine que a concessionária instale todos os equipamentos previstos no PER;

e) caso a ARSI conclua, com a devida motivação, pela impossibilidade de se instituir os serviços previstos no PER, que a exclusão de tais serviços seja considerada como evento no cálculo de avaliação ou de reequilíbrio econômico-financeiro;

f) caso o Tribunal (em razão de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) determine que a ARSI tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 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 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 para que **a ARSI promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 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;**

g) caso o Tribunal (apesar de outros achados narrados neste Relatório de Auditoria) não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), [...] assinar prazo para que **a ARSI promova novo reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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; e

h) promova o **Monitoramento das decisões supra**, nos termos do art. 194 e ss. do RITCEES.

Justificativas apresentadas na 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, carreou os seguintes argumentos que subseguem reproduzidos:

> [...]
>
> 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).
>
> [...]
>
> 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 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.
>
> [...]
>
> 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).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 {...}.

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. [...] 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 [...] 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.

[...]

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 [...]

Análise da MT 516/2015:

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 [...] 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 pela equipe técnica, **a área técnica mantém, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.11 da ITC 308/2015**.

Entretanto, penso que não seja cabível a aplicação de multa aos gestores que estiveram à frente da ARSI, por entender que os ex-diretores daquela Agência, apesar da baixa efetividade das ações empreendidas, demonstraram que não quedaram inertes em face do desafio de assumir o monitoramento de contrato 1/1998; apresentaram evidências documentais de que deram impulso às ações necessárias para a correção dos pontos levantados pela área técnica neste item.

2.2.12 – Fiscalização Deficiente do Poder Concedente

Dos Fatos/Auditoria:

Abaixo transcrevemos o achado de auditoria apontado pela equipe de auditagem no item 2.13 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

> **2.13 Fiscalização deficiente do Poder Concedente [QA21]**
>
> Nos termos do artigo 29, incisos I e VI, da Lei nº. 8.987/1995, incumbe ao Poder Concedente "*regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação*" e "*cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão*". Na Concessão do Sistema Rodovia do Sol, tais encargos recaem, desde a assinatura do 3º Termo Aditivo, em 16 de novembro de 2009, à ARSI, conforme Cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998.
>
> A Equipe de Auditoria verificou que **a fiscalização da ARSI é deficiente em certos aspectos da prestação do serviços concedidos, baseando-se, em alguns casos, somente em relatórios produzidos pela própria Concessionária**, falhando ao não

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

realizar estudos específicos para avaliar a adequação das funções operacionais abaixo.

De acordo com o artigo 67 da Lei nº. 8.666/1993, é permitido ao fiscal do contrato de uma licitação a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. O § 1º do aludido artigo indica que **o fiscal do contrato deve levantar, por si próprio, informações que possam subsidiar seu julgamento sobre a adequação do serviço contratado, e não apenas basear-se nas informações e relatórios produzidos pelo próprio fiscalizado**.

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

Em relação ao Sistema de Arrecadação, o Ofício ARSI nº. 204/2013, incluso no Anexo II deste Relatório de Auditoria, afirma que "*Por meio do sistema SICAT, Sistema Integrado de Controle e Arrecadação de Tarifas, o gerenciamento do sistema de controle e arrecadação implantado atendeu a todas as premissas para o desenvolvimento do projeto descritas no PER*". Contudo, faltam levantamentos, estudos, análises, testes que comprovem o atendimento às premissas, não tendo sido apresentado nenhum documento que justifique essa conclusão.

No referido Ofício, a ARSI avalia que o tempo de cobrança da tarifa atende aos limites estabelecidos no Contrato, de acordo com os relatórios encaminhados pela Concessionária, contemplando os anos de 2010 a 2012, com ressalva para o primeiro trimestre de 2012, quando o tempo não teria sido atendido devido à troca no sistema que controla a arrecadação e a readaptação dos funcionários. Também aqui não foram apresentados estudos produzidos pela própria ARSI para atestar o cumprimento destes limites de tempo.

Quanto ao tempo de espera na fila, não constam nos relatórios da ARSI a realização de procedimentos de teste independentes, apenas análise dos documentos enviados pela Concessionária.

No que diz respeito ao sistema de informações que registra o fluxo e a arrecadação do pedágio, em 2004, durante a CPI da RODOSOL, foi realizada uma Auditoria de Segurança, cujo relatório final apresentou os seguintes resultados:

Existência de bases diferentes, uma para controle direto do movimento real e outra, gerada a partir da primeira, usada para gerar os relatórios;
[...]Sendo que ambas são atualizadas ao mesmo tempo, mas com dados diferentes;
[...] Programa preparado para gerar relatórios com dados não completos. Alguns sistemas possuem teclas especiais para entrar em "modo fiscalização" onde geram relatórios apenas parciais dos dados;
[...] Uso de "contabilidade de caderno" para terminais. Alguns pontos de arrecadação são mantidos off-line da base. A contabilidade e controle destes pontos são feitos fora do sistema, através da leitura de dados local, anotação em meio físico ou outro meio eletrônico externo (notebook). Assim no sistema aquele ponto de arrecadação aparece como desligado, num momento em que estava em funcionamento;
[...] O sistema mantém a "contabilidade de caderno" (contabilidade paralela) nos terminais, que é coletada posteriormente em meio físico ou em equipamento móvel externo. Ou seja, nos pontos de arrecadação, a contabilidade é completa, mas o

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

sistema só envia para a central parte dos dados. O restante fica local e é consolidado fora do sistema;
[...] Sistema é maquiado com um ou mais meses de atraso, permitindo o controle no mês corrente e a emissão de relatórios maquiados nos meses anteriores;
[...] O sistema contém chaves fracas, portas de entrada, mecanismos de baixa segurança ou outros aspectos que permitam a alteração direta dos dados no banco de dados[138];
Apesar dos indícios, o relatório reconheceu ao final que nenhum deles permite a comprovação inequívoca da existência de fraudes. Ao mesmo tempo, recomendou medidas de segurança diversas e medições independentes associadas a relatórios operacionais contínuos, para permitir a verificação direta da validade dos dados de arrecadação da concessionária.

Antes de prosseguir, vale ressaltar que, neste período, a responsabilidade de fiscalização do contrato estava a cargo do DER/ES. Na auditoria realizada por este Tribunal em 2009, a fiscalização do DER/ES foi um dos aspectos analisados. Naquela oportunidade, constatou-se que os dados estatísticos que o órgão possuía sobre fluxo de veículos nos pedágios eram elaborados pela RODOSOL[139]. Ou seja, a fiscalização do DER/ES era deficiente.

Posteriormente, a Auditoria Geral do Estado – AGE encomendou uma inspeção no Sistema de Informação da Concessionária, cujas conclusões do Relatório Final seguem transcritas:

a) Não foram identificadas inconsistências ou discrepâncias capazes de comprovar diretamente uma fraude no sistema de arrecadação das praças de pedágio analisadas.
b) O sistema da concessionária, porém, permanece suscetível a fraudes e adulterações. O login e senhas de acesso direto ao banco permanecem de domínio amplo e a existência de diferenças, embora sutis, nos dados indicam a possibilidade de adulteração dos mesmos pela equipe da concessionária.
c) Foi identificado problema de duplicidade de informações no banco de dados. A tabela que contém o sumário do fluxo de veículos, parte principal dos dados de controle, aparece duplicada com informações 40% menores na segunda tabela. A existência de fraudes, porém, não foi confirmada pela contagem manual dos veículos. Este problema ocorre desde antes da primeira inspeção, realizada em Janeiro de 2004[140].
Com isso, em 2005, a Auditoria Geral do Estado contratou a empresa *Módulo Security Solutions* para o desenvolvimento e implantação de uma solução de software denominada Sistema de Monitoramento e Controle – SMC, para acompanhamento do registro do fluxo de veículos das praças de pedágio. Esta solução mantinha um banco de dados com informações sobre o fluxo de veículos destas praças e possibilitava a geração de relatórios gerenciais em diversos níveis. Estes relatórios seriam confrontados com as informações de fluxo fornecidas pela Concessionária.

Por meio do Ofício nº. 21/2013, esta Equipe de Auditoria solicitou à Secretaria de Controle e Transparência – SECONT os relatórios do sistema SMC, para verificar a confiabilidade do registro do fluxo por parte da concessionária. Contudo, **a secretaria não apresentou os referidos relatórios**.

O SMC foi disponibilizado à ARSI em sua criação, entretanto, após análise técnica, foram detectados inúmeros erros e inconsistências que tornavam o sistema ineficaz.

[138] ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – ALES. Relatório final de auditoria de segurança: In: **Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Rodosol**. Anexo VI.
[139] Relatório de Auditoria Extraordinária nº. 3/2009, fl. 142.
[140] Processo TC 5591/2013. fls. 588-597.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Além disso, em 2012 a Concessionária atualizou seu sistema, o SICAT, tornando-o incompatível com o SMC. Por isso, a solução foi considerada inadequada às necessidades da ARSI, conforme fls. 73 do processo ARSI nº. 49475487, incluída no Anexo IX deste Relatório de Auditoria.

De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER. Entretanto, **as entidades fiscalizadoras do Estado, DER/ES, SECONT e ARSI não realizaram estudos e procedimentos eficazes para verificar a confiabilidade dos dados armazenados em confronto com a realidade, mesmo após auditorias independentes terem constatado falhas de integridade de dados e de segurança**.

Quanto à aferição da adequação do serviço no que tange à fluidez do trafego, não foram apresentados estudos conclusivos sobre o nível de serviço atual na Rodovia do Sol. A ARSI, no Ofício nº. 204/2013, incluso no Anexo II deste Relatório de Auditoria, afirma que "*está em processo de contratação de empresa especializada para contagem de tráfego em pontos estratégicos visando verificar as condições atuais de fluidez*".

Utilizando estudos realizados pela ARSI, conforme Nota Técnica nº. 6/2011, também incluída no Anexo XI deste Relatório de Auditoria, com dados da praça de pedágio da Praia do Sol, é possível estimar a quantidade de veículos-hora nos horários de maior fluxo. Verifica-se, então, que o fluxo na Rodovia ES-060 encontra-se, de forma geral, abaixo da sua capacidade.

Contudo, há de se ressaltar que essa estatística vale apenas para a praça de pedágio da Praia do Sol, não sendo possível estimar o nível de serviço para os demais trechos, principalmente os urbanos, nos quais o fluxo é mais intenso.

Desse modo, considerando as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais, a responsabilidade recai sobre seus Diretores-Gerais nesse período, senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo.

Argumentos apresentados:

Na forma do artigo 207, inciso I[141], do Regimento Interno do TCEES foram citados os Srs. José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo, respectivamente, ex-Diretor-Geral da ARSI, ex-Diretora-Geral da ARSI e atual Diretor-Geral da ARSI, para apresentação das razões de justificativas sobre o achado de auditoria.

Os responsabilizados foram devidamente citados, respectivamente, através dos termos de citação 785/2014, 786/2014 e 787/2014 (fls. 14.183-14.186 e 14.230 – Vol. LXIII e LXIV).

[141] **Art. 207**. Ao apreciar processo relativo à fiscalização, o Relator ou o Tribunal:
I - determinará a citação do responsável para, no prazo de trinta dias, apresentar razões de justificativa, quando verificada a ocorrência de irregularidades decorrentes de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, bem como infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Foi notificada, por meio do Termo de Notificação 716/2014 (fl.14245 – vol. LXIV) e nos termos do disposto no art. 207, inciso II, da Resolução TC 261/2013, para apresentar manifestação acerca do presente achado de auditoria, conforme item "2" da Instrução Técnica Inicial 256/2014, a ARSI, na pessoa de seu representante legal, senhor Luiz Paulo de Figueiredo.

O Sr. José Eduardo apresentou suas razões de justificativa às fls. 15.035/15.044 (vol. LXXI) e documentos às fls. 15.045/16.044 (vol. LXXI). Teceu breves considerações sobre a criação, estruturação e competências da ARSI, alegando a dificuldade existente à época quanto à estrutura física e à falta de pessoal, mas denotando as ações impetradas visando o cumprimento de sua atividade regulatória e fiscalizatória.

Após, manifestou-se objetivamente quanto ao presente achado de auditoria, nos termos seguintes:

> 2.13) **Fiscalização deficiente do Poder Concedente** [QA21] (a partir das fls. 10471): as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais;
>
> Vejamos trecho que fundamenta o presente achado:
>
> "A Equipe de Auditoria verificou que **a fiscalização da ARSI é deficiente em certos aspectos da prestação do serviços concedidos, baseando-se, em alguns casos, somente em relatórios produzidos pela própria Concessionária**, falhando ao não realizar estudos específicos para avaliar a adequação das funções operacionais abaixo.
>
> De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER. Entretanto, **as entidades fiscalizadoras do Estado, DER/ES, SECONT e ARSI não realizaram estudos e procedimentos eficazes para verificar a confiabilidade dos dados armazenados em confronto com a realidade, mesmo após auditorias independentes terem constatado falhas de integridade de dados e de segurança.**
>
> **(...)**
>
> Desse modo, considerando as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais, a responsabilidade recai sobre seus Diretores-Gerais nesse período, senhores **José Eduardo Pereira**, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo."

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Primeiramente, cumpre esclarecer conforme já mencionado que a ARSI após sua criação, com a estrutura reduzida de que dispunha, necessitou envidar esforços, inicialmente, para reunir a documentação relativa ao contrato, uma vez que não possuía nenhuma informação/documento e nada lhe foi fornecido sem que fosse solicitado. Em seguida, o esforço foi para analisar profundamente um arcabouço documental de mais de 10.000 páginas.

Entre as análises realizadas pelo Gerente de Infraestrutura viária à época, único servidor destinado ao setor, também coube analisar: as auditorias anteriores, os estudos de reequilíbrio ocorridos, CPI, processos judiciais, acórdãos do TCE-ES e tudo quanto fosse que se relacionasse ao referido contrato.

A partir da análise dos documentos e em especial de suas recomendações e conclusões a ARSI iniciou suas ações. Cabe salientar que as análises realizadas naquele momento não indicavam distorções relevantes no âmbito das competências da agência.

Neste sentido dedicou-se a atender as recomendações do **ITC n° 5193/2009** (anexo 10) e dentro das condições e recursos disponíveis manteve fiscalização regular na Concessionária Rodovia do Sol, conforme atestam os Relatórios de Vistoria Técnica e Relatório de Regulação e Fiscalização do Sistema Rodovia do Sol apresentados no anexo 12.

Cientes da necessidade de aprimorar o processo de fiscalização foram iniciadas a elaboração de termo de referência para contratação de Empresa de Apoio à Fiscalização, Processo N° 51251965 (anexo 13), conforme ação 2.2 do planejamento aprovado pela Diretoria Colegiada da ARSI (anexo 8) e as providências para formalização de Convênios de Cooperação com a Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo — ARTESP, conforme consta do Processo N° 48668575 (anexo 14), e com o DER-ES conforme Processo 46367322 (anexo6).

As duas primeiras ações acima citadas foram iniciadas e apenas não foram concluídas até a data de exoneração deste ex-diretor do cargo de Diretor Geral da ARSI, sendo que a terceira foi concluída neste período.

Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue.

Proposta de Encaminhamento 1: Com fundamento no artigo 207, inciso I, do Regimento Interno do TCEES, determinar a citação dos ,senhores JOSE EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, respectivamente, ex-Diretor-Geral da ARSI, ex-Diretora-Geral da ARSI e atual Diretor-Geral da ARSI, para, no prazo de 30 (trinta) dias, <u>apresentar razões de justificativas sobre as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)e</u>

Conforme exposto e os documentos acostados comprovam que a omissão não se configura, visto que as ações no sentido de sanar as deficiências apontadas faziam parte do planejamento da agência e encontravam-se em curso no período que este ex-diretor exerceu o cargo de Diretor Geral da ARSI, apenas algumas delas não haviam ainda sido concluídas.

Proposta de Encaminhamento 3: Aplicar aos responsáveis multa no valor compreendido entre R$ 3.000, 00 (três mil reais) e R$ 100.000, 00 (cem mil)

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Uma vez que não pode ser imputada omissão à ARSI ou aos seus ex-diretores, como já demonstrado, não deve prosperar a aplicação de multa.

A Sra. Maria Paula de Souza Martins apresentou suas razões de justificativa às fls. 16.045-16.062 (vol. LXXII) e documentos às fls. 16.063/18.457 (vol. LXXII à LXXXIII). Também fez breve histórico da criação, estruturação e competências da ARSI, alegando a dificuldade existente à época quanto a estrutura física, falta de pessoal e dificuldades financeiras da ARSI, mas denotando as ações impetradas visando o cumprimento de sua atividade regulatória e fiscalizatória.

Esclarece que a Lei Complementar Estadual 477/2008, lei de criação da ARSI, lhe transferiu algumas atribuições próprias do Poder Concedente, mas não o seu integral exercício. Assim, 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. Argumenta que a ARSI não possui as prerrogativas de extinção do contrato como sugerem os encaminhamentos da equipe de auditoria.

A seguir aduziu suas razões específicas quanto ao presente achado de auditoria, nos seguintes termos:

> 2.13) Fiscalização deficiente do Poder Concedente [QA21] (a partir das fls. 10.471): as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais;
>
> Vejamos trecho que fundamenta o presente achado:
>
> "A Equipe de Auditoria verificou que <u>a fiscalização da ARSI é deficiente em certos aspectos da prestação do serviços concedidos, baseando-se, em alguns casos, somente em relatórios produzidos pela própria Concessionária,</u> falhando ao não realizar estudos especificas para avaliar a adequação das funções operacionais abaixo.
>
> De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER. Entretanto, as <u>entidades fiscalizadoras do Estado, DER/ES, SECONT e ARSI não realizaram estudos e procedimentos eficazes para verificar a confiabilidade dos dados armazenados em confronto com a realidade, mesmo após auditorias independentes terem constatado falhas de integridade de dados e de segurança.</u>
>
> Desse modo, considerando as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanta à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais, a responsabilidade recai sobre seus

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Diretores-Gerais nesse período, senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo.".

Primeiramente, cumpre esclarecer que a ARSI após sua criação, com a estrutura reduzida de que dispunha, necessitou envidar esforços, inicialmente, para reunir a documentação relativa ao contrato, uma vez que não possuía nenhuma informação/documento e nada lhe foi fornecido sem que fosse solicitado. Em seguida, o esforço foi para analisar profundamente um arcabouço documental de mais de 10.000 páginas.

Entre as análises realizadas pela ARSI à época, com 1 (um) servidor destinado ao setor, coube analisar: as auditorias anteriores, os estudos de reequilíbrio ocorridos, CPI's, processos judiciais e tudo quanta fosse que se relacionasse ao referido contrato.

Da análise dos documentos verificou-se que, conforme as conclusões apresentadas até então, não havia irregularidades, tampouco indícios que merecessem ações imediatas por parte deste órgão.

Conforme ensina o ilustríssimo professor Márcio Cammarosano em parecer:

"Não se pode esquecer *de que responsabilidade pessoal do administrador público só* há se *tiver agido* com *dolo ou culpa. Se decide com base em parecer do qual, de acordo com seu prudente critério, e em face do que consta do* processo *administrativo em que tenha sido juntado, não tem por que desconfiar, mesmo porque aparentemente bem fundamentado e com conclusões plausíveis não pode ser punido."*

Esta diretora contava com relatórios técnicos deste tribunal, da Fundação Getúlio Vargas e da Auditoria Geral do Estado e conforme se verifica em nenhum momento foram apresentados indícios de irregularidades.

Ainda assim foi produzido um termo de referência para contratação de Empresa de Apoio a Fiscalização. Entretanto, a assessoria jurídica do órgão entendeu por bem dar parecer desfavorável à referida contratação por entender que se constituiria em burla ao concurso público, tudo conforme consta dos autos 51251965 (anexo 1)

A Constituição Federal impôs como uma das dimensões da regular gestão de recursos e bens públicos o respeito ao principio da economicidade, ao lado do principio da legalidade, entre outros (CF, art. 70, *caput).*

Apesar de o princípio da economicidade não se encontrar formalmente entre aqueles constitucionalmente previstos para a Administração Pública (art. 37, *caput),* impõe-se materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de bens e recursos públicos.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, consagra a tese de que o controle da economicidade envolve *"questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-beneficio"*.

Ora, seria um desrespeito ao erário, investir recursos públicos, já escassos e os parcos esforços de pessoal do órgão, dirigidos a um objeto que não indicava irregularidades.

Como pode se verificar existem realmente deficiências que necessitam ser supridas. A dúvida do gestor é se contrata a EAF (Empresa de Apoio á Fiscalização) e responde ao Ministério Público por burla ao concurso público ou se deixa de contratar e responde ao Tribunal de Contas por deficiências na fiscalização.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A ARSI não é um mero fiscal de contrato administrativo como definido no artigo 67 da lei 8666/1996 ao qual esse dispositivo legal se destina. É um órgão criado com a finalidade especifica de fiscalização (à Contratos de Concessão, entre outros). Esta é sua atividade-fim. Terceirizá-la é no mínimo uma questão polêmica, que merece especial atenção do gestor público.

Os estudos para contratação de EAF não saíram dos Planos de Ação da ARSI em nenhum ano desde sua criação, só não foram ainda concluídos. Isso demonstra que seus gestores foram responsáveis ao tratar desta questão e não ao contrário.

Ainda assim, mesmo deficiente a ARSI manteve fiscalização regular na Concessionária Rodovia do Sol, conforme comprovam as notícias produzidas ao longo de sua existência (anexo 8), as atas de reunião da Diretoria Colegiada (anexo 11) e os relatórios de fiscalização (anexo 13)

Apesar da ARSI não realizar estudos independentes, porque não dispunha de pessoal suficiente, ao analisar os números da Concessionária propôs alterações por meio da Nota Técnica GRI 066/2011 (anexo 12) que permitiram uma demonstração por amostragem mais eficiente.

Quanto a estudos relativos à fluidez do tráfego nada competia a esta agência realizar por duas questões em especial. Primeira, que esta ARSI entende, assim como foi reconhecido pela equipe de auditorias, que o contrato exclui o controle de fluxo de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça. Vejamos:

"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* o *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: (grifos originais).*

Se o controle do fluxo está excluído, por consequência não compete fiscalizar tempo de cobrança de tarifa e intervalo de tempo de chegada do veiculo à praça e sua saída. Ademais este tema, se compete ou não à Concessionária manter o nível de serviço na Ponte, é objeto de duas ações judiciais. Estando *sub judice*, foge ao alcance da autarquia intervir.

Ainda quanto ao fluxo, a equipe de auditoria também constatou que ocorreu um superdimensionamento do fluxo previsto na praça de pedágio da Praia Sol, o que é uma questão notória. Vejamos:

"Ao longo da execução contratual, desde o início do Contrato até 31 de dezembro de 2012, enquanto o fluxo acumulado de veículos na Rodovia do Sol está aquém do estimado na Proposta Comercial da licitante vencedora, o *fluxo acumulado de veículos na Terceira Ponte é superior ao estimado." (grifos acrescidos)*

Desta forma, se o fluxo é notoriamente mais baixo do que o previsto, não faz sentido investir dinheiro público para fiscalizar o que evidentemente está de acordo com o pactuado.

Assim sendo, forçoso reconhecer que a ARSI não dispunha de pessoal para realizar todas as atividades necessárias. Entretanto, realizou outras, como fiscalizações eventuais e programadas analisando dezenas de itens, como: passarelas, asfalto, sinalização, integridade da ponte, retroreflexidade, Serviço de Atendimento ao Usuário entre outros. Ou seja, dedicou os recursos públicos disponíveis para a fiscalização do

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

que era necessário e estava ao seu alcance fazer, respeitando o erário, como é de se esperar de um bom gestor.

Cumpre destacar trecho de Acórdão recente do TCU 1043/2014:

"Em sua oitiva prévia, a agência reconheceu que o prazo médio de verificação dos defeitos por parte da fiscalização, que deveria ser de 24 horas, supera sete dias. Contudo, a ANTT afirmou que *"há que* se *considerar que também é infundada qualquer suposição de que a concessionária não tenha cumprido os prazos regulamentares, mesmo porque nada economizaria com isso* e *prejudicaria sua* relação com os *clientes."* O ente regulador acrescentou que a necessidade de apresentar fotos da correção efetuada dentro do prazo contratual dispensaria a verificação imediata da fiscalização ao final do referido prazo. Concluindo, a recorrente alegou que *"a fiscalização tem acontecido de forma efetiva, não havendo que* se *falar em desídia da Administração"* e que seria *"desejável e producente que a ANTT pudesse ampliar seus quadros a fim de exercer melhor o acompanhamento dos serviços e das obras executados pela concessionária, bem como estivesse melhor aparelhada para fazê-lo"*

Como se pode verificar a fiscalização da ANTT é deficiente, mas o TCU reconheceu que tal não pode ser considerado como desídia da Administração. Se uma agência federal carece de recursos e de pessoal para o exercício de suas atribuições o que dizer de uma agência estadual? Como será possível imputar omissão à ARSI ou a seus gestores quando a ANTT criada em 2001 encontra dificuldades?

Quanto à fiscalização do sistema de arrecadação tal questão foi enfrentada no tópico anterior requerendo que sejam consideradas como aqui transcritas aquelas argumentações.

Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue.

Proposta de Encaminhamento 1: Com fundamento no artigo 207, inciso I, do Regimento Interno do TCEES, determinar a citação dos senhores JOSÉ EDUARDO PEREIRA, MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS e LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO, respectivamente, 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 as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes);

Conforme exposto, as deficiências subsistem em função da dificuldade encontrada para contratação de empresa terceirizada e os escassos recursos de pessoal da ARSI. Os estudos para que seja possível a referida contratação ou as possibilidades legais existentes estão ainda em andamento.

Proposta do Encaminhamento 3: *Aplicar aos responsáveis multa no valor compreendido entre R$ 3.000,00 (três mil reais) e R$ 100.000,00 (cem mil)*

Uma vez que não pode ser imputada omissão à ARSI ou aos seus ex-diretores, como já demonstrado, não deve prosperar a aplicação de multa.

Ademais deve-se considerar que o gestor nunca agiu em desrespeito aos princípios constitucionais que devem ser observados por todos os Poderes da Administração, insculpidos no artigo 37, caput: *legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.*

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Entre esses, por ser pertinente ire *caso,* cabe tecer considerações sobre alguns de seus postulados. Pelo **princípio da legalidade** a Administração deve observar estritamente as leis, não podendo agir senão quando e conforme permitido pela ordem jurídica. Na prática de seus atos, o administrador jamais pode agir contra a lei, tendo sido o referente principio integralmente cumprido pelo gestor.

Quanto ao **princípio da moralidade,** esta também é exigida para a validade de qualquer ato da Administração. Na corrente lição de Hauriou:

"a moral administrativa não equivale à moral comum, mas deve ser entendida como uma moral jurídica, equivalendo a um conjunto de *regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Elucidando o tema,* o *referido autor ensina que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir* o *Bem do Mal, o honesto do desonesto. Não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, pelo que* não *basta distinguir entre* o *legal e* o *ilegal,* o *justo e* o *injusto, mas também entre o honesto e* o *desonesto... ".*

O legislador constituinte, ao incluir o principio da moralidade na Lei Maior, desejou, na incontestada lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"inibir que a Administração se conduza perante o administrado de modo caviloso, com astúcia ou malícia preordenadas a submergir lhe direitos ou embaraçar-lhe o exercício e, reversamente, impor-lhe um *comportamento franco, sincero, leal".*

A moralidade administrativa é inerente à própria legitimidade dos atos dos agentes públicos. Assim, **aquele que exerce qualquer função pública deve não apenas ser honesto, mas também parecer honesto aos olhos *da* sociedade.**

Os atos de fiscalização perpetrados pelo gestor que esta responde podem não ter sido todos aqueles necessários, mas foram os possíveis, dadas as condições dadas e permitidas pela lei. Aos olhos do contribuinte, e, principalmente do usuário, que paga ao pedágio, vários ganhos foram realizados.

Efetivamente, recuperaram-se passarelas, exigiu-se que a sinalização horizontal fosse mantida em dia, entre outros que passaram a ser vistos por toda a população. Percebeu-se, a partir do exercício das atribuições da ARSI que existia uma fiscalização eficiente na Rodovia do Sol.

O Sr. Luiz Paulo de Figueiredo, às fls. 21.744/21.763 (vol. XCVIII) tece justificativas semelhantes às apresentadas pela Sra. Maria Paula de Souza. Ele afirma que a ARSI responde pelos atos de fiscalização, controle e regulação praticados após 20/11/2009, dentro dos limites do Terceiro Termo Aditivo ao estabelecer que algumas atribuições são de incumbência exclusiva da ARSI, outras são de incumbência compartilhada entre ARSI e DER/ES e outras são de responsabilidade exclusiva do DER/ES.

Discorre ainda que a ARSI só está obrigada a exercer as funções determinadas pela sua lei de criação a partir de 16/4/2010, isto é, 12 meses após a nomeação de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

José Eduardo Pereira o último dos três diretores nomeados, e, só a partir daquela data é que lhe podem ser imputadas quaisquer falhas por seus atos.

Abaixo é reproduzido o conteúdo específico dos seus argumentos quanto ao achado de auditoria em comento:

> **2.13) Fiscalização deficiente do Poder Concedente [QA21]** (a partir das fls. 10.471): as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais;
>
> Vejamos trecho que fundamenta o presente achado:
>
> *"A Equipe de Auditoria verificou que* ***a fiscalização da ARSI*** **é** ***deficiente*** **em** ***certos aspectos da prestação dos serviços concedidos, baseando-se,*** **em** ***alguns*** **casos,** ***somente*** **em** ***relatórios produzidos pela própria Concessionária,*** *falhando ao não realizar estudos específicos para avaliar a adequação das funções operacionais abaixo.*
>
> (...)
>
> *De maneira geral, constata-se que a Concessionária Rodovia do Sol S.A. mantém um sistema de informações que registra e armazena as informações exigidas no PER. Entretanto,* ***as entidades fiscalizadoras do Estado, DERJES, SECONT*** **e** ***ARSI não realizaram estudos*** **e** ***procedimentos eficazes para verificar a confiabilidade dos dados armazenados em confronto*** **com** ***a realidade, mesmo após auditorias independentes terem constatado falhas de integridade de dados*** **e** ***de segurança.***
>
> (...)
>
> *Desse modo, considerando as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais, a responsabilidade recai sobre seus Diretores-Gerais nesse período, senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo."*
>
> Primeiramente, cumpre esclarecer que a ARSI após sua criação, com a estrutura reduzida de que dispunha, necessitou envidar esforços, inicialmente, para reunir a documentação relativa ao contrato, uma vez que não possuía nenhuma informação/documento e nada lhe foi fornecido sem que fosse solicitado. Em seguida, o esforço foi para analisar profundamente um arcabouço documental de mais de 10.000 páginas.
>
> Entre as análises realizadas pelo Gerente de Infraestrutura Viária à época, único servidor destinado ao setor, também coube analisar: as auditorias anteriores, os estudos de reequilíbrio ocorridos, CPI, processos judiciais e tudo quanto fosse que se relacionasse ao referido contrato.
>
> Da análise dos documentos verificou-se que, conforme as conclusões apresentadas até então, todas as irregularidades apontadas, foram objeto de ações por parte deste órgão. Foram analisados: Relatório da AGE de 2005, Relatório de auditoria da FGV de 2008, Relatório da auditoria deste TC 2008/2009 processo 4574/2009, CPI da Rodosol e nenhum destes trabalhos indicava distorções relevantes no âmbito das competências da agência.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Conforme ensina o ilustríssimo professor Márcio Cammarosano em parecer:

"Não se pode esquecer de que responsabilidade pessoal do administrador público só há se tiver agido com dolo ou culpa.* Se *decide com base* em *parecer do qual, de acordo com seu prudente critério,* e em *face do que consta do processo administrativo* em *que tenha sido juntado, não tem por que desconfiar,* mesmo *porque aparentemente bem fundamentado* e *com conclusões plausíveis não pode ser punido."

A ARSI contava com relatórios técnicos deste tribunal, da Fundação Getúlio Vargas e da Auditoria Geral do Estado e conforme se verifica em nenhum momento foram apresentados indícios de irregularidades relevantes no âmbito da atuação da agência.

A Constituição Federal impôs como uma das dimensões da regular gestão de recursos e bens públicos o respeito ao princípio da economicidade, ao lado do princípio da legalidade, entre outros (CF, art. 70, *caput).*

Apesar de o princípio da economicidade não se encontrar formalmente entre aqueles constitucionalmente previstos para a Administração Pública (art. 37, *caput),* impõe-se materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de bens e recursos públicos.

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, consagra a tese de que o controle da economicidade envolve *"questão de mérito, para verificar* se o *órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo benefício".*

Ora, seria um desrespeito ao erário, investir recursos públicos, já escassos e os parcos esforços de pessoal do órgão, dirigidos a um objeto que não indicava irregularidades relevantes.

Necessário informar que ainda assim dedicou-se à elaboração de termo de referência para contratação de Empresa de Apoio à Fiscalização. Entretanto, a assessoria jurídica do órgão entendeu por bem dar parecer desfavorável à referida contratação por entender que se constituiria em burla ao concurso público, tudo conforme consta dos autos 51251965. (Anexo 1)

Entretanto, os estudos para contratação de EAF não saíram dos Planos de Ação da ARSI em nenhum ano desde sua criação, só não foram ainda concluídos. Isso demonstra que seus gestores foram responsáveis ao tratar desta questão e não ao contrário.

A ARSI não é um mero fiscal de contrato administrativo como definido no artigo 67 da lei 8666/1996 ao qual esse dispositivo legal se destina. É um órgão ainda em fase de estruturação, criado com a finalidade específica de fiscalização (à Contratos de Concessão, entre outros). Esta é sua atividade-fim. Terceirizá-la é no mínimo uma questão polêmica, que merece especial atenção do gestor público.

Ainda assim, importante destacar que a ARSI manteve fiscalização habitual na Concessionária Rodovia do Sol, conforme comprovam as notícias produzidas ao longo de sua existência (anexo 8), as atas de reunião da Diretoria Colegiada (anexo 11) e os relatórios de fiscalização (anexo 13).

Apesar da ARSI não realizar estudos independentes, porque não dispunha de pessoal suficiente, ao analisar os números da Concessionária propôs alterações por meio da Nota Técnica GRI 006/2011 (anexo 12) que permitiram uma demonstração por amostragem mais eficiente.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Quanto a estudos relativos à fluidez do tráfego nada competia a esta agência realizar por duas questões em especial. Primeira, que esta ARSI entende, assim como foi reconhecido pela equipe de auditoria, que o contrato exclui o controle de fluxo de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça. Vejamos:

"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:" (grifos originais)

Se o controle do fluxo está excluído e por estar esgotada sua capacidade de fluxo, por consequência está prejudicada a fiscalização de tempo de cobrança de tarifa e intervalo de tempo de chegada do veículo à praça e sua saída. Logo, a fiscalização deste item implicaria num gasto público desnecessário. Ademais este tema, se compete ou não à Concessionária manter o nível de serviço na Ponte, é objeto de duas ações judiciais. Estando *sub judice,* foge ao alcance da autarquia intervir.

Ainda quanto ao fluxo, a equipe de auditoria também constatou que ocorreu um superdimensionamento do fluxo previsto na praça de pedágio da Praia Sol, o que é uma questão notória. Vejamos:

"Ao longo da execução contratual, desde o início do Contrato até 31 de dezembro de 2012, enquanto o fluxo acumulado de veículos na Rodovia do Sol está aquém do estimado na Proposta Comercial da licitante vencedora, o fluxo acumulado de veículos na Terceira Ponte é superior ao estimado." (grifos acrescidos)

Desta forma, se o fluxo é notoriamente mais baixo do que o previsto, não faz sentido investir dinheiro público para fiscalizar o que evidentemente está de acordo com o pactuado.

Quanto ao fluxo no restante da rodovia, a duplicação só é necessária quando se atingir o que determina a cláusula terceira, item 3 do segundo termo aditivo. Para esta avaliação está em trâmite nesta agência o processo 63409321 para contratação de empresa que realize esta atividade. Durante 10 meses por ano é notória a subutilização da rodovia no trecho do Contorno de Guarapari, mas nos meses de dezembro e janeiro é possível que o nível previsto no contrato esteja sendo atingido. Daí a necessidade de contratação da citada empresa.

Assim sendo, forçoso reconhecer que a ARSI não dispunha de pessoal para realizar todas as atividades necessárias. Entretanto, realizou outras, como as fiscalizações eventuais e programadas analisando dezenas de itens, como: recuperação de todas as passarelas, reinstalação de todos os abrigos de ônibus, asfaltamento da Luciano das Neves e Francelina Setúbal, recuperação dos abatimentos do km 41 ao 56 (ainda em fase de execução), reforço na sinalização de segurança de curvas, retornos e cruzamentos, integridade da ponte, retroreflexividade, Serviço de Atendimento ao Usuário, entre outros. Ou seja, empenhou os recursos públicos disponíveis para a fiscalização do que era necessário e estava ao seu alcance fazer, respeitando o erário, como é de se esperar de um bom gestor.

Cumpre destacar trecho de Acórdão recente do TCU 1043/2014:

"Em sua oitiva prévia, a agência reconheceu que o prazo médio de verificação dos defeitos por parte da fiscalização, que deveria ser de 24 horas, supera sete dias. Contudo, a ANTT afirmou que *"há que se considerar que também* é

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

infundada qualquer suposição de que a concessionária não tenha cumprido* os *prazos regulamentares,* mesmo *porque nada economizaria com* isso e *prejudicaria sua relação com* os *clientes."* O ente regulador acrescentou que a necessidade de apresentar fotos da correção efetuada dentro do prazo contratual dispensaria a verificação imediata da fiscalização ao final do referido prazo. Concluindo, a recorrente alegou que *"a fiscalização tem acontecido de forma efetiva, não havendo que* se *falar* em *desídia da Administração"* e que seria *"desejável* e *producente que a ANTT pudesse ampliar seus quadros a fim de exercer melhor* o *acompanhamento dos serviços e das obras executados pela concessionária, bem* como *estivesse melhor aparelhada para fazê-lo".

Como se pode verificar a fiscalização da ANTT também não é perfeita, mas o TCU reconheceu que tal não pode ser considerado como desídia da Administração. Se uma agência federal carece de recursos e de pessoal para o exercício de suas atribuições como condenar uma agência estadual? Como será possível imputar omissão à ARSI ou a seus gestores quando a ANTT criada em 2001 encontra dificuldades?

Ademais deve-se considerar que o gestor nunca agiu em desrespeito aos princípios constitucionais que devem ser observados por todos os Poderes da Administração, insculpidos no artigo 37, caput: *legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.*

Entre esses, por ser pertinente *in casu,* cabe tecer considerações sobre alguns de seus postulados. Pelo **princípio da legalidade** a Administração deve observar estritamente as leis, não podendo agir senão quando e conforme permitido pela ordem jurídica. Na prática de seus atos, o administrador jamais pode agir contra a lei, tendo sido o referente princípio integralmente cumprido pelo gestor.

Quanto ao **princípio da moralidade,** esta também é exigida para a validade de qualquer ato da Administração. Na corrente lição de Hauriou:

"a moral administrativa* não *equivale à moral comum, mas deve ser entendida* como *uma moral jurídica, equivalendo a um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Elucidando* o *tema,* o *referido autor ensina que* o *agente administrativo,* como *ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir* o *Bem do Mal,* o *honesto do desonesto. Não poderá desprezar* o *elemento ético de sua conduta, pelo que* não *basta distinguir entre* o *legal* e o *ilegal,* o *justo* e o *injusto, mas também entre* o *honesto* e o *desonesto ... ".

O legislador constituinte, ao incluir o princípio da moralidade na Lei Maior, desejou, na incontestada lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

"inibir que a Administração* se *conduza perante* o *administrado de modo caviloso,* com *astúcia* ou *malícia preordenadas a submergir-lhe direitos* ou *embaraçar-lhe* o *exercício* e, *reversamente, impor-lhe um comportamento franco, sincero, leal".

A moralidade administrativa é inerente à própria legitimidade dos atos dos agentes públicos. Assim, **aquele que exerce qualquer função pública deve não apenas ser honesto, mas também parecer honesto aos olhos da sociedade.**

Os atos de fiscalização perpetrados pela ARSI podem não ter sido todos aqueles necessários, mas foram os possíveis, dadas as condições postas e permitidas pela lei. Aos olhos do contribuinte, e, principalmente do usuário, que paga ao pedágio, vários ganhos foram realizados. Percebeu-se, a partir do exercício das atribuições da ARSI que existia uma fiscalização eficiente na Rodovia do Sol.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Quanto à fiscalização do sistema de arrecadação tal questão foi enfrentada no tópico anterior requerendo que sejam consideradas como aqui transcritas aquelas argumentações.

Quanto aos encaminhamentos sugeridos pela equipe de auditoria nos manifestamos conforme segue.

Proposta de Encaminhamento 2: ***manifeste-se sobre as deficiências narradas na fiscalização da Concessão pela ARSI, especialmente a omissão quanto à promoção de estudos independentes para avaliar a adequação das funções operacionais (inclusive sobre a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes)***

Conforme exposto, as deficiências subsistem em função da dificuldade encontrada para contratação de empresa terceirizada. Os estudos para que seja possível a referida contratação ou as possibilidades legais existentes estão ainda em andamento

Entretanto, mister ressaltar que não entendemos aplicável ao presente o artigo 207, II da Resolução do TC 261/2013 uma vez que esta autarquia não pode ser considerada como ***"entidade fiscalizada",*** uma vez que, como já dito o objeto da auditoria foi o contrato de concessão e não esta ARSI.

Considere-se ainda para tal construção lógica que a conclusão do citado dispositivo legal: "... **no *sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor"*** que qualquer alteração no contrato de concessão 01/98, em decorrência da presente auditoria, não poderá acarretar implicações em desfavor desta autarquia, senão aos seus partícipes diretos: contratante = Poder Concedente e contratado = Rodosol.

Proposta de Encaminhamento 3: ***Aplicar aos responsáveis multa no valor compreendido entre R$ 3.000,00 (três mil reais) e R$ 100.000,00 (cem mil)***

Uma vez que não pode ser imputada omissão à ARSI como já demonstrado, não deve prosperar a aplicação de multa.

Considerando ainda que a ARSI não tem a competência legal para cumprir a determinação de extinção do contrato, caso esta seja a decisão deste Tribunal, também entendemos não ser cabível a aplicação de multa, restando prejudicado, por conclusão lógica, também este tópico.

Proposta de Encaminhamento 4: ***assinar prazo de até 90 (cento e oitenta) dias para que a ARSI apresente a esta Corte de Contas um plano de ação, contemplando um programa de fiscalização que avalie, pelo menos: i) a adequação do sistema de arrecadação da Concessionária Rodovia do Sol S.A. às premissas de projeto exigidas no PER; ii) o intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa; iii) o intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança; iv) a confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação das praças de pedágio; e v) a fluidez do tráfego em todos os trechos do Sistema Rodovia do Sol, apresentando resultados conclusivos sobre a quantidade de horas por ano em cada nível, por segmento homogêneo.***

A ARSI não se negará a cumprir tal determinação se esta for a decisão desta Corte, uma vez que entende que 90 (noventa dias) é um prazo razoável para apresentação de um Plano de ação para um programa de fiscalização. Isso não significa dizer que a fiscalização e suas conclusões poderão ser apresentadas neste mesmo lapso

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> temporal. Para tal o prazo necessitará ser mais longo uma vez que para alguns dos tópicos apresentados deverá ser contratada consultoria especializada.

Análise da ITC 308/2015:

No Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 foi apontada suposta fiscalização deficiente, atribuível à ARSI, no Contrato de Concessão 1/98, mormente quanto a alguns aspectos operacionais da prestação serviços. Abaixo é reproduzida a constatação da equipe de auditagem:

> [...] **a fiscalização da ARSI é deficiente em certos aspectos da prestação do serviços concedidos, baseando-se, em alguns casos, somente em relatórios produzidos pela própria Concessionária**, falhando ao não realizar estudos específicos para avaliar a adequação das funções operacionais abaixo.
>
> [...]
>
> Foram encontradas falhas na fiscalização do sistema de arrecadação da Concessionária, do intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa, do intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança, da confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação das praças de pedágio, e, especialmente, na fluidez do tráfego em todos os trechos da Rodovia do Sol, inexistindo resultados conclusivos sobre a quantidade de horas por ano em cada nível.

Desta forma, haveria violação aos artigos 29, I e VI, da Lei 8.987/95, 67, § 1º, da Lei 8.666/93 e à cláusula XXIII do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98.

Instados a se manifestarem os Srs. José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins, Luiz Paulo de Figueiredo e a ARSI apresentaram razões de justificativa sobre o presente achado de auditoria. Ressalta-se que seus conteúdos guardam grande semelhança.

Suscintamente, os argumentos expostos pelos responsabilizados e pela agência reguladora notificada são os que se seguem:

a) Afirmam que em 16 de abril de 2009 foi concluída a nomeação da diretoria da ARSI, dando início a contagem do lapso temporal de um ano para o exercício de suas competências legais, nos termos do artigo 36 da Lei Complementar 477/2008. Alegam que em nenhum momento durante a gestão de quaisquer dos três diretores gerais da ARSI houve omissão no cumprimento de sua atividade

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

finalística, mesmo com as diversas dificuldades existentes em virtude de falta de estrutura física adequada, escassos recursos financeiros, diminuta quantidade de servidores e a necessidade de qualificação dos servidores no que pertine à atividade regulatória e fiscalizatória.

b) Foram realizadas diversas ações visando o exercício da competência finalística da ARSI:

- estruturação de acervo documental relativo ao Contrato 1/98;
- aprovação formal pela Diretoria Colegiada do planejamento de ações técnicas e administrativas, nas quais cinco itens englobariam o Contrato 1/98;
- atividades fiscalizatórias de 2010 a 2014, analisando dezenas de itens, como: passarelas, asfalto, sinalização, integridade da ponte, retroreflexidade, Serviço de Atendimento ao Usuário entre outros;
- conclusão do termo de referência para contratação de Empresa de Apoio à Fiscalização;
- estudos para ajustes nas inconsistências detectadas nas periodicidades dos índices aplicáveis aos reajustes das tarifas, resultando no Quarto Termo Aditivo do Contrato 1/98;
- Tratativas para convênio junto a Agência Reguladora de Transportes do Estado de São Paulo - Artesp e Batalhão da Polícia de Trânsito – Bptran.

c) Quanto à fiscalização do sistema de arrecadação, apontou-se que há um banco de dados destinado a fornecer informações a um sistema *on-line*, nos termos do exigido pelo Programa de Exploração de Rodovias - PER e realizado pelo concessionário. O que não haveria era a comunicação *on-line* a qual competiria ao Poder Concedente. Sustenta-se que a ARSI tomou providências no sentido de obter o sistema junto à Secretaria de Controle e Transparência - Secont e, diante

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

do não atendimento de suas necessidades, optou pela contratação de empresa para desenvolver o sistema.

d) Diante da inexistência de irregularidades apontadas em relatórios anteriores do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, da Fundação Getúlio Vargas e da Auditoria Geral do Estado, bem como visando o cumprimento do princípio da economicidade não poderia dispor de recursos, já escassos, em objeto que não indicava quaisquer irregularidades.

e) Não competiria à ARSI realizar estudos da fluidez do tráfego por dois motivos: o contrato exclui o controle de veículos na Ponte Darcy Castello de Mendonça; e existência de duas ações judiciais sobre o dever da concessionária em manter o nível do serviço naquele trecho.

Passemos, enfim, à análise do achado de auditoria, frente aos argumentos de defesa apresentados.

Egon Bockman Moreira conceitua a fiscalização da concessão, ao discorrer sobre concessões públicas, como sendo:

> [...] o dever imputado ao concedente de verificar se o concessionário executa o serviço tal como previsto em lei, nos regulamentos (gerais e setoriais) e no contrato de concessão (lei 8.987/1995, arts. 3º, 23, VII, 29, I e 30, parágrafo único), zelando pela boa prestação daquele serviço normativamente qualificado como público. Esta fiscalização tem dupla perspectiva funcional, frente ao concessionário, para supervisionar o cumprimento dos deveres e obrigações contratuais; frente aos usuários, para garantir a adequada prestação do serviço.[142]

O poder/dever de fiscalização é instrumental ao dever de garantir a adequada prestação do serviço, sendo esta uma incumbência do Estado, no presente caso da Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária, pessoa jurídica de direito público.

A equipe de auditoria apontou o achado ora em enfoque principalmente pela falta de verificação/confirmação de informações prestadas pela concessionária no que diz respeito a diferentes aspectos da prestação do serviço. Assim, a autarquia estaria se valendo, no seu exercício de fiscalização, somente de dados obtidos

[142] MOREIRA. Egon Bockmann. 2010. p.169

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

junto a própria operadora do serviço, sem qualquer meio de verificação da veracidade das informações repassadas.

Dentre as informações utilizadas pela agência através de documentos apresentados unilateralmente pela Rodosol estão: arrecadação da concessionária, o intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa, o intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança, o sistema de contagem de fluxo e arrecadação das praças de pedágio e a fluidez do tráfego em todos os trechos da Rodovia do Sol.

Percebe-se que são todos aspectos operacionais pertinentes à prestação de serviço adequado, que municiam a entidade fiscalizadora no exercício de sua atividade. Porém, ainda que tais informações sejam válidas e úteis, não podem ser aceitas sem verificação, já que podem existir dados errados ou inverídicos, diante da parcialidade de quem as produziu.

Não se está afirmando a inconsistência das informações geradas pela concessionária e prestadas à ARSI por meio de documentos ou por sistema tecnológico, mas apenas que a Agência Reguladora deveria realizar a verificação dos dados, gerando maior confiabilidade, já que é o principal subsídio para sua atuação.

A equipe de auditoria, citando trabalhos realizados pela CPI da Rodosol e a inspeção realizada pela Auditoria Geral do Estado, esclareceu que já haviam sido apontadas falhas de segurança no sistema de arrecadação e a necessidade da realização de medições independentes associadas a relatórios operacionais contínuos, para permitir a verificação direta da validade dos dados de arrecadação da concessionária. Porém, nenhuma medida efetiva havia sido adotada para solucionar a questão, persistindo até o momento da auditoria realizada por este TCEES.

No que pertine à fiscalização do sistema de arrecadação, os justificantes alegaram a existência do banco de dados, nos termos do exigido pelo PER, devidamente

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

providenciados pelo concessionário, mas com a ausência de comunicação *on-line*, a qual competiria ao Poder Concedente.

Pelas informações constantes nos autos, a ARSI teria tentado obter junto à Secont esse sistema de comunicação *on-line*, que se mostrou inadequado para os propósitos da ARSI, de modo que teria optado pela contratação de empresa para desenvolver o sistema. Este argumento foi devidamente analisado no item 3.11 desta ITC, na qual se apontou a adoção de providências por parte da ARSI na solução da questão. Porém, até o presente momento, não há quaisquer instrumento de validação dos dados fornecidos pela concessionária.

Acrescenta-se que o achado de auditoria trata, ainda que não exclusivamente, da falta de elementos verificadores da confiabilidade e integridade dos dados prestados pela concessionária, bem como as fragilidades de segurança do sistema informatizado daquela empresa que poderiam ensejar a prática de fraude. Estas falhas ainda persistem, o que implica em uma fiscalização deficiente por parte da Agência Reguladora diante das possíveis assimetrias de informação existentes.

Os justificantes também argumentam as dificuldades encontradas pela ARSI no exercício de suas atribuições legais, ante os parcos recursos humanos, financeiros e materiais, além de inadequada estrutura física, já que se tratou de entidade criada no ano de 2009.

No entanto, verifica-se que a própria lei de criação da agência conferiu prazo de 12 meses, a partir da data de nomeação da Diretoria Colegiada, para que ela pudesse se adaptar antes do exercício de suas atividades fiscalizatórias. Neste sentido o art. 36 da Lei Complementar Estadual 477/2008, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2009:

> Art. 36. Para as atividades específicas de regulação e fiscalização dos serviços pela ARSI, de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como serviços de infra-estrutura viária com pedágio, será permitida fase de adaptação de no máximo 12 (doze) meses para o início das atividades, depois de nomeada a Diretoria Colegiada da ARSI.

Esta benesse conferida pela legislação visa justamente permitir a entidade sua organização, com pessoal qualificado, estrutura física adequada, coleta de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

documentos pertinentes às atividades reguladas, dentre outros aspectos essenciais para seu pleno desempenho.

Porém, pelas informações prestadas e documentos trazidos pelos justificantes, mesmo decorridos 12 meses da nomeação da diretoria, que perfez a data de 16 de abril de 2010, havia diversas carências que impediam sua atuação de forma plena. São apontadas as seguintes dificuldades no exercício da atividade fiscalizatória: a falta de pessoal, uma vez que os primeiros concursados foram nomeados em 15/8/2011, conforme documentação de fls. 19.017-19.563 (vols. LXXXV e LXXXVI); a necessidade de qualificação dos servidores, uma vez que a especificidade e a complexidade dos trabalhos têm exigido a contratação de consultorias, mediante licitações, gerando dispêndio de tempo e de recursos; a quantidade de serviços complexos demandados, frente a falta de mão de obra da agência, já que além de rodovias pedagiadas, também é responsável pela área de saneamento básico.

O que se percebe é o empenho da ARSI em solucionar as questões administrativas que impedem o desempenho pleno de suas atividades finalísticas, ao realizar concursos e treinamentos aos servidores.

Porém, em que pese estarem suficientemente demonstrados os percalços percorridos pela ARSI, a lei havia lhe conferido prazo expresso para adaptação, justamente para se organizar a fim de desempenhar suas funções. Ressalta-se que da sua criação até o início do exercício de suas atividades fiscalizatórias decorreu o prazo de 1 ano e 4 meses.

Não se está afirmando que a ARSI deixou de exercer a fiscalização sobre o Contrato 1/98, já que restou demonstrado que a ARSI adotou uma série de medidas fiscalizatórias, conforme os relatórios de fiscalização constante nos autos. Porém, percebe-se que a fiscalização se deu de forma deficiente, eis que não foram realizados estudos próprios sobre diversos aspectos operacionais e confiou-se, sem qualquer verificação, nos dados fornecidos unilateralmente pelo concessionário.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Egon Bockmann Moreira traz lições valiosas sobre a necessidade de uma atividade fiscalizatória eficaz a ser exercida pelo poder concedente, lições estas que se enquadram perfeitamente à hipótese fática retratada pelo Relatório de Auditoria 10/14:

> [...] Nada obstante o contrato de concessão implique a "dispensa" quanto à responsabilidade imediata na gestão e fornecimento, fato é que instala o dever de a Administração garantir a efetiva prestação do serviço público. O que se tem é uma técnica diferenciada para a realização da tarefa administrativa que foi primariamente cometida ao Estado.
>
> **Por isso que a fiscalização prevista no art. 3º da lei 8.987/1995 não se reduz a uma conferência passiva e unilateral dos relatórios prestados pelo concessionário. Não pode ser concebida como um exame burocrático a posteriori,** com a finalidade de checar se os papéis protocolados na repartição contêm o número suficiente e cópias, carimbos e assinaturas. (g. n.)[143].

A afirmação quanto ao não apontamento de irregularidades por parte de relatórios desta Corte de Contas, da Fundação Getúlio Vargas e da Auditoria Geral do Estado, como justificativa para a inocorrência do achado de auditoria em comento, não isenta a Agência Reguladora estadual do dever de fiscalizar corretamente, já que a ARSI não sub-rogou suas atribuições a essas entidades. Obviamente, o trabalho realizado pelos mais diversos órgãos de controle auxiliam no exercício da atividade de fiscalização ao dar subsídios sobre eventuais irregularidades e melhorias a serem efetuadas.

Porém, a ARSI deve despender recursos, por mais parcos que sejam, na fiscalização do cumprimento do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, não podendo se limitar aos trabalhos efetuados por outras entidades.

Logo, a atuação por parte dessas entidades não a exime de sua competência legal, nem pode ser fundamento para sua inércia ou reputar-se a prestação do serviço executado pela concessionária como livre de falhas. A fiscalização deve abranger a adequação dos serviços e obras realizadas, segundo condições econômicas, técnicas e de qualidade a serem analisadas pela ARSI.

Quanto ao argumento de que não competiria à ARSI a realização de estudos de fluidez do tráfego na Ponte Darcy Castello de Mendonça, este certamente não

[143] MOREIRA. Egon Bockmann. 2010. p. 172-173.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

pode prosperar. Nos termos do já aventado por esta análise e corroborado por Egon Bockmann Moreira,

> [...] o objeto primário da fiscalização é o cumprimento do dever estatal de garantia da prestação do serviço adequado. Circunscrevendo-se às concessões, a fiscalização, compreendida materialmente como uma das competências do concedente, é a atividade investigativa, disciplinadora e, sobretudo, incentivadora, a qual com lastro numa relação especial de administração, assegura a adequação da atividade privada aos fins públicos previamente definidos no contrato e no estatuto da concessão e apenas secundariamente procede à detecção de ilicitudes e aplicação de sanções.[144]

Logo, independentemente de qualquer ação judicial, que discute questões relacionadas à adequação do serviço, nos termos do alegado pelos justificantes, ainda lhe cabe garantir o pleno cumprimento do contrato. Ademais, os estudos de fluxo de veículos devem ser realizados em toda a concessão, inclusive na praça de pedágio Praia do Sol.

O Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 dispôs, em sua cláusula XVI, como condição da prestação do serviço adequado, a fluidez do tráfego, nos termos que se seguem:

> 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;

Independentemente de o contrato não ter previsto critérios para aferição do nível de serviço da Terceira Ponte (cláusula XVI, item 5), isto não implica na inobservância da fluidez do tráfego por parte do ente fiscalizador, já que é um elemento caracterizador da adequação do serviço.

[144] MOREIRA. Egon Bockmann. 2010. p.180.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Nos termos da alínea "f", item 3 da Cláusula XVI, acima citado, as boas condições da fluidez do tráfego são alcançadas com o correto e eficiente gerenciamento dos sistemas exigidos pelo Volumes 4 e 5 do Anexo 3 do Programa de Exploração de Rodovias (fls. 4.015-4.287 – Vols. XIX e XX), que contemplam, dentre outros, Sistema de Arrecadação Automático e Semi-Automático, Serviços de Monitoração e Controle de Tráfego, Centro de Controle de Operações (CCO); Sistema de Informações e Fluidez do tráfego.

Eis a importância da fiscalização da ARSI nesses sistemas, através de estudos independentes e não mero acatamento das informações prestadas pela concessionária. Logo, apesar dos esforço dos ex-diretores da ARSI em realçar as ações desenvolvidas, percebe-se uma deficiência no exercício de sua atividade de fiscalização.

Acrescente-se que a fluidez do tráfego, notoriamente, impacta diretamente na qualidade dos serviços, o qual compete a ARSI garantir o seu cumprimento, conforme as diretrizes de sua atuação fiscalizatória, estabelecidas pelo art. 4 da Lei Complementar Estadual 477/2008:

> **Art. 4º** A ARSI tem por finalidade, regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado do Espírito Santo, os serviços de saneamento básico, concedidos, abrangendo abastecimento de água e esgotamento sanitário de interesse comum e interesse local delegados ao Governo do Estado e, serviços estaduais de infra-estrutura viária com pedágio. Tais atividades deverão ser exercidas nos termos e limites desta Lei Complementar e demais normas legais, regulamentares e regulatórias pertinentes, no que tange à eficiência dos serviços públicos, fornecimento, distribuição e demais condições de atendimento, observando respeito às competências e prerrogativas municipais quando for o caso.
>
> **[...]**
>
> **§ 3º** Na realização das finalidades assinaladas neste artigo, a ARSI reger-se-á pelas seguintes diretrizes:
>
> **I -** garantir o cumprimento das exigências de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na prestação dos serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados, submetidos a sua regulação, controle e fiscalização;
>
> **II -** assegurar o cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais, o atendimento do interesse público e o respeito aos direitos dos usuários;
>
> **III -** fixar critérios, indicadores, padrões e procedimentos de qualidade dos serviços públicos concedidos, no que couber;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **[...]**
>
> **V -** proteger o consumidor no que diz respeito a preços, continuidade e qualidade da prestação dos serviços públicos concedidos;
>
> **[...]**
>
> **VIII -** fiscalizar os serviços prestados considerando normas e procedimentos operacionais adequados;

Resta patente que compete ao ente fiscalizador zelar pela execução de procedimentos operacionais adequados por parte do concessionário, devendo repercutir positivamente na prestação do serviço ao incrementar sua qualidade com o intuito de atender as necessidades dos usuários ao longo de todo o prazo da concessão. Desta forma, não deve ser acolhido o argumento de não competir à ARSI a realização de estudos de fluidez do tráfego, já que se trata de aspecto essencial na prestação adequada do serviço concedido.

Ressalta-se que a auditoria não tem o condão de impor à ARSI o exercício da fiscalização através de determinados instrumentos, como a realização de estudos técnicos, pois isto implicaria no desrespeito a sua competência legal. Porém, deve atuar de forma eficaz, trazendo efetividade ao seu procedimento fiscalizatório, que deve ser o mais adequado a cada objeto fiscalizado. É certo que a simples aceitação de relatórios e documentos da concessionária, sem qualquer verificação, não cumpre com esse papel.

Apesar disso, não se vislumbra, no presente momento, outro modo de averiguação da adequação das funções operacionais que não a promoção de estudos independentes, proporcionando dados mais confiáveis e imparciais.

Tampouco merece prosperar o argumento da existência de duas ações judiciais sobre o dever da concessionária em manter o nível do serviço na Terceira Ponte, como forma de eximir a Agência Reguladora de qualquer análise quanto à fluidez do tráfego naquele trecho. Mais prudente seria a continuidade dos trabalhos por parte da ARSI, pois se tratam de esferas distintas (administrativa e judicial), que não implicam necessariamente na inação estatal.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Acrescente-se, que mesmo havendo expressa previsão contratual (Cláusula XVI, itens 5, 6 e 7, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98), em que não se impôs o risco da fluidez do tráfego da Terceiro Ponte à concessionária do serviço, a ARSI não está isenta no dever de fiscalização da fluidez do tráfego. Sem a realização de uma fiscalização eficiente, não é possível constatar os problemas existentes e, por conseguinte, buscar soluções.

Isto posto, passa-se ao exame das responsabilidades dos gestores da ARSI chamados ao feito, analisando os trabalhos desenvolvidos no exercício do cargo de Diretor Geral. Foram citados os senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo, todos ex-diretores gerais do ente regulador.

Conforme documentos às fls. 15.046/15.047 (vol. LXVII), o Sr. José Eduardo Pereira foi nomeado pelo Decreto 390-S, de 15 de abril de 2009, para o cargo de Diretor Geral da ARSI e exonerado através do Decreto 4192 – S, de 13/07/2011.

Nos termos do art. 36 da Lei Complementar Estadual 477/08, o período de adaptação da agência reguladora, a fim de iniciar sua atividade fiscalizatória, se findaria em 15/04/2010, isto é, 12 meses após a nomeação da diretoria colegiada. Por expressa previsão legal, não se pôde exigir a realização de atividades fiscalizatórias pela ARSI durante esse período adaptativo. Ademais, pelas informações prestadas, aquele ano foi um período de estruturação administrativa da entidade. Porém, a partir de 16 de abril de 2010 era exigível, em tese, o exercício pleno de todas as competências previstas, inclusive da atividade fiscalizatória e regulatória.

O justificante trouxe aos autos farta documentação. Da leitura das Atas da 16ª Reunião (datada em 15/4/2010) a 33ª Reunião (6/7/2011) da Diretoria Colegiada da ARSI, acostadas às fls. 15.089-15.126 (Vol. LXVII), período em que o Sr. José Eduardo Pereira foi Diretor Geral, verifica-se que as decisões colegiadas se ativeram, resumidamente, a deliberações quanto ao 3º e 4º Termo Aditivo; acompanhamento de recomendações emitidas pelo Tribunal de Contas do Espírito Santo; convênios com outras entidades e órgãos públicos; solicitação de sistema

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

junto a Secretaria de Controle e Transparência e a possível contratação de empresa de apoio a fiscalização.

Também juntou as Diretrizes Estratégicas da ARSI para o ano de 2010 (fls. 15.381-15.408 – vol. LXVIII-LXIX), na qual, em seu Anexo II (fl. 15.390), consta o item 5 do plano de Ação de 2010 que contempla "realizar fiscalização do Sistema Rodovia do Sol". Ao estabelecer como será concretizada essa ação, é disposto que a fiscalização se daria através de "análise de relatórios da consultoria contratada e da Rodosol, realizações de auditorias técnicas, com posicionamento para tomada de providências ou encaminhamento de advertência e/ou sanções à concessionária".

Consta a notícia (fls. 15.412 – vol. LXIX), datada de 07/05/2010, da entrega do primeiro relatório de regulação e fiscalização do Sistema Rodosol, referente ao 1º trimestre de 2010, cujo conteúdo está às fls. 15.622-15.700 (vol. LXX). Porém, não há menção a nenhuma outra ação efetiva de fiscalização, ou qualquer relatório de fiscalização ou a aplicação de qualquer penalidade, recomendação ou elogio às práticas operacionais da concessionaria, mormente aos demais trimestres do ano, a partir do trabalho de fiscalização realizado pela própria agência.

Ressalta-se que o justificante ainda trouxe as seguintes vistorias realizadas no período de abril de 2010 a julho de 2011: o Relatório de Vistoria Técnica – DT/GRI n° 006/2010, de 24 de agosto de 2010 (fls. 15.710-15.723 – vol. LXX), na qual contemplou itens de responsabilidade da Prefeitura de Vila Velha; e, o Relatório de Vistoria Técnica – DT/GRI n° 007/2010, de 8 de dezembro de 2010 (fls. 15.724-15.731, vol. LXX).

Apesar de esforços da ARSI neste sentido (Processo Administrativo 51251965 – fls. 15.732-15.992 – vol. LXX e LXXI), não foi contratada consultoria, nos termos do previsto no Plano de Ação de 2010,. Assim, o Plano de Ação de 2010 não pode ser totalmente cumprido, nos termos das Diretrizes Estratégicas de 2010 da ARSI.

Portanto, o gestor não foi capaz de ilidir o achado de auditoria. Em que pese a constatação de planejamento, convênios com entidades públicas e tentativas de

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

contratações de consultorias, percebe-se que pouco foi efetivamente concretizado, culminando em ações fiscalizatórias esparsas, que não contemplavam todos os critérios necessários para a execução de um serviço adequado.

Persiste a falta de verificação dos dados operacionais fornecidos pela Rodosol S/A, conferindo confiabilidade aos mesmos, e a obtenção de informações independentes, obtidas diretamente pela entidade fiscalizadora. Deste modo, resulta evidenciado que a ARSI não foi capaz de desenvolver e executar suas atividades fiscalizatórios no Sistema Rodovia do Sol com eficiência, atuando de forma deficiente e esporádica.

Caberia ao Sr. José Eduardo Pereira, como autoridade máxima da autarquia reguladora, fazer cumprir as atribuições da ARSI e acompanhar o desenvolvimento das atividades de fiscalização realizadas, propondo readequações e novas iniciativas. Porém, não o fez. **Deste modo, deve ser mantida a sua responsabilidade.**

Já a Srª. Maria Paula de Souza Martins foi nomeada pelo Decreto n° 1493-S, de 13 de julho de 2011, para o cargo de Diretora Geral, permanecendo, segundo relato da mesma, até 05 de março de 2012.

Ela fundamenta a defesa de sua gestão na continuidade ao processo administrativo n° 51251965, que tratou sobre realização de licitação para a contratação de empresa de serviços especializados de engenharia consultiva de apoio às atividades de fiscalização da infraestrutura viária. Isto demonstraria que não se quedou inerte. Segundo a justificante, esta contratação solucionaria parte das deficiências existentes na atividade fiscalizatória.

Porém, ao assumir a Diretoria Colegiada já existia parecer jurídico contrário à licitação. A Assessoria Jurídica da ARSI emitiu o Parecer ASJUR n° 012/2011 (fls. 16.289-16.298, vol. LXXIII), de 14 de abril de 2011, no qual entendeu pela ilegalidade do objeto do edital, nos termos que se seguem:

> O que se pretende é terceirizar parte da atividade-fim, a fiscalização externa, mantendo em execução pela ARSI apenas o encerramento desta atividade.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> [...] Isto posto, sou desfavorável à contratação de maneira como se pressupõe, pois não atende a dois dos requisitos que permitem a terceirização, tais sejam: (i) se relacionar às chamadas "atividades-meio", (ii) não envolver a execução de atividades inerentes às atribuições dos cargos do quadro de pessoal da Administração.

O arquivamento do processo administrativo n° 51251965 ocorreu em 30 de janeiro de 2012 (fl. 16.324, vol. LXXIII), ainda na sua gestão, sem a adoção de qualquer medida alternativa à proposta arquivada.

A Srª. Maria Paula de Souza Martins também trouxe diversos documentos idênticos aos trazidos pelo Sr. José Eduardo Pereira, como as Diretrizes Estratégicas da ARSI para o ano de 2010 (fls. 17.195-17.266, vol. LXXVIII) que não dizem respeito ao período em que foi Diretora Geral.

Também restou infrutífera a tentativa de Convênio com a ARTESP, nos termos do Ofício CGD 0957/2010 (fl. 17.295, vol. LXXVIII), o qual foi dado ciência à Diretoria colegiada na 27ª Reunião Ordinária (fls. 17.307-17.318, vol. LXXVIII), sendo posteriormente arquivado, conforme 36ª Ata da Diretoria Colegiada (fl. 17315, vol. LXXVIII). O que se percebe é que na gestão da Sra. Maria Paula foi caracterizada pelo insucesso de diversas soluções pregoadas pelo Diretor Geral anterior. Assim, o planejamento se manteve no campo da teoria, sem ações efetivas de empoderamento da ação fiscalizatória do Sistema Rodovia do Sol S/A.

Documento trazido pela justificante que merece ser mencionado é a Nota Técnica – DT/GRI n° 009/2010 (fls. 17.818-17.819, vol. LXXX), assinado pelo Sr. Luiz Paulo de Figueiredo, então Gerente de Regulação do Serviço de Infraestrutura Viária, que tratou sobre o sistema de controle de fluxo de veículos no Sistema Rodovia do Sol e as tratativas para obtê-lo junto a Secretaria de Estado de Controle e Transparência. Em sua conclusão, o Sr. Luiz Paulo de Figueiredo afirma:

> Pelo exposto e **após 6 meses sem conseguirmos realizar uma obrigação legal da ARSI que é fiscalizar e controlar as informações repassadas pela RODOSOL, sugerimos a contratação de sistema de controle próprio da ARSI**. [g. n.].

Logo, a falta de fiscalização e controle das informações prestadas pela concessionária está contida explicitamente em documento oficial emitido pela ARSI, subscrito pelo Gerente de Regulação do Serviço de Infraestrutura Viária e atual Diretor Geral daquela agência, o Sr. Luiz Paulo de Figueiredo. Ressalta-se

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

que nos termos da Nota Técnica acostada às fls. 17.871-17.872 (vol. LXXX), até o dia 19/5/2014 a ARSI ainda não dispunha de qualquer sistema, se encontrando na fase de elaboração do termo de referência para a contratação da empresa que desenvolverá o sistema informatizado.

Acrescenta-se que nas atas de reunião da diretoria colegiada, realizadas no período de 06/08/2011 a 1º/03/2012 (fls. 17.920-17.941, vol. LXXX) não constam quaisquer provas capazes de ilidir o achado de auditoria. Por fim, as notas técnicas DT/GRI n° 06/2011 (fls. 17.943-17.945 – Vol. LXXX) e DT/GRI/ERF n° 07/2011(fl. 17.946, vol. LXXX) apenas sugeriram readequação quanto à forma de apresentação dos relatórios da concessionária e obtenção desses dados, sem, contudo, conferir, de forma independente, as informações ali contidas.

Logo, apesar da vasta documentação juntada, não há elementos que descaracterizem o achado de auditoria. Pelo contrário, consta documento que confirma a deficiência da fiscalização. Desta forma, **opina-se pela manutenção da responsabilidade da Srª. Maria Paula de Souza Martins**.

No momento, cabe a análise da responsabilidade do Sr. Luiz Paulo de Figueiredo, Diretor Geral da ARSI desde 01 de junho de 2012 até (da (conclusão da ITC em 15 de janeiro de 2015) o final da ITC 308/2015. Porém, em virtude do período auditado, nos termos do Relatório de Auditoria 10/2014, sua responsabilidade limitar-se-á ao exercício de 2012, a partir do mês de junho, e o exercício de 2013.

Ao analisar suas alegações e documentos, percebe-se que em ambos os casos há farta identidade com aqueles já prestados pela Sra. Maria Paula de Souza Martins, constando inclusive o mesmo rol de documentos anexado (fl. 21.764, vol. XCVIII). Ao analisar os documentos de forma apurada, percebe-se que foram acrescidas as Atas da Reunião da Diretoria Colegiada realizadas entre 12/06/2012 a 20/05/2014.

Da sua leitura, não se verificam instrumentos concretos de fiscalização que contemple a totalidade dos sistemas previstos no Programa de Exploração de Rodovias. Há, de fato, fiscalizações esparsas, tal como a constante no item 6 (Relatório de fiscalização referente a verificação do programa de conservação e

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

manutenção dos Sistemas de Controle e Automação do Sistema Rodovia do Sol - proc. 62758926) da 55ª Ata da Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada. Porém são claramente insuficientes para elidir o presente achado.

Ressalta-se o incremento nas ações de fiscalização da Agência nos últimos anos, ante os diversos relatórios de fiscalização juntados pelo citado. Mas novamente, são fiscalizações que não abarcaram diversos aspectos operacionais, sendo que nenhum dos documentos demonstra ações concretas no sentido de trazer maior confiabilidade às informações operacionais do Sistema Rodovia do Sol, prestadas pela própria concessionária.

Novamente, a fiscalização se mostra deficiente, problema este que já era de ciência do próprio gestor, sabedor da ilegalidade da omissão da ARSI, nos termos da declaração emitida pelo próprio, quando exercia o cargo de Gerente de Regulação de Serviços de Infraestrutura Viária, nos termos da Nota Técnica – DT/GRI n° 9/2010, cujo trecho do parecer técnico já foi previamente citado.

Assim, a não condução da entidade com o exercício pleno e eficaz da atividade fiscalizatória sobre os dados apresentados pela concessionária, enseja na restrição qualitativa na apuração da adequação dos serviços prestados e descumprimento de suas atribuições legais. **Eis porque deve ser mantida a responsabilidade do Sr. Luiz Paulo de Figueiredo.**

Diante da análise ora perpetuada, evidencia-se o descumprimento pela ARSI do disposto pelo art. 29, incisos I e IV da Lei 8.987/95 e incisos I, II, III, V e VIII do parágrafo 3º do art. 4 da Lei Complementar Estadual 477/98, ao não efetuar uma fiscalização eficiente da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, nos termos da legislação e do Contrato de Concessão de Serviço Público 1/98.

Entretanto, este Relator deixa de aplicar multa aos gestores que estiveram à frente da ARSI, por entender que os ex-diretores daquela Agência, apesar da baixa efetividade das ações empreendidas, demonstraram que não quedaram inertes face o desafio de assumir o monitoramento de contrato 1/1998;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

apresentaram evidências documentais de que deram impulso às ações necessárias para a correção dos pontos levantados pela área técnica neste item.

Por todo o exposto, a área técnica **opina pela manutenção da irregularidade em face dos Srs. José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo e sugere ao Plenário desta E. Corte de Contas:**

Caso, na apreciação dos demais achados de auditoria, **o Tribunal não determine que a ARSP tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 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 90 (noventa) dias **para que a ARSI apresente a esta Corte de Contas um plano de ação, com duração máxima de 180** (cento e oitenta) dias **contemplando um programa de fiscalização que avalie, pelo menos: i) a adequação do sistema de arrecadação da Concessionária Rodovia do Sol S.A. às premissas de projeto exigidas no PER; ii) o intervalo de tempo necessário à operação manual ou automática de cobrança da tarifa; iii) o intervalo de tempo decorrido entre a chegada de um veículo à praça de pedágio e o seu posicionamento junto à cabina de cobrança; iv) a confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação das praças de pedágio; e v) a fluidez do tráfego em todos os trechos do Sistema Rodovia do Sol, apresentando resultados conclusivos sobre a quantidade de horas por ano em cada nível, por segmento homogêneo**.

2.2.13 – Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditagem no item 2.14 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 [...] , 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 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%)x2/(162,13%+155,54%)] a mais que a média da variação dos índices gerais de preços INPC e IPCA.

Argumentos apresentados na defesa escrita:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A ARSI manifestou-se às fls. 18.485-18.486 (vol. LXXXIII), da forma a seguir:

[...]

Quanto ao presente apontamento registramos que no entendimento desta agência:

- a variação atual do índice aplicado em relação à média da variação do INPC e IPCA é de 0,56%; (cinquenta e seis centésimos por cento).

- apenas se as ações judiciais em curso, que tratam dos reajustes não concedidos nos exercícios de 2008 e 2009, forem procedentes, é que a situação apontada pelo TCEES se consolida.

Portanto, no entendimento desta autarquia não há, ainda, a materialidade estabelecida na questão abordada pelo TCEES.

[...] cumpre ressaltar que a discussão quanto aos citados reajustes não concedidos está *sub judice* e deve ser respeitado pela agência até que uma decisão final seja proferida. Vejamos o que consta do relatório:

"Veja que, também na Cláusula LVII, transcrita acima não há previsão da utilização da não homologação do reajuste de tarifas como forma de sanção contratual. Logo, **a Administração não poderia ter negado os reajustes nos anos de 2008 e 2009 sob a justificativa de inconformidades no nível de serviços oferecidos pela Concessionária. Do mesmo modo, nos reajustes seguintes, os cálculos de reajustes elaborados pela ARSI nos anos seguintes não poderiam expurgar dos cálculos o índice relativo aos reajustes de 2008 e 2009.**" (grifos originais)

O contrato e seus aditivos estabelecem que a Tarifa Básica seja reajustada considerando-se a data base de agosto de 1998 conforme fórmula paramétrica constante na cláusula XIX que observa a variação na evolução ponderada dos índices relativos aos principais componentes de custos do setor: terraplanagem, pavimentação, obras de artes especiais, serviços de consultoria, índice geral do custo da construção e índice geral de preços do mercado.

Cada índice possui peso específico, e não há no contrato previsão de variação de tais pesos ao longo da execução contratual. Entretanto, por meio de termo aditivo, o que por evidente, requer anuência da contratada, pode-se obter a alteração da referida cláusula, desde que seja aplicada somente a partir da data do acordo firmado.

Importante ressaltar que o presente contrato de concessão está suspenso parcialmente pela 2a Vara dos Feitos da Fazenda Pública [...]

Proposta de Encaminhamento 1: 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 do TCEES acolher a proposta de encaminhamento seguinte),

[...] mister ressaltar que não entendemos aplicável ao presente o artigo 207, 11 da Resolução do TC 261/2013 uma vez que esta autarquia não pode ser considerada como "***entidade fiscalizada***", uma vez que, como já dito o objeto da auditoria foi o contrato de concessão e não esta ARSI.

Considere-se ainda para tal construção lógica que a conclusão do citado dispositivo legal: "... ***no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar***

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

contrato em seu desfavor" que qualquer alteração no contrato de concessão 01/98, em decorrência da presente auditoria, não poderá acarretar implicações em desfavor desta autarquia, senão aos seus partícipes diretos: contratante = Poder Concedente e contratado = Rodosol.

Proposta de Encaminhamento 2: 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.

[...] a possibilidade de alteração do índice de reajuste é viável, [...] depende de termo aditivo, que requer anuência da contratada. [...] por ora não pode ser realizado [...], tendo em vista [...] suspensão determinadas pela justiça.

Já a resposta da Concessionária Rodovia do Sol S.A. foi juntada às fls. 14.410-14.412 (vol. LXIV), nos seguintes termos:

258. O item 2.14 do Relatório de Auditoria sustenta a inadequação do índice contratual utilizado para reajuste, considerando que a "Cláusula XIX", do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 01/1998 previu que o índice de [sic] 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" (fls. 10.477), entretanto o cronograma contratual teria estabelecido obras somente nos primeiros 5 (cinco) anos [...]

259. Esclareça-se [...] 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.

260. 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)

[...]

262. 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

de reajuste contratual, neste momento, configuraria verdadeiro desequilíbrio econômico do contrato.

263. 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 proporcional, sem que ocorra um prejuízo injustificado por parte da concessionária de serviço público.

264. 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

265. 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 estabelecidas nos contratos celebrados, deverá ser desacolhido o item "2.14" do Relatório de Auditoria.

Análise da ITC 308/2015:

[...]

A **ARSI** apresentou, inicialmente, duas alegações: a) que atualmente a diferença entre os índices apontados pela Equipe e o índice do contrato é ínfima (0,56%); e b) que apenas se as ações judiciais em curso, que tratam dos reajustes não concedidos nos exercícios de 2008 e 2009, forem procedentes, é que a situação apontada pelo TCEES se consolida.

Além disso, afirmou que cada índice da fórmula de reajuste possui peso específico, mas que não há no contrato previsão de variação de tais pesos ao longo da execução contratual.

Ao final, concordou com a Equipe quanto à possibilidade de readequação no índice de reajuste, por meio de termo aditivo, o que somente será possível com a anuência da contratada e desde que seja aplicada somente a partir da data do novo ajuste.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Já a Concessionária **Rodosol** refutou completamente a inadequação da fórmula de reajuste, sugerindo, em breve resumo, que deve ser respeitado o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, posto que os critérios de reajuste foram previstos no edital, tendo a empresa apenas aceitado as condições criadas pela Administração.

Para sustentar sua posição, argumentou que: a) a fórmula de reajuste foi determinada pelo edital da licitação; b) os índices retratam a variação dos preços dos principais componentes de custos considerados na proposta comercial; c) não é possível estabelecer como regra geral um índice de reajustamento, pois, baseada nas especificidades de cada contrato administrativo, deve-se escolher a fórmula que melhor se aplique, para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; d) a mudança de índice de reajuste configuraria verdadeiro desequilíbrio econômico do contrato; e e) "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".

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

Isso porque, conforme Carvalho Filho[145], reajuste "se caracteriza como fórmula preventiva, normalmente usada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário". É o que a doutrina chama de "risco normal" ou "álea ordinária", na qual não há desequilíbrio econômico-financeiro, requerendo mero restabelecimento do valor pactuado, com sua devida atualização em função da corrosão da moeda em função da inflação.

O desequilíbrio do contrato, como alegado pela empresa, decorreria da chamada "álea extraordinária", que enseja a revisão (e não o reajuste) contratual. Para Carvalho Filho[146], a revisão "deriva da ocorrência de um fato superveniente, apenas suposto (mas não conhecido) pelos contratantes quando firmam o ajuste".

A Lei 8.666/93, art. 65, II, "d", esclarece as situações ensejadoras de desequilíbrio contratual e de sua consequente revisão:

> Art. 65 [...]
>
> d) Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados com as devidas justificativas por acordo das partes 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 conseqüências 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 ou extracontratual**.
>
> [g. n]

Fica claro que uma mudança no índice não se configura situação de consequência incalculável, impeditiva ou retardadora da execução contratual, ou caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, mas sim uma correção na fórmula de reajuste, para que esta mantenha as condições do contrato, sem beneficiar indevidamente nenhuma das partes.

[145] CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2010, p. 217.
[146] CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2010, p. 217.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Equivoca-se também a Concessionária quando afirma que o RA-E 10/2014 propõe os índices IPCA ou INPC. Da leitura atenta do RA-E, percebe-se que a utilização do IPCA e do INPC foi meramente ilustrativa, utilizada apenas a título de comparação, visando enfatizar o cerne do achado: que o excessivo peso da variação de custos de obras teria contaminado o índice de reajuste, com prejuízo ao usuário.

No contrato 1/1998, Cláusula XIX, "4", consta a seguinte fórmula de reajuste:

TBR = TBP x { [0,10 x (ITi - ITo)/ITo] + [0,20 x (IPi - IPo)/IPo] + [0,20 x (IOAEi - IOAEo)/IOAEo] +[0,10 x (INCCi - INCCo)/INCCo] + [0,30 x (ICi - ICo)/ICo] +[0,10 x (IGPMi - IGPMo)/IGPMo] + 1 }

Onde:

TBR é a Tarifa Básica reajustada;

TBP é a Tarifa Básica apresentada na proposta vencedora da concessão;

ITo é o índice de terraplanagem para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior a agosto de 1998;

ITi é o índice de terraplanagem para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior à data de reajuste;

IPo é o índice de pavimentação para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior a agosto de 1998;

IPi é o índice de pavimentação para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior à data de reajuste;

IOAEo é o índice de obras de arte especiais para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior a agosto de 1998;

IOAEi é o índice de obras de arte especiais para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior à data de reajuste;

INCCo é o índice Nacional do Custo da Construção relativo ao 2º mês anterior a agosto de 1998;

INCCi é é o índice Nacional do Custo da Construção relativo ao 2º mês anterior à data de reajuste;

ICo é o índice de serviços de consultoria para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior à agosto de 1998;

ICi é o índice de serviços de consultoria para obras rodoviárias relativo ao 2º mês anterior à data de reajuste;

IGP-Mo é o Índice Geral de Preços de Mercado relativo ao 2º mês anterior à agosto de 1998;

IGP-Mi é o Índice Geral de Preços de Mercado relativo ao 2º mês anterior à data de reajuste;

0,10, 0,20 e **0,30** são os pesos de cada índice que compõe a fórmula.

Conforme apontado pela Equipe e demonstrado acima, no Contrato 1/1998, 90% dos índices que compõem o reajuste estão relacionados a obras.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Analisando a prática do setor, constatamos que o reajuste na tarifa do pedágio previsto nos contratos originais das rodovias federais brasileiras[147] BR 116/RJ (nas concessões da Via Dutra, da Ponte Rio-Niterói e da Rio-Teresópolis), BR 040/RJ (Rio-Juiz de Fora/MG) e BR 290/RS (ligando Osório a Porto Alegre), era bastante semelhante ao previsto no Contrato 1/1998:

1. Contrato PG-154/94-00, de 29/12/1994 (Ponte Rio-Niterói): a fórmula paramétrica de reajuste era composta por 70% da variação do índice de obras de arte especiais, 15% da variação do índice de pavimentação e 15% da variação do índice de serviços de consultoria (vide seção IV, subseção II, item 48 do contrato);

2. Contrato PG-137/95-00, de 31/10/1995 (Via Dutra): a fórmula paramétrica de reajuste era composta por 14% da variação do índice de terraplanagem, 32% da variação do índice de obras de arte especiais, 34% da variação do índice de pavimentação e 20% da variação do índice de serviços de consultoria (vide seção IV, subseção II, item 53 do contrato);

3. Contrato PG-138/95-00, de 31/10/1995 (Rio-Juiz de Fora/MG): a fórmula paramétrica de reajuste era composta por 16% da variação do índice de terraplanagem, 35% da variação do índice de obras de arte especiais, 12% da variação do índice de pavimentação e 37% da variação do índice de serviços de consultoria (vide seção IV, subseção II, item 53 do contrato);

4. Contrato PG-156/95-00, de 22/11/1995 (Rio-Teresópolis/RJ): a fórmula paramétrica de reajuste era composta por 10% da variação do índice de terraplanagem, 46% da variação do índice de obras de arte especiais, 29% da variação do índice de pavimentação e 15% da variação do índice de serviços de consultoria (vide seção IV, subseção II, item 53 do contrato); e

5. Contrato PG-016/97-00, de 4/3/1997 (Osório-Porto Alegre/RS): a fórmula paramétrica de reajuste era composta por 10% da variação do índice de terraplanagem, 18% da variação do índice de obras de arte especiais, 43% da variação do índice de pavimentação e 29% da variação do índice de serviços de consultoria (vide seção IV, subseção II, item 52 do contrato).

[147] Informações extraídas do *site* da ANTT. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/5261/Concessoes_Rodoviarias.html>. Acesso em: 25 jul. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Nesse sentido, existem indícios de que esse item do edital foi elaborado dentro dos parâmetros vigentes à época da concessão, o que talvez legitimasse a manutenção da fórmula paramétrica do Contrato 1/1998.

Ocorre que a situação das rodovias federais postas como paradigma mudou. A partir de atuação do TCU (sintetizadas no Acórdão 2.104/2008-Plenário e, principalmente, Acórdão 2.927/2011-Plenário), foi determinado à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que adotasse as medidas necessárias para inserir cláusula de revisão periódica da tarifa de pedágio nos contratos de concessão em vigor.

Após essa determinação, não só foram feitos aditivos aos contratos supracitados, incluindo nas recomposições do equilíbrio econômico-financeiro a metodologia aprovada na Resolução ANTT 3.651/2011 (metodologia do "fluxo de caixa marginal"), como foram alteradas todas as fórmulas de reajuste, respeitando a Deliberação ANTT 274, de 20 de dezembro de 2011.

Nos aditivos assinados com as concessionárias foi prevista a seguinte fórmula de reajuste:

1. Contrato PG-154/94-00, de 29/12/1994 (Ponte Rio-Niterói) - 10º aditivo, de 14 de agosto de 2012: cláusula sexta, item 48 "a partir de 2012 a Tarifa Básica de Pedágio será reajustada anualmente, de acordo com a variação do índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo IBGE";

2. Contrato PG-137/95-00, de 31/10/1995 (Via Dutra) – 11º aditivo, de 14 de agosto de 2012: cláusula sexta, item 53 "a partir de 2012 a Tarifa Básica de Pedágio será reajustada anualmente, de acordo com a variação do índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo IBGE";

3. Contrato PG-138/95-00, de 31/10/1995 (Rio-Juiz de Fora/MG) – 11º aditivo, de 17 de dezembro de 2012: cláusula sexta, item 53 "a partir de 2012 a Tarifa Básica de Pedágio será reajustada anualmente, de acordo com a variação do índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo IBGE";

4. Contrato PG-156/95-00, de 22/11/1995 (Rio-Teresópolis/RJ) – 4º aditivo, de 27 de agosto de 2012: cláusula sexta, item 53 "a partir de 2012 a Tarifa Básica de Pedágio será

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

reajustada anualmente, de acordo com a variação do índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo IBGE"; e

5. Contrato PG-016/97-00, de 4/3/1997 (Osório-Porto Alegre/RS) - 12º aditivo, de 17 de setembro de 2012: cláusula sexta, item 52 "a partir de 2012 a Tarifa Básica de Pedágio será reajustada anualmente, de acordo com a variação do índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo IBGE";

No caso Rodosol, a Administração inseriu no edital um índice de reajuste que privilegiava a variação do custo da construção (que, basicamente, duraria apenas nos primeiros anos do contrato). Esqueceu-se que não estava contratando obra, mas realizando a concessão de serviço público **precedida de obra**.

Essa opção, sem motivação aparente, acabou por onerar a tarifa sem que tal ônus refletisse a variação do custo do serviço. No entanto, cabe analisar a legislação pertinente e a conduta da concessionária.

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, não explicita o índice que deve ser usado para os reajustes de tarifa. Seguem os artigos da Lei:

> 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:
>
> [...]
>
> VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;
>
> [...]
>
> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
>
> [...]
>
> IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

Percebe-se que os critérios de reajuste devem ser previstos no edital e no contrato, mas a Lei não determina nenhum índice, embora determine que "o edital de licitação será elaborado [...], observados [...] os critérios e as normas gerais da

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

legislação própria sobre licitações e contratos". Assim, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), também deve ser observada quanto ao tema.

O Art. 40, XI, da Lei de Licitações assim dispõe:

> Art. 40. O edital [...] indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
>
> XI - **critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais**, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
>
> [g. n.]

O comando legal supra indica que o reajuste deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. Assim, permite-se que o administrador adote um índice geral ou setorial de variação de preços, o que, pelo Princípio da Motivação, deve ocorrer mediante uma exposição dos motivos determinantes da decisão.

Adicionalmente, cabe discutir o significado de "índices específicos ou setoriais". Segundo o Banco Central do Brasil[148], enquanto o IGP-DI, por exemplo, é um índice geral por medir a variação do custo de vida de segmentos da população, o INCC, por exemplo, é um índice específico (ou setorial) por representar a variação dos custos da construção civil:

> Os diversos índices de preços foram construídos ao longo do tempo com diferentes finalidades. O IPC-Fipe, por exemplo, foi criado pela Prefeitura Municipal de São Paulo com o objetivo de reajustar os salários dos servidores municipais. O IGP-M foi criado para ser usado no reajuste de operações financeiras, especialmente as de longo prazo, e **o IGP-DI para balizar o comportamento dos preços em geral da economia**.
>
> [...]
>
> **O INCC mede a evolução mensal de custos de construções habitacionais**, a partir da média dos índices de sete capitais (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Recife, Porto Alegre e Brasília). **A lista de itens componentes do INCC e respectivos pesos atualizados é feita com base em orçamentos de edificações** previstas pela ABNT (materiais e equipamentos, serviços e mão-de-obra). Além do índice geral, o INCC desdobra-se em dois grupos: mão-de-obra (16 itens) e de materiais, equipamentos e serviços (51 itens).

[148] Fonte: BANCO Central do Brasil. Índices de Preços no Brasil com informações até março de 2014. Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/FAQ%202-%20%C3%8Dndices%20de%20Pre%C3%A7os%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

Já tendo evidenciado que a Administração não atendeu ao que determina a lei, cabe analisar a atuação da concessionária.

Insubsistentes os argumentos trazidos pela empresa, importa ressaltar que a Equipe de Auditoria não comprovou nenhuma participação da Rodosol na irregularidade (ou seja, na introdução, no edital e no contrato, da fórmula paramétrica de reajuste), restando à empresa apenas acatar as previsões editalícia e contratual de reajuste.

Se o indicativo de irregularidade fosse mantido, a responsável seria a Administração. Contudo, a Equipe não conseguiu apontar o agente público responsável pela inserção, no edital da licitação, de índice de reajuste que não refletia os custos dos serviços ao longo do prazo da concessão. De qualquer modo, mesmo que fosse identificado, o agente também estaria sujeito à prescrição da pretensão punitiva por parte deste TCEES.

Sendo assim, **no item 3.13 da ITC 308/2015, os auditores** sugeriram, com fundamento no art. 114, II, da LC 621/12 c/c art. 206, § 2.º, do RITCEES, **determinação** ao Governo do Estado do Espírito Santo, para que, nas futuras concessões, motive a escolha do índice de reajuste dos contratos e observe o

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

disposto no art. 40, XI, da Lei 8.666/93, adotando o índice que retrate a variação efetiva do custo da tarifa.

Por fim, reiteram sugestão da equipe de auditoria, no sentido de que, caso o Tribunal não determine que sejam tomadas as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), expeça **determinação** à ARSI para que 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 sustentação oral:

A Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos parágrafos "237" ao "244" do documento de fls. 25.923-26.004 (vol. CXVII), [...] carreou seus argumentos .

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, **a área técnica mantém, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.13 da ITC 308/2015**, nos seguintes termos:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

a) Com fundamento no art. 114, II, da LC 621/12 c/c art. 206, § 2.º, do RITCEES, **determinação** ao Governo do Estado do Espírito Santo, para que, nas futuras concessões, motive a escolha do índice de reajuste dos contratos e observe o disposto no art. 40, XI, da Lei 8.666/93, adotando o índice que retrate a variação efetiva do custo da tarifa;

b) Caso o Tribunal não determine que sejam tomadas as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), expeça **determinação** à ARSI para que 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.

2.2.14 – Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria

Dos Fatos/Auditoria:

Abaixo transcrevemos o achado de auditoria apontado pela equipe de auditagem no item 2.15 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

> **2.15 Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria [QA30]**
>
> A Equipe de Auditoria solicitou à Concessionária e ao DER/ES, respectivamente, mediante os Ofícios nos. 26 e 27, incluídos no Anexo I deste Relatório de Auditoria, o seguinte:
>
> - Solicitação encaminhada pela Rodosol ao DER/ES para iniciar a cobrança do pedágio na Praia Sol, acompanhada de cópia dos projetos e de outros documentos das obras e serviços realizados.
> - Termo de Vistoria final das obras e serviços de engenharia realizados que antecederam a cobrança do pedágio na Praia Sol, assinado conjuntamente entre o DER/ES e a Rodosol.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- Autorização expedida pelo DER/ES para o início da cobrança do pedágio na Praia Sol[149].

O DER/ES apresentou sua resposta em 22 de outubro de 2013, protocolizada sob o nº. 015396, anexando uma mídia em CD com cópia dos processos nº. 21544301, 23932350, 32432283, 17055440 e 17019192, referentes à revisão tarifária, não guardando nenhuma identidade com o que foi solicitado.

Por sua vez, a Concessionária protocolizou sua resposta, sob o nº. 015400, apresentando o Ofício CT/DIR/PRES nº. 126/2000, de 20 de outubro de 2000, incluído no Anexo II deste Relatório de Auditoria, onde solicita vistoria técnica para o recebimento provisório das obras de conclusão da Primeira Etapa.

A Concessionária apresentou, também, o Termo de Recebimento Provisório, incluído no mesmo Anexo II, datado de 14 de dezembro de 2000, onde se menciona que faltam serviços a serem executados e a reexecutar de acordo com o relacionado no Termo de Vistoria, assinado por representantes do DER/ES e da Concessionária, constando 27 (*vinte e sete*) itens, passando a vigorar 3 (*três*) meses de observação para o recebimento definitivo dos serviços. Esse termo registra que não estão incluídas as vistorias sobre as condicionantes constantes no licenciamento ambiental que cabem à Concessionária obter junto à Secretaria de Estado para Assuntos de Meio Ambiente.

Por fim, a Concessionária apresentou o Ofício DER/DG nº. 1.123/2000, de 14 de dezembro de 2000, também incluído no Anexo II, elaborado pelo DER/ES e encaminhado à Concessionária, autorizando-a ao início da cobrança do pedágio na Praia Sol, conforme Cláusula XV do contrato. Registra-se que esse ofício foi emitido no mesmo dia do Termo de Recebimento Provisório.

Em seguida, de posse do registro do número do processo do DER/ES (19024088) que se refere às obras da Primeira Etapa, constante no Ofício da Concessionária CT/DIR/PRES nº. 126/2000, a Equipe de Auditoria solicitou, por meio do Ofício nº. 28/2013, Anexo I deste Relatório de Auditoria, especificamente a cópia desse processo. Contudo, em 29 de outubro de 2013, o DER/ES, por meio do Ofício nº. 1457/2013, incluso no Anexo II deste Relatório de Auditoria, informou que o processo DER/ES nº. 19024088 não foi localizado.

Na documentação apresentada, a Equipe de Auditoria verificou que o Termo de Vistoria, referente às obras de duplicação da ES-060 (trecho entre a interseção com a Rodovia Darly Santos e Setiba), relacionou 27 (*vinte e sete*) serviços que necessitavam de intervenção para adequá-los ao projeto. Assim, o Termo de Recebimento Provisório, emitido em 14 de dezembro de 2000, instituiu prazo de 3 (*três*) meses de observação (portanto, até 14 de março de 2001), no qual as intervenções relacionadas no Termo de Vistoria deveriam ser realizadas para possibilitar a emissão do Termo de Recebimento Definitivo.

Todavia, na documentação apresentada e naquela constante dos autos deste Processo TC 5591/2013, **não há comprovação de que as 27 (*vinte e sete*) pendências enumeradas no Termo de Vistoria foram saneadas**.

O responsável pelo achado apontado é o engenheiro Jorge Hélio Leal, pois, como Diretor-Geral do DER/ES, não fez o órgão exigir e verificar o saneamento das pendências enumeradas no Termo de Vistoria.

[149] Ofício nº. 26 e Ofício nº. 27.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Todavia, observe que o período de observação correu até 14 de março de 2001, portanto, há mais de 13 (*treze*) 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.

Argumentos apresentados:

Foram notificados, para efeito e nos termos do disposto no art. 207, inciso II, da Resolução TC 261/2013, para apresentarem manifestação acerca do presente achado de auditoria, conforme item "3" da Instrução Técnica Inicial 256/2014, a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária (ARSI), na pessoa de seu representante legal, senhor Luiz Paulo de Figueiredo, bem como, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER), na pessoa da Diretora-Geral Tereza Maria Sepulcri Netto Casotti, e a empresa Concessionária Rodovia do Sol S.A (Rodosol), na pessoa de seu representante legal, senhor Geraldo Caetano Dadalto.

Os interessados foram devidamente notificados, respectivamente, através dos termos de notificação 716/2014; 717/2014 e 719/2014 (fls. 14.245-14.246 e 14.248, vol. LXIV).

A ARSI aduziu suas razões através da manifestação de fls. 18.458-18.491 (vol. LXXXIII), entretanto, não se manifestou acerca do presente achado de auditoria em específico.

Apenas sustentou não ser legalmente responsável por atos praticados referentes ao procedimento licitatório, nos termos da alínea 'n' da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão 1/98 e do Terceiro Termo Aditivo de Contrato, que operou a sub-rogação do Contrato do Departamento de Estradas de Rodagem para a ARSI.

Complementou que não é sucessora legal do DER-ES e, portanto, qualquer manifestação da ARSI sobre procedimentos licitatórios seria destituída de lastro fático e probatório. Conclui que:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Assim sendo entendemos que não compete a esta autarquia responder ou prestar esclarecimentos sobre os achados de auditoria apontados no presente processo, cujos fatos e/ou atos tenham ocorrido antes de 16/04/2010, assim discriminados: 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.9, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17.

Diz ainda não possuir atribuição de extinção do contrato administrativo em comento, de forma que não lhe caberia cumprir com sugestão de encaminhamento do relatório de auditoria. Relata que não é Poder Concedente, possuindo apenas algumas de suas atribuições, nos termos dos artigos 6º e 9º da Lei Complementar Estadual 477/2008 que tratam das competências delegadas à Agência Reguladora estadual.

Argumentou que sua atuação é limitada 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". Assim, não possuiria prerrogativas de extinção do contrato, concluindo ser o agente incompetente para sua prática.

Por seu turno, a Rodosol apresentou suas razões às fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) em peça subscrita por advogados regularmente[150] constituídos nos autos, onde foram tecidos os argumentos ora reproduzidos:

> OBRAS EXECUTADAS E CONFORMES
>
> 2.15 -- Cumprimento das pendências nas obras enumeradas no termo de vistoria
>
> 266. O item 2.15 do Relatório de Auditoria sustenta que a Concessionária não cumpriu com as pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria, sob a alegação de que não houve a comprovação de que os 27 (vinte e sete) apontamentos previstos no Termo foram saneados.
>
> 267. Diga-se, desde logo, que a equipe de auditoria solicitou à Concessionária e ao Departamento de Estradas de Rodagem ("DER/ES"), mediante os Ofícios nº 26 e 27, o seguinte:
>
> *a) Solicitação encaminhada pela Rodosol ao DER/ES para iniciar a cobrança do pedágio na Praia Sol, acompanhada de cópia dos projetos e de outros documentos das obras e serviços realizados;*
>
> *b) Termo de Vistoria final das obras e serviços de engenharia realizados que antecederam a cobrança do pedágio na Praia Sol, assinado conjuntamente entre o DER/ES e a Rodosol; e*
>
> *c) Autorização expedida pelo DER/ES para o início da cobrança do pedágio na Praia Sol.*

[150] Instrumento procuratório à fl. 14.291 (vol. LXIV).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

268. Por esse motivo, a concessionária apresentou a sua resposta por meio do Ofício CT/DIR/PRES n° 126/2000, solicitando vistoria técnica para o recebimento provisório das obras de conclusão da Primeira Etapa (doc. 16).

269. No mesmo Ofício foi apresentado um Termo de Recebimento Provisório que mencionou os serviços que faltavam para serem executados e os serviços que deveriam ser reexecutados, de acordo com o Termo de Vistoria, concedendo prazo de 3 (três) meses para correção de pendências.

270. Além disso, a Concessionária apresentou o Ofício DER/DG n° 1.123/2000, elaborado pelo DER/ES e encaminhado à Concessionária, permitindo e autorizando o início da cobrança no pedágio na Praia Sol, de acordo com a cláusula XV do contrato (cf. doc. 16).

271. Todavia, cumpre ressaltar que o Relatório verificou que o Termo de Vistoria referente às obras de duplicação da Rodovia ES-060 relacionou 27 serviços que precisavam de intervenção para adequá-los ao projeto para que o Termo de Recebimento Definitivo pudesse ser emitido.

272. Contudo, a Concessionária corrigiu todas as pendências relatadas no Termo de Recebimento Provisório e Vistoria, tendo sido os respectivos documentos comprobatórios encaminhados ao órgão solicitante, conforme a correspondência CT/DIR/132/2000 (cf. doc. 16).

273. Por essa razão, resta comprovado que a Concessionária cumpriu integralmente suas obrigações, corrigindo todas as pendências, não devendo o item "2.15" do Relatório de Auditoria ser acolhido.

O Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo apresentou seus esclarecimentos, às fls. 24506/24566 (Vol. CXI), abaixo transcritos:

> No que se refere aos 27 (vinte e sete) quesitos referenciados no laudo de vistoria referente às obras de duplicação da rodovia ES 060 no trecho compreendido entre a interseção com a rodovia Darly Santos e Setiba e relacionados no processo DER n° 19024088, é importante registrar que não foi possível localizar o processo no âmbito do DER-ES, contudo, em diligência junto à concessionária, foi possível obter a cópia da resposta protocolizada no DER-ES na data de 15.03.2001 (cópia anexa), através do processo n° 19837950 **onde verificou-se que tais quesitos foram devidamente atendidos, não restando maiores dúvidas em relação ao atendimento dos itens questionados em vistoria.** [g.n.]

Análise da ITC 308/2015:

O Relatório de Auditoria 10/14 aponta, em seu item 2.15, como achado de auditoria, a não comprovação de cumprimento de pendências elencadas no Termo de Vistoria emitido pelo DER. O Relatório aduz a necessidade de intervenção em 27 serviços, quando na realidade o Termo de Vistoria (fls. 11.211-11.214) relacionava 25 pendências que são listadas a seguir:

1) As 3 passarelas no Trecho de Barra do Jucu -faltam acabamentos finais;

2) Concluir limpa rodas em alguns acessos que não estavam previstos;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

3) Falta execução de muro de contenção do talude sob o viaduto Darly Santos e também a canalização da drenagem do viaduto para os pilares do mesmo;

4) A obra de acesso ao Bairro Interlagos em passagem em dois níveis, obra esta não prevista inicialmente no projeto apresentado pela Concessionária, a única determinada pelo DER-ES em março de 2000, pois faltam concluir: contenção de talude, iluminação, sinalização vertical e horizontal do acesso sob o viaduto;

5) Entregar para o DER-ES através de ofício, as edificações civis que compõem o sistema;

6) Melhorar a drenagem superficial nas plataformas das balanças móveis;

7) Acabamentos finais nos pontos de ônibus, como limpeza e plantio de grama;

8) Falta entregar o relatório com especificação, quantitativos e função de todos os equipamentos adquiridos para operação e segurança da rodovia;

9) Falta apresentar "As Built" do Sistema Rodovia do Sol;

10) Melhorar a estabilização de taludes com erosão Est. 1.173 a Est. 1.180-LD;

11) A estabilização dos aterros de encontro do viaduto de Interlagos estão sendo executados em RIP-RAP[151], entendemos ser em caráter paleativo, cabendo a Rodosol apresentar ao DER-ES um Projeto Executivo definitivo para a obra em questão;

12) Recompor as juntas de dilatação da ponte velha sobre o Rio Jucu, bem como apresentar cronograma de troca dos aparelhos de apoio da mesma,

[151] O rip-rap é uma técnica alternativa para estabilização de taludes e contenção de encostas. Tem a finalidade de estabelecer o equilíbrio da encosta através de seu peso próprio.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

uma vez que estes serviços só poderiam ser executados após a conclusão da ponte nova ao lado;

13) Apresentar uma solução definitiva para corrigir as imperfeições de acabamento do pavimento em concreto, na ponte nova sobre o Rio Jucu;

14) Recompor as juntas de dilatação no viaduto de Interlagos, pois as executadas foram cobertas com a capa asfáltica em CBUQ;

15) Apresentar parecer técnico do responsável pelo projeto e execução da obra de terra armada, quanto a sua verticalidade e alinhamento da obra, se estes dois parâmetros estão dentro dos limites de projeto;

16) Apresentar cronograma e solução para combater as trincas e recalques nos aterros recém construídos fatos normais em aterros construídos ao lado de outro já consolidado, no caso presente, há mais de 27 anos, causando o chamado recalque diferencial;

17) Impedir invasões de áreas já desapropriadas pelo DER-ES, principalmente no acesso a Terra Vermelha- Lado Direito;

18) Sinalização vertical alertando os usuários da proibição de se estacionar sobre as calçadas e ciclovias, no trecho de Barra do Jucu e Terra Vermelha;

19) Melhorar, mesmo que provisoriamente, a sinalização horizontal no trecho Santa Mônica (Km 6) ao Motel Dunas (Km 1 0,5), pois este trecho só esta previsto a sua restauração em 2001, e no estágio atual, o trecho está inseguro e trazendo desconforto ao usuário;

20) Providenciar instalação de defensa metálica no trecho onde a canaleta central de drenagem está com maior profundidade;

21) Regularização das ondulações e recalques existentes no pavimento em vários pontos;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

22) Executar passagem de pedestre sobre a canaleta central, próximo aos pontos de ônibus para maior conforto e segurança dos usuários;

23) Executar cerca nos locais que foram usados como empréstimo e depósitos na construção ao longo da rodovia;

24) As reivindicações das comunidades de Ponta da Fruta, Interlagos, Retiro do Congo, Morada do Sol, terão que ser apresentadas ao DER-ES com projetos, planilha de quantitativos e custos, para que o DER-ES autorize ou não a execução destes serviços (alteração de ponto de ônibus, passagem em nível de pedestres nos pontos de ônibus, iluminação do lado esquerdo no trecho Morada do Sol - Viaduto de Interlagos; retorno próximo ao SAU para os usuários que trafegam no sentido Guarapari-Vila Velha, para que tenham acesso ao Retiro do Congo);

25) A Rodosol terá que manter a conserva, reparo do pavimento e sinalização horizontal e vertical nos trechos urbanos abaixo relacionados:

a) Trecho: Setiba, Santa Mônica, Perocão, Muquiçaba, SESC até a Ponte de Guarapari (este somente será mantido até que o Trecho Setiba - Rodovia Jones Santos Neves seja concluído);

b) Trecho: Av. Carioca, Luciano das Neves, Francelina Setúbal, Santa Mônica até entroncamento da Rodovia do Sol com Darly Santos (conforme discriminado e previsto no Contrato).

A Concessionária Rodovia do Sol alega ter corrigido todas as pendências relatadas no Termo de Recebimento Provisório, tendo encaminhado ao DER a correspondência CT/DIR/132/2001 (fls. 14.770-14.775 – Vol. LXVI) que tem o seguinte teor:

> 1. Acabamento das passarelas:
>
> - Nas passarelas das estacas 704, 766, 807 foram concluídos os serviços de colocação de gradis, iluminação, limpeza, sinalização para pedestres e calçadas em seus acessos no mês de dezembro/2000.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Estamos em fase de contratação de serviços para urbanização das áreas inferiores, não previstos no projeto aprovado junto ao DER, de maneira a proporcionar maiores condições de conforto aos usuários;

2. Conclusão de limpa-rodas não previstos:

- Foram implementados limpa-rodas na altura das estacas 890 LD (acesso a Fazenda Camping), 1000 LE (acesso secundário a Morada do Sol), 1125 LD (acesso a jazida J6), 1163 LD (acesso ao Clube SINDIJUDICIÁRIO), 1220 LD (acesso a bairro junto ao Cemitério da Paz), 1360 LD (acesso a propriedade Dra. Jane Rios), 1390 LD (acesso a AGP), 1394 LD (acesso ao Bairro Renascer), 1396 LD (acesso a jazida J10), 1400 LD (três acessos próximos a Reserva do Gerente), e 1460 LD (acesso junto a Assoc. Func. Polícia Federal) até o final do mês de janeiro/2001;

3. Conclusão do muro de contenção de talude sob Viaduto Darly Santos

- Executado muro de contenção em placas de concreto pré-moldado na projeção do viaduto em janeiro/2001;

- Quanto à drenagem do viaduto, com o recapeamento do mesmo a pequena contribuição pluviométrica foi direcionada para o sistema de drenagem das alças da interseção, solução esta favorecida pela sua localização em ponto máximo de curva vertical, com eficácia já comprovada "in-loco";

4. Conclusão das obras da PI de Interlagos

- Execução da drenagem superficial incluindo galerias das Ruas Maringá e transversais, no mês de dezembro/2000:

- Pavimentação e construção de calçadas das ruas acima, no mês de janeiro/2001;

- Complementação da Sinalização vertical e horizontal em janeiro/2001;

- Execução da contenção de taludes em rip-rap, com sacos de solo-cimento, no mês de dezembro/2000;

- Iluminação sob viaduto executada em dezembro/2000.

5. Ofício de entrega das edificações

- Segue OF/DIRIOP/num 131/2001 oficializando a entrega das edificações civis contidas no projeto de duplicação da Rodovia do Sol;

6. Melhoramento da drenagem superficial das balanças móveis

- As correções previstas no sistema de drenagem superficial das plataformas de pesagem situadas nas estacas 607 LD e 1610 LD foram concluídas em janeiro/2001;

7. Acabamentos finais nos pontos de ônibus

- Os pontos localizados nas estacas 897 LD, 923 LE, 927 LD, 1002 LE, 1007 LD, 1053 LE, 1089 LD, 1125 LE, 1130 LD, 1145 LD, 1169 LE, 1329 LE, 1335 LD, 1400 LE, 1402 LD, 1431 LD, 1430 LE, 1451 LE, 1470 LD, 1474 LE, 1510 LE, 1526 LD, 1539 LE. 1557 LE, 1565 LD, 1591 LE, 1598 LD, 1611 LE, 1648 LD, 1674 LE, 1681 LD, 1724 LE 1732 LD, 1772 LE, 1782 LD, 1854 LE, 1859 LD, 1883 LE e 1888 LD foram concluídos quanto a execução da plataforma em concreto, mureta de proteção (apenas nos locais

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

mais necessários), conformação de taludes e plantio de grama, no mês de fevereiro/2001.

- Esclarecemos que os pontos localizados nas estacas 648 LD, 1039 LD, 1145 LD, 1148 LE e 1246 LD, foram implementados posteriormente ao envio do Termo de Recebimento Provisório para atendimento a solicitações das comunidades e CETURB, pois não estavam previstos no projeto original aprovado no DER/ES, perfazendo um total de 67 novos abrigos implantados no trecho duplicado da Rodovia do Sol;

8. Relatório dos equipamentos adquiridos para operação e segurança

- Listagem dos equipamentos constantes no patrimônio da Rodovia enviado através de CT/DIRIOP/num. 030/2001 enviada em 22/01/2001, cujas complementações solicitadas estão sendo providenciadas e serão entregues até o final do próximo mês;

- Especificações técnicas, quantitativos e função discriminados no documento anexo;

9. Cópia do "AS BUILT′ do sistema Rodovia do Sol

- De acordo com o item 1.4.4 - Termo de Conclusão e AS BUIL T, constante do Anexo III do Programa de Exploração Rodoviária - Vol. IV, a concessionária tem um prazo de até 6 (seis) meses contados a partir da emissão do Termo de Conclusão desta etapa da obra para apresentação do AS BUILT, no entanto, em atendimento a solicitação de entrega do referido documento, estamos enviando pela presente versão preliminar do AS BUILT cópia em anexo;

10. Melhorar a estabilização do talude na estaca 1173 a 1180 LD

- Foi executada uma valeta de crista de corte e muro longitudinal na área superior do talude, de forma a proteger contra a erosão e proporcionar maior segurança aos pedestres, em janeiro/2001;

- A solução encontrada para garantir a estabilidade do talude de corte foi definida pelo preenchimento em concreto projetado do talude negativo resultante da erosão, conforme acordado com a fiscalização do DER/ES, hoje em fase de execução, com término previsto para a data de 23/03/2001;

11. Solução definitiva dos aterros de encontro do Viaduto de Interlagos

- A solução técnica definida para o local foi a execução de um revestimento em concreto projetado sobre o rip-rap já executado, de forma a garantir sua estabilidade e proporcionar um melhor acabamento e proteção do rip-rap, com prazo de conclusão em 15/03/2001;

12. Juntas de dilatação e aparelhos de apoio da ponte velha sobre o Rio Jucu

- Conforme previsto inicialmente, a realização destes serviços somente poderiam ser realizados após o término da temporada de verão, em função dos elevados volumes de tráfego verificados no período e necessidade de interdições totais e parciais da pista. Dessa maneira, a execução dos trabalhos está prevista para o período entre abril e maio deste ano, encontrando-se atualmente em fase de seleção de fornecedores e materiais a serem empregados;

13. Solução para imperfeições de acabamento no pavimento de concreto da ponte nova sobre Rio Jucu

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- A solução proposta para o local é a aplicação de revestimento em concreto asfáltico sobre o tabuleiro existente, de forma a proporcionar maior conforto aos usuários corrigindo as irregularidades que se apresentam;

- Para sua execução será necessária a conclusão da troca dos aparelhos de apoio e juntas de dilatação da ponte velha sobre o mesmo rio, em função dos desvios de tráfego a serem realizados em cada uma das atividades previstas nas pontes.

- Dessa maneira, a execução destes serviços está prevista para junho/2001;

14. Recomposição das juntas de dilatação do viaduto de Interlagos

- Pelos mesmos motivos expostos para substituição das juntas de dilatação e aparelhos de apoio na ponte velha do Rio Jucu, a execução destes serviços somente poderiam ser realizados após a temporada de veraneio;

- A execução destes serviços está prevista para realização em abril e maio/2001;

15. Parecer técnico sobre a execução da obra em Terra Armada na PI de Terra Vermelha

- Segue em anexo o Parecer técnico solicitado e documentação da empresa e seu Responsável Técnico pela estrutura de contenção do maciço;

16. Solução para trincas e recalques nos aterros recém construídos

- A solução para combate às trincas e recalques foi de correção das tricas com emulsão asfáltica e aplicação de uma nova camada de CBUQ para correção do greide final de projeto;

- Foi realizado este serviço entre estacas: 1171 e 1 í73 LD, 1215 a 1220 LD, 1330

a 1337 LD, 1331 a 1333 LE, e 1950 a 1955LD;

- Estes locais estão sendo monitorados topograficamente para verificação de sua estabilidade;

- Esclarecemos que após as intervenções realizadas, não foram constatados problemas de abatimento dos aterros, novas trincas ou qualquer outro problema de irregularidade;

17. Impedir invasões das áreas desapropriadas

- Esclarecemos que o processo de invasão de áreas desapropriadas está controlado, não tendo sido registrada mais nenhuma ocorrência deste tipo na rodovia;

- No caso específico do acesso a Terra Vermelha, por tratar-se de área remanescente de desapropriação, estamos em fase de conclusão da negociação com os pretendentes para destinação adequada de seu uso e ocupação;

18. Sinalização vertical proibindo o estacionamento de veículos sobre calçadas e

ciclovia em Barra do Jucu

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- Esclarecemos que o Código de Trânsito Brasileiro já determina a proibição do estacionamento de veículos em calçadas e ciclovias, e, portanto, a implementação de sinalização vertical deste tipo tornaria-se uma redundância;

- Para coibir este comportamento dos motoristas, foi solicitado a Polícia Rodoviária uma maior atuação quanto a este quesito previsto no CTB, através da CT/DIR/OP/num 492/2000, de 29/11/2000, conforme cópia anexa:

- Informamos ainda que este tipo de fiscalização tem sido realizada pela PRE e monitorada pela Inspeção de Tráfego da RodoSol que aciona o policiamento quando necessário;

- Pelo acima exposto, solicitamos a revisão da solicitação de colocação dos referidos sinais;

19. Sinalização horizontal entre o km 06 e 10,5 da Rodovia

- Esclarecemos que o referido serviço foi executado em dezembro/2000;

20. Instalação de defensas metálicas nas canaletas do canteiro central de maior profundidade

- Foram implementadas defensas metálicas em janeiro/2001 nos seguintes trechos de canteiro central: entre estacas 1047 e 1049 da Pista Sul, entre estacas 1398 e 1400 da Pista Sul entre 1782 e 1784 da Pista Sul;

- Para melhorar as condições de segurança da via, foram ainda colocados tais dispositivos nos seguintes locais: no ramo de acesso a Rod. Darly Santos - sentido norte, entre estacas 688 e 701 LD - acesso ao bairro Santa Paula, entre estacas 891 e 905 - junto ao canteiro central da pista Sul;

21. Regularização de ondulações e recalques da pista

- Execução conforme descrito no item 16:

22. Execução de passagens para pedestres sobre a canaleta do canteiro central

- Foram executados no mês de janeiro/2001 nos seguintes locais de maior significância: estacas 897, 1039, 1084, 1335, 1431 e 1526;

- Esclarecemos que estamos avaliando o resultado desta intervenção que, caso positiva em seu aspecto de conforto e segurança dos pedestres e veículos, deverão ser implementadas em outros locais.

23. Execução de cercas nos locais de depósitos e empréstimos

- Foram executados os serviços nos seguintes locais: entre estacas 888 a 900 LD - depósito, entre estacas 1360 e 1390 LD - jazida J10,

- Esclarecemos que na área do Sr. José de Abreu Xavier, entre estacas 1320 e 1335, ainda não foi possível a colocação de cercas em função do proprietário estar realizando obras em sua propriedade, e que o serviço será executado após a conclusão destas;

24. Reinvidicações das comunidades

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- Alteração em pontos de ônibus: implementações já descritas no item 7;

- Passagem de pedestres nos pontos de ônibus: implementações já descritas no item 22;

- Iluminação no LE da Rodovia, trecho Morada do Sol e Viaduto de Interlagos:

Encaminhamos pela presente a planilha de quantitativos e custos para implantação, manutenção e consumo desta iluminação para período restante da Concessão, cópia em anexo.

A solução consiste de instalação de 51 postes simples de aço galvanizado, no bordo esquerdo da pista, conforme solicitado, dotado de luminárias IVA-150 equipadas com lâmpadas tubulares de vapor de sódio de alta pressão, conforme padrão já implantado em outros trechos;

- Retorno para Retiro do Congo

O projeto deste retorno encontra-se em fase de detalhamento final sendo previsto sua conclusão e apresentação a esse órgão, acompanhado da planilha de quantidades e custos, para os próximos 30 dias;

25. Conserva de Trechos Urbanos

- No trecho Setiba até Ponte de Guarapari já foram realizados os seguintes serviços desde dezembro/2000:

- Melhoramentos na geometria do trevo de Setiba;
- Tapa-buraco entre Trevo de Setiba e acesso a Praia do Morro;
- Fresagem e pavimentação na pista de chegada a Ponte de Guarapari;
- Sinalização horizontal de todo o trecho;
- Pavimentação de 1.000 metros de vias urbanas próximas a Praia do Morro, para permitir a execução de desvios de tráfego e melhorar a circulação de veículos durante a temporada de verão;
- Acompanhamento operacional de todo o trecho e apoio as atividades da Polícia Militar e Rodoviária;

- Av. Carioca:

- Sinalização horizontal refeita em novembro/2000;
- Varrição de pista realizada de acordo com programação semanal;

- Rua Luciano das Neves e Francelina Setúbal:

- Tapa-buraco realizado sempre que necessário;
- Limpeza de bueiros e galerias de águas pluviais realizada em janeiro e fevereiro/2001;
- Varrição de pista realizada de acordo com programação semanal.

Conforme apresentado tanto no Termo de Vistoria emitido pelo DER-ES quanto no ofício encaminhado pela Concessionária Rodovia do Sol, ficou evidenciado que dos 25 serviços relacionados no Termo de Vistoria grande parte se referia a melhorar o acabamento final e a qualidade dos serviços entregues. Havia ainda

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

demanda para a apresentação de documentação (relatórios, *"as built"*, cronograma, parecer, orçamento) e solicitação para impedir invasões em áreas já desapropriadas.

Também restou demonstrado que o DER-ES realizou a vistoria para emissão do Termo de Recebimento Provisório, e elaborou Termo Circunstanciado solicitando que alguns serviços fossem corrigidos e que alguns documentos fossem apresentados. Essa conduta é comum nos procedimentos de recebimento de obras.

Por sua vez, a Concessionária Rodovia do Sol comunicou ao DER-ES em março de 2001, através de ofício CT/DIR/OP nº 132/2001, as ações promovidas para cada um dos itens relacionados no Termo de Vistoria, detalhando o serviço realizado e a data de sua execução. Informou ainda que alguns serviços foram programados para serem executados após o término da temporada de verão, pela necessidade de interdição parcial e/ou total das pistas.

Não foram encontrados nos autos o Termo de Recebimento Definitivo da obra nem documento que comprovasse que a fiscalização do DER verificou se cada um dos itens relacionados no Termo de Vistoria foi satisfatoriamente solucionado.

Entretanto conforme disposto no § 4º do art. 73 da Lei de Licitações, a não emissão do termo circunstanciado e a não realização da vistoria para comprovação da adequação do objeto por parte do DER-ES, implicam na consideração de que os serviços foram realizados, desde que devidamente comunicados à Administração.

Transcrevemos a seguir o art. 73 da Lei de Licitações:

> Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:
>
> I - em se tratando de obras e serviços:
>
> a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;
>
> [...]
>
> § 3º O prazo a que se refere a alínea "b" do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.
>
> **§ 4º Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação a que se refere este artigo não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à Administração nos 15 (quinze) dias anteriores à exaustão dos mesmos.** [g.n.]

Cabe lembrar que, conforme determinado no art. 69 da lei das licitações, o recebimento definitivo da obra não exime a Concessionária Rodovia do Sol da obrigação de reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Com base exclusivamente na análise documental e considerando que a Concessionária Rodovia do Sol S.A enviou ofício ao DER-ES à época da entrega dos serviços, comunicando cada uma das ações realizadas com o objetivo de solucionar os problemas detectados pela fiscalização da obra, e que o DER declarou que os "[...] quesitos foram devidamente atendidos, não restando maiores dúvidas em relação ao atendimento dos itens questionados em vistoria" , acompanho o entendimento técnico e do Ministério Público de Contas e pugno **pelo afastamento do achado de auditoria**.

2.2.15 – Obras executadas com qualidade inferior à contratada

Reproduzimos abaixo o achado de auditoria registrado pela equipe de auditagem no item 2.16 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

> **[QA13]**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 [...]:

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 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[...]

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. 10.850 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. 10.851 e seguintes deste Processo TC 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 (*dezesseis mil, seiscentos e setenta e sete metros*), nada menos que 1.840,00 m (*mil,*

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 contratata 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. 10.853 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**.

No **Contorno de Guarapari**, considerando o estudo de tráfego realizado pela [...] vencedora da Concorrência para Concessão [...] Rodovia do Sol S.A., apresentado em sua Proposta Comercial, inclusa no Anexo IV [...] 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. [...] 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 contratata 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. 10.861 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

dispositivos contratuais transcritos no início desta Seção 2.16, o DER/ES deveria tê-las rejeitado, pois não atendiam aos critérios de qualidade contratuais [...]

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. 10.869 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.

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. 10.878 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 contratata 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.

[...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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, [...] a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

A **Rodosol** apresentou suas razões às fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) em peça subscrita por advogados regularmente[152] constituídos nos autos, onde foram tecidos os argumentos, que seguem analisados adiante.

Além disso, apresenta em anexo às razões apresentadas documento intitulado "Relatório de parecer técnico referente à avaliação da qualidade da obra presente no processo TC 5.591/2010 – Rodovia do Sol" (doc. 17) que aborda os vícios de qualidade apontados no Relatório de Auditoria, que se encontra inteiramente reproduzido na ITC 308/2015 (f. 25.127-25.140).

O DER/ES apresentou suas razões de manifestação às fls. 24.506-24.566 (vol. CXI) encaminhando o Relatório Final da Comissão de Avaliação que trata sobre a anomalia ora analisada nos termos transcritos na ITC 308/2015, f. 25140-25.149).

A **ARSI** encaminhou seus argumentos [...] fls. 18.458-18.491 (vol. LXXXIII), entretanto, não se manifestou acerca do presente achado de auditoria em específico.

Apenas sustentou não ser legalmente responsável por atos praticados referentes ao procedimento licitatório, nos termos da alínea 'n' da Cláusula XXIII do Contrato de Concessão 1/98 e do Terceiro Termo Aditivo de Contrato, que operou a sub-rogação do Contrato do Departamento de Estradas de Rodagem - DER-ES para a ARSI.

Complementou que não é sucessora legal do DER-ES e, portanto, qualquer manifestação da ARSI sobre procedimentos licitatórios seria destituída de lastro fático e probatório. Conclui que:

> Assim sendo entendemos que não compete a esta autarquia responder ou prestar esclarecimentos sobre os achados de auditoria apontados no presente processo, cujos

[152] Instrumento procuratório à fl. 14.291 (vol. LXIV).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> fatos e/ou atos tenham ocorrido antes de 16/04/2010, assim discriminados: 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.8, 2.9, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17.

Diz ainda não possuir atribuição de extinção do contrato administrativo em comento, de forma que não lhe caberia cumprir com sugestão de encaminhamento do relatório de auditoria. Relata que não é Poder Concedente, possuindo apenas algumas de suas atribuições, nos termos dos artigos 6º e 9º da Lei Complementar Estadual 477/2008 que tratam das competências delegadas à Agência Reguladora estadual.

Argumentou que sua atuação é limitada 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". Assim, não possuiria prerrogativas de extinção do contrato, concluindo ser o agente incompetente para sua prática.

Análise da ITC 308/2015:

A análise detalhada das alegações apresentadas pela Concessionária e pelo DER-ES encontra-se no Apêndice Q (e respectivas seções Q.1, Q.2 e Q.3) desta Instrução (ITC 308/2015)

Como resultado da referida análise concluiu-se que:

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

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Tal conclusão fundamenta-se pelos seguintes aspectos (transcritos da seção Q.1 do Apêndice Q):

[...]

Questão inicial (e paradoxal) observada é que não obstante a Concessionária ataque a obrigatoriedade de cumprimento das normas técnicas, fundamenta suas alegações (que serão discutidas uma a uma) em manuais do DNIT que têm por base essas mesmas normas.

Quanto à afirmativa de que "as normas de engenharia não de constituem lei" é imperioso destacar o que dispõe a Lei 8.888/93 sobre o tema:

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

...

VI – **adoção das normas técnicas**, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; (grifamos)

Além disso, a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) estabelece:

Art. 39. **É vedado** ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

...

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou **serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes** ou, se normas específicas não existirem, **pela Associação Brasileira de Normas Técnicas** ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); (g.n).

Não obstante a falta de indicação pela defesa da página referenciada, procuramos e não encontramos o primeiro trecho abordado pela Concessionária referenciado no Manual de Projeto Geométrico de Rodovias Rurais do DNIT, que transcrevemos abaixo:

Em alguns casos especiais, **poderá se tornar necessário empregar valores inferiores aos recomendados**, à luz das circunstâncias locais.

Essa decisão, bem como os valores então a adotar, deverão ser cuidadosamente ponderados, objetivando encontrar a solução de compromisso entre as exigências de projeto e as restrições físicas ou econômicas.

Analisando o trecho – ainda que não encontrado no Manual referido, apega-se a Concessionária à exceção de supostos "casos especiais" que deveriam ser "cuidadosamente ponderados", a fim de representar "solução de compromisso entre as exigências de projeto e as restrições físicas ou econômicas". Entretanto, do trecho reproduzido, deixou de demonstrar dois aspectos preponderantes à discussão: a) **a necessidade de justificar sua caracterização como caso especial** e b) **a <u>descrição precisa</u> das supostas restrições físicas ou <u>econômicas</u> que teriam sido superadas** com a utilização de valores inferiores aos recomendados.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O aspecto abordado pela Concessionária que supostamente qualificaria os trechos irregulares como "casos especiais" seria "o intuito de se evitar relevante impacto ambiental". Porém, não apresenta nenhuma documentação, estudo ou justificativa que demonstrem **qual o impacto ambiental relevante ocorreria na condição inicial** prevista no PER **frente** aos **benefícios obtidos pela alteração da inclinação das rampas** nos trechos em desconformidade com o estabelecido no PER.

Diante da inexistência de demonstração clara dos relevantes impactos ambientais evitados, o único benefício que se vislumbra é um **ganho financeiro pela concessionária decorrente da execução de rampas fora das condições estabelecidas no PER**, visto que uma menor necessidade de execução de cortes e aterros (greide da rodovia mais próximo da conformação natural do relevo) ocasiona uma redução significativa nos custos de implantação, seja por menor volume de material movimentado, menor necessidade de empréstimo/bota-fora e custos de transporte desses materiais, no mínimo.

Transcrevemos a seguir o segundo trecho abordado pela Concessionária, agora referenciado no Manual de Projeto Geométrico de Travessias Urbanas do DNIT:

Em áreas densamente urbanizadas, as condicionantes urbanísticas restringem de tal maneira o traçado em planta, que muitas vezes o greide resultante deve ser simplesmente aceito. Porém, em áreas de menor densidade e sempre que for viável, as rampas devem ser as mais suaves possíveis. Mesmo assim, **rampas íngremes curtas podem tornar-se necessárias** para diminuir o extensão de obras-de-arte importantes, poupar aquelas existentes ou possibilitar um arranjo mais **favorável** de cruzamentos sucessivos em desnível. Onde não for possível contornar a necessidade de rampas mais íngremes em maiores extensões, deve ser procedido uma análise do capacidade específica para o trecho, objetivando determinar a necessidade de uma faixa de rolamento adicional (g.n).

Verifica-se que o referido Manual do DNIT, com muita inteligência, admite a possibilidade de eventual necessidade de rampas íngremes curtas. Porém, esqueceu de destacar a Concessionária (e o texto é muito claro quanto a isso) que tal situação poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

- **para diminuir o extensão de obras-de-arte importantes**;
- **para poupar aquelas (obras de arte) existentes** ou;
- **para possibilitar um arranjo mais favorável de cruzamentos sucessivos em desnível**.

Ocorre que **os trechos com inclinação irregular apontados pela equipe de auditoria não se enquadram em nenhuma das hipóteses** ventiladas pelo referido Manual, visto que as próprias fotografias dos trechos trazidas pela Concessionária são capazes de ilustrar a inexistência tanto de obras de arte quanto de cruzamentos em desnível.

Nesse sentido, inexiste necessidade de discutirmos a classificação nas rampas irregulares como rampas íngremes curtas, haja vista que, ainda que as fossem, não poderiam ter sido assim executadas, em desconformidade com o PER e com o próprio Manual do DNIT utilizado pela Concessionária em suas alegações.

De forma equivocada, alega a Concessionária não haver irregularidade na ocorrência das referidas rampas íngremes, pois não representariam prejuízo ao usuário da rodovia, o que se comprovaria pelo fato de não haver registros de congestionamentos ou acidentes que possam comprometer a sua segurança e capacidade viária. Entre as exigências estabelecidas no PER encontra-se o enquadramento da rodovia na classe I.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

A adequação da rodovia ao padrão estabelecido no PER não se resume a inexistência de registros de congestionamento ou acidentes, mas **indispensavelmente a adequação das declividades longitudinais em inclinação máxima de 4% (quatro por cento), o que não se observou em, ao menos, 17 (dezessete) trechos. [g.n.]**

Questiona a Concessionária a consideração do prolongamento a vante e a ré nas extensões das rampas consideradas irregulares pela equipe de auditoria. Nessa linha, apresenta a "Tabela I – Extensões de Rampas Íngremes", que supostamente indicaria a extensão verdadeira dos pontos indicados no Relatório de Auditoria. Sugere que, na verdade, o comprimento total dos trechos irregulares seria de 1.605,00 (mil seiscentos e cinco) metros, ao invés dos 4.100,00 (quatro mil e cem) metros apontados no referido Relatório.

Apesar de apontar divergência em diversos segmentos apontados como irregulares (na Tabela I apresentada a fl. 14.790), a Concessionária apresenta argumentação especificamente para o trecho entre as estacas 389+10 e 404+10, trazendo alegações que não merecem prosperar.

Na verdade, de forma bastante conservadora, a equipe de auditoria admitiu um prolongamento de 2 (duas) estacas (quarenta metros) a vante e a ré dos trechos irregulares. Dizemos conservadora porque quanto maior a inclinação irregular, maior a possibilidade de, por ocasião da conformação do trecho, a intervenção extrapolar este valor previsto. A título ilustrativo (e de forma bem simples para facilitar o entendimento) é muito fácil observar na figura a seguir que é impossível a adequação da inclinação do trecho irregular com intervenção somente no próprio trecho.(Vide desenho de inclinações constantes da ITC 308/2015, f. 25.154).

De toda forma, os trechos que estão fora dos limites de inclinação estabelecidos no PER estão muito claramente definidos pela Equipe de Auditoria, independentemente dos prolongamentos necessários à conformação por ocasião das obras de adequação.

Quanto às reduções em outros 8 (oito) segmentos e exclusão de 1 (um) segmento apontados como irregulares pela equipe de auditoria, não foi apresentada nenhuma fundamentação para tal, se limitando a meras alegações sem dados comprobatórios.

Diante de todo o exposto, opinamos pela manutenção das constatações da equipe de auditoria, qual seja, diversos trechos em desacordo ao que estabelece o PER, caracterizado por 2.260,00 m (*dois mil, duzentos e sessenta metros*) de desconformidade numa extensão total de 10.900,00 m (*dez mil e novecentos metros*) do trecho "Setiba – Rodovia Jones dos Santos Neves" (correspondente a 20,73%), em pista dupla, mais 1.840,00 m (*mil, oitocentos e quarenta metros*) em 16.677,00 m (*dezesseis mil, seiscentos e setenta e sete metros*) do trecho "Rodovia Jones dos Santos Neves – Meaípe" (correspondente a 11,03%), essa em pista simples.

[...]

O primeiro argumento apresentado pelo DER, refere-se ao acréscimo de 80 (oitenta) metros no cálculo da extensão de cada rampa, tema já analisado acima em decorrência das alegações apresentadas pela Concessionária.

Outra questão abordada no Relatório Final da Comissão de Avaliação do DER refere-se a topografia. Alega o DER: que o trecho entre Setiba e Meaípe caracteriza-se por topografia fortemente ondulada; que exigências dos órgãos de controle de meio ambiente à época "podem ter ocasionado" alterações nas rampas dos pavimentos; que a Concessionária solicitou ao DER autorização para mudança no parâmetro da geometria do trecho do contorno de Guarapari definindo a adoção de rampas de até 6% em razão da topografia "fortemente ondulada a montanhosa"; que o próprio DER

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

aprovou a alteração sob o argumento de amenizar os impactos ambientais. Sobre os aspectos ambientais transcreve texto sugerido na 5ª Reunião Extraordinária do CONREMA V – constante da licença de instalação da obra do contorno de Guarapari.

Com relação a topografia, destaque-se em primeiro plano a clareza do PER (volume II – Tomo 2, item 1, subitem 1.2.1) ao tratar do tema (conforme já destacado pela equipe de auditoria), definindo que "[...] o **contorno rodoviário** ora proposto percorre em toda a sua extensão a zona de **planície costeira**, explorando as condições favoráveis oferecidas pelos seus vales de fundo chato e suas encostas de pequenas declividades".

Observe que enquanto a equipe de auditoria defende a condição de relevo descrita tão claramente no PER como de planície costeira, o **DER, autor do referido PER**, rebate as constatações da equipe de auditoria alegando tratar-se **claramente** de topografia fortemente ondulada.

Não obstante a incongruência acima descrita, as fotografias dos trechos irregulares trazidas pela própria Concessionária em suas alegações (fl. 14.789, volume LXVI) demonstram de forma cabal (consubstanciada pelas características de corte e aterro visualizadas) que **os trechos irregulares não estão localizados em locais de topografia fortemente ondulada,** muito menos todo o trecho Setiba-Meaípe, conforme afirma o DER.

Uma segunda questão abordada pelo DER refere-se à suposta vinculação dos trechos irregulares com exigências ambientais. Porém, assim como já abordado nas alegações da Concessionária, não apresenta nenhuma documentação, estudo ou justificativa que demonstrem **qual o impacto ambiental relevante ocorreria na condição inicial** prevista no PER **frente** aos **benefícios obtidos pela alteração da inclinação das rampas** nos trechos em desconformidade com o estabelecido no PER.

Com o intuito de demonstrar eventual ligação das inclinações irregulares observadas com aspectos ambientais, reproduz o seguinte trecho sugerido na 5ª Reunião Extraordinária do Conselho Regional de Meio Ambiente – CONREMA V e constante da licença de instalação da obra do contorno de Guarapari:

Com a finalidade de manter a comunicação dos ecossistemas de mata atlântica e manguezal no trecho delimitado como sendo de mata/alagado, alternativa 01, contida à folha 3/16 do anexo 01 do EIA, **deverá a rodovia ser construída em tantos elevados quantos forem necessários**, **permanecendo a comunicação da fauna, topografia e as condições mínimas para a flora**. Esta solução deverá ter o projeto previamente aprovado pela SEAMA (grifo nosso)

Ora, o trecho destacado não guarda nenhuma relação com a irregularidade ora tratada, ou seja, não se verifica justificativa para execução de trechos com inclinação irregular. Pelo contrário, sugere solução muito mais custosa, qual seja, a construção de elevados para não interferir na comunicação da fauna e flora. Nesse sentido reforça-se o já observado quando da análise das alegações da Concessionária de que o único benefício que se vislumbra é um **ganho financeiro pela concessionária decorrente da execução de rampas fora das condições estabelecidas no PER**, visto que, se uma menor necessidade de execução de cortes e aterros (greide da rodovia mais próximo da conformação natural do relevo) já ocasiona uma redução significativa nos custos de implantação, seja por menor volume de material movimentado, menor necessidade de empréstimo/bota-fora e custos de transporte desses materiais, imagine-se em relação a execução de elevados (estruturas em concreto armado muito mais custosas).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Por fim, ao afirmar que "não foi possível efetuar o levantamento documental e topográfico [...] e verificar, um a um, os critérios adotados por ocasião da execução da obra", corrobora o DER sua deficiência, enquanto titular, na fiscalização do contrato de Concessão, haja vista tais verificações deveriam compor obrigatoriamente seu acervo documental de recebimento e fiscalização das obras componentes do sistema.
>
> Diante de todo o exposto, opinamos pela manutenção das constatações da equipe de auditoria, qual seja, diversos trechos em desacordo ao que estabelece o PER, caracterizado por 2.260,00 m (*metros*) de desconformidade numa extensão total de 10.900,00 m (*metros*) do trecho "Setiba – Rodovia Jones dos Santos Neves" (correspondente a 20,73%), em pista dupla, mais 1.840,00 m [...] em 16.677,00 m [...] do trecho "Rodovia Jones dos Santos Neves – Meaípe" (correspondente a 11,03%), essa em pista simples.

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

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

Tal conclusão fundamenta-se pelos seguintes aspectos (transcritos da seção Q.2):

> Inicialmente registre-se a concordância da concessionária em relação à metodologia utilizada no cálculo do número N adotada pela equipe de auditoria.
>
> Insurge-se [...] a concessionária contra os supostos equívocos no dimensionamento realizado pelo TCEES, quais sejam:
>
> 1- Desprezar a informação do projeto executivo da Rodovia do Sol relativo a determinação dos fatores de veículos:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Alega a concessionária que o fato de a equipe de auditoria não ter tido acesso aos dados que deram origem aos parâmetros apresentados no quadro 12 não implicaria sua inadequação para o dimensionamento do pavimento e que o projeto indica que os fatores de veículos foram obtidos através de dados de pesagem coletados pelo então DNER no ano de 1995.

Na ausência dos parâmetros utilizados para elaboração do projeto executivo da rodovia, um novo dimensionamento "paradigma" foi desenvolvido pela equipe de auditoria e os resultados foram divergentes daqueles constantes no projeto e que não têm fundamentação disponível. Caso o dimensionamento "paradigma" resultasse em dimensionamento compatível com o disposto no projeto, as alegações fariam sentido. **Ocorre que na prática, ao oposto, verificou-se um revestimento subdimensionado**. Portanto, a alegação não pode prosperar.

Conforme relatado pela equipe de auditoria (fl. 10.856, volume XLVI) as memórias justificativas do projeto trazem já calculados os fatores de veículos que supostamente teriam sido utilizados nos seus cálculos, dando suporte ao suposto número N = 3,60 x 10^6, que não dispõe de nenhum demonstrativo que o embase.

A concessionária informa:

O projeto indica que os fatores de veículos (Fv) foram obtidos através de dados de pesagem coletados através de balança dinâmica localizada na BR-101/ES no segmento Vitória- Entrº BR-101/262 constantes no Projeto de Restauração da Rodovia BR-101/ES, subtrecho Entrº BR-262 (A) — Entrº ES-375 (Iconha), executado pelo então DNER no ano de 1995.

Entretanto, mais uma vez, **não apresenta a documentação probatória dos referidos dados de pesagem coletados pelo então DNER que dariam suporte aos fatores de veículos adotados e muito divergentes dos propostos na literatura especializada**. Diz-se "mais uma vez" porque tal carência foi exatamente o que ensejou a necessidade de elaboração de dimensionamento paradigma pela equipe por ocasião da auditoria.

Portanto, a concessionária não conseguiu demonstrar os motivos que a levaram a adotar parâmetros tão divergentes aos da literatura especializada no dimensionamento da rodovia.

Afirma a concessionária que o projeto foi elaborado de acordo com as metodologias da AASHTO e do USACE, adotados pelo DNIT e aprovado pelo DER-ES. Não obstante a possível adoção pela concessionária das metodologias a que se refere (o que não é possível verificar pela apresentação dos valores já calculados, sem as devidas memórias), foram adotados parâmetros inadequados e injustificados que resultaram em subdimensionamento na espessura do revestimento, conforme demonstrado pela equipe de auditoria.

Continua alegando a Rodosol que mesmo que a fonte de informação dos dados de pesagem venha de outro trecho, configura-se por dados mais fidedignos que a consideração sugerida pelo Relatório de Auditoria que constitui na situação mais crítica passível de ocorrer em qualquer trecho, situação recomendada somente quando não há nenhuma informação de pesagem. Ocorre que, até o momento, **de fato não há nenhuma informação de dados de pesagem devidamente comprovada**. Apenas alegações de utilização de fatores de veículos muito divergentes dos indicados pela literatura especializada, sem a memória de cálculo que os geraram, sob a alegação de estarem respaldados em supostos dados de pesagem realizada pelo DNER em 1995 e que até o momento não foram apresentados. Frise-se: **nenhuma documentação que**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

comprove os supostos dados de pesagem, muito menos a demonstração do impacto destes nos fatores propostos pela literatura.

A concessionária relata que a tabela adotada no cálculo apresentado no Relatório de Auditoria remete à seguinte situação: todos os caminhões trafegam com 100% de sua capacidade de carga em ambos os sentidos da rodovia. Julga "aberrante" tal consideração no cálculo do dimensionamento.

Não obstante eventual conhecimento aprofundado da realidade do setor de transporte pelo signatário da defesa ora analisada, especialmente no modal "rodoviário", objeto da presente discussão, não seria incomum tal realidade. Aliás, pode-se afirmar sem nenhum medo de errar, tratar-se do objetivo de todas as empresas neste ramo de atividade: otimização de recursos e maximização de resultados, buscando casar operações de transporte de modo a deslocar veículos levando e trazendo produtos/mercadorias nas suas viagens. A realidade não deve ser o "mundo perfeito", mas na ausência de comprovação da "real" utilização de carga útil, qual o parâmetro deveria ser utilizado? Como utilizar outro valor que não a plena capacidade se não foi comprovado eventual valor real menor? Sabe-se que a realidade não é 100% de sua capacidade, mas sem estudo que demonstre que é 90% ou 60%, ou seja lá qual for, utilizar-se de outro seria assumir um risco de dimensionar um pavimento para uma carga menor que a que se realizará. Registre-se que não é incomum a ocorrência de veículos transportando carga em excesso – superiores a 100% de sua capacidade.

Destaca a concessionária um trecho do Manual de tráfego do DNIT reproduzido a seguir:

Deve-se estar consciente, todavia, das limitações da utilização generalizada dos fatores de veículos tabelados. [...] Assim sendo, recomenda-se o utilização de dados de tráfego coletados para o trecho em análise, pois proporcionarão uma avaliação mais precisa. Para tal, podem ser utilizadas balanças portáteis e automáticas, que oferecem alto grau de flexibilidade na coleta e oferecem dados mais confiáveis.

Insiste na recomendação para utilização de dados de tráfego coletados e não em valores tabelados, porém não traz comprovação dos dados reais supostamente utilizados.

2- Consideração do Fator Climático Regional – FR:
Alega o defendente que o referido fator foi suprimido da metodologia do DNIT há muitos anos, pois sua adoção implica em superdimensionamento da estrutura do pavimento equivalente a 40% no valor final do número N. Fundamenta sua afirmação sob o prisma de que o Índice de Suporte Califórnia – ISC para os materiais que compõem a estrutura do pavimento é determinado em condição de saturação total, que seria a situação mais severa do intemperismo.

Registre-se que, ainda que prosperassem as alegações apresentadas, o número N calculado pela equipe de auditoria assumiria os seguintes valores:

Trecho "Rodovia Darly Santos – Setiba":

N calculado pela equipe de auditoria = $1,87 \times 10^7$

N reduzido em 40% = $\mathbf{1,34 \times 10^7}$

Trecho "Rodovia Darly Santos – Setiba":

N calculado pela equipe de auditoria = $8,80 \times 10^6$

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

N reduzido em 40% = **$6,29 \times 10^6$**

Ocorre **que mesmo que fossem admitidos esses novos valores ao número N dos respectivos trechos valeriam os mesmíssimos resultados alcançados pela equipe de auditoria no dimensionamento do pavimento**.

O discutido Fator Climático tem o objetivo de levar em consideração a influência das condições do clima sobre a capacidade de suporte dos materiais que compõem o pavimento. Nesse prisma, adotar fator igual a 1 (um) implica em admitir que as intempéries não teriam nenhuma influência, ao fato que, quanto maior o fator utilizado maior seria a influência climática.

O documento "Manual de Projeto de Pavimentos Flexíveis" sugere, de forma geral, a adoção de FR = 1,0.

Portanto, admitem-se as alegações apresentadas pela Concessionária relacionadas a adoção de FR = 1,0, destacando a inocuidade do tema, em face de não alteração dos resultados obtidos pela equipe de auditoria com a sua adoção, pelos cálculos acima demonstrados.

[...]

Salienta-se inicialmente que nos permitimos abrir mão de discutir aquelas alegações – em verdade, boa parte delas – que já foram abordadas imediatamente acima por constituírem também alegações apresentadas pela Concessionária, em especial, aquelas relativas à fundamentação do cálculo do número N com base em estudos realizados pelo então DNER (que até o momento não foram apresentados) e sobre a utilização de FR = 1,4 pela equipe de auditoria (admitindo FR = 1,0 não altera o resultado obtido em sede de auditoria).

De inovação, dentre os aspectos abordados pela defesa apresentada pelo DER, resta somente a alegação de que os projetos contidos no PER traziam a informação de que as seções "tipo" de pavimentação seriam de 6 (seis) centímetros, portanto bem inferior aos 10 (dez) centímetros dimensionados pela equipe de auditoria.

Analisando o Anexo III do PER, volume II – Projetos Básicos e Especificações Técnicas (fls. 4.663, volumes XXII e seguintes) verifica-se a seguinte informação:

Por tratar-se de um projeto básico, as espessuras das camadas, misturas dos materiais e outras considerações indicadas nas seções transversais de pavimentação, foram adotadas apenas para efeito dos cálculos exigidos nesta fase de estudos, não sendo necessariamente aquelas a serem definidas pelo projeto final de engenharia.

Nesse contexto, não há nenhuma justificativa para que o próprio autor do PER (DER-ES) afirme em sede de defesa que as espessuras de camadas indicadas por ocasião da licitação eram taxativas, de forma diametralmente oposta ao que se verifica da simples leitura do trecho acima transcrito.

Por último, quanto aos controles tecnológicos (seção Q.3) todas as camadas constitutivas do pavimento, executadas pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, **comprovadamente** (resultados obtidos através de ensaios tecnológicos nos 20 (vinte) pontos investigados pela equipe de Auditoria), **apresentam problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem, o que não atende aos**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

critérios de qualidade contratados pela administração e remunerados pelo usuário.

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

Tal conclusão fundamenta-se pelos seguintes aspectos (transcritos da seção Q.3):

> A equipe de auditoria aborda essencialmente a (des)conformidade do pavimento frente aos controles tecnológicos exigidos pelas normas técnicas, destacando que os documentos editalícios exigiam a observância das mesmas como condição de aceitabilidade das obras.
>
> Nesse sentido, a equipe de auditoria oficiou a Concessionária a fim de obter cópia dos controles tecnológicos produzidos no decorrer da construção, tendo obtido em resposta:
>
> Os documentos estão guardados em local fora da sede da empresa, estamos separando e preparando para entrega dos mesmos a este Tribunal.[g.n.]
>
> Não tendo sido entregues os referidos documentos, foram prospectados 20 (vinte) pontos na extensão dos três trechos construídos para avaliação quanto ao atendimento de alguns parâmetros normativos exigidos, cujos resultados ficaram bem abaixo dos mínimos requeridos.
>
> Alega a concessionária que os locais escolhidos pela equipe de auditoria não foram os mais adequados ou estão em desacordo com as normas técnicas para a retirada de amostras. Passa a dissertar sobre o que alega ser a melhor definição dos pontos de investigação geotécnica.[g.n.]
>
> Inicialmente destaque-se que a Concessionária cuidou de tentar desqualificar a metodologia e resultados obtidos por este Tribunal por ocasião da auditoria. No entanto, **segue não apresentando os resultados dos seus próprios controles tecnológicos** que já estava "separando e preparando para entrega" a este Tribunal por ocasião de solicitação da equipe de auditoria. **Tais resultados** (obviamente atendendo aos parâmetros mínimos estabelecidos), por força do edital e das normas técnicas relacionadas ao tema, **expressariam condição obrigatória para o recebimento das obras** pelo Poder Concedente. E mais, ainda que tivessem sido apresentados tais resultados, haveria a possibilidade de eventual discussão quanto a sua veracidade e confiabilidade.
>
> Segue a Concessionária sugerindo que a equipe de auditoria teria selecionado os pontos de prospecção somente em "áreas degradadas pela ocorrência de deformações plásticas, afundamentos localizados, trilhas de rodas e fissurações elevadas". Entretanto não traz nenhuma comprovação que demonstre sua afirmativa. O que se percebe do relato da equipe de auditoria (e a farta documentação que o fundamenta), ao oposto do que pretende sugerir a Concessionária, é que, em sede de auditoria, objetivou-se uma verificação parcial das normas rodoviárias, prospectando

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

20 (vinte) pontos, ao arbítrio da equipe, nos três trechos construídos (fl. 10.864, volume XLVI). E o resultado obtido foi insatisfatório.

Apesar de afirmar que todos os controles tecnológicos ao tempo de execução da obra foram realizados em atendimento as Normas, a Concessionária não apresenta os respectivos resultados, trazendo somente alguns ofícios (fls. 14.808-14.817, volume LXVI) que supostamente referem-se ao tema ora discutido. Os documentos apresentados tratam apenas de encaminhamentos de "Relatórios de ensaios geotécnicos" relativos aos meses de outubro a dezembro de 1999; janeiro a julho de 2000; março a junho e setembro de 2002. Frise-se que **somente foram trazidos os ofícios**, **sem o encaminhamento dos "relatórios" propriamente ditos** aos quais os ofícios se referem. Sendo assim, não é possível atestar quais e quantos são os ensaios que estariam contidos nesses "relatórios". Além disso, os períodos a que se referem não alcançam todo o período de execução das obras. Na verdade, nem a maior parte dele.

Tais observações, além de passar longe de demonstrar a realização dos devidos controles tecnológicos (menos ainda que os resultados fossem compatíveis com os parâmetros necessários), corroboram as constatações do item 2.13 do Relatório de Auditoria que se refere à deficiência da atuação do DER-ES enquanto fiscalizador da execução das obras, pelo recebimento de serviços sem o cumprimento da condicionante de conformidade dos controles tecnológicos.

Alega, ainda, a concessionária que no resultado da última apuração dos padrões de desempenho definidos no PER somente 3% (três por cento) do trecho apresenta algum desvio em qualquer dos parâmetros de avaliação. Fundamenta suas afirmações nos "resultados da última apuração dos padrões de desempenho definidos no PER — Programa de Exploração da Rodovia".

Importante destacar que, assim como no que se refere ao encaminhamento dos "relatórios de controle tecnológico", **somente foram trazidos os ofícios**, **sem o encaminhamento dos "relatórios de caracterização do pavimento" propriamente ditos**.

Com precisão, foram apresentadas cópias de seis ofícios (fls. 14.903-14.908, volume LXVII), conforme resumo a seguir:

- CT/DIR/OP/GE/473/2001 datado de 17/12/2001, que trata de relatório dos trabalhos de campo para "Inventário de estado do pavimento da terceira ponte e da Rodovia do Sol – Km 0 a 40", realizado em outubro de 2001. Verifica-se que o ofício não contém assinatura do responsável pela elaboração;
- CT/DIR/PRES/074/2004 datado de 12/02/2004, que trata de relatório preliminar de caracterização do pavimento existente e também o projeto de pavimentação de toda a extensão da rodovia. Verifica-se que o ofício contém assinatura do Sr. Mauro A. Guerreiro, diretor administrativo da Concessionária Rodovia do Sol S/A;
- CT/DIR/PRES/267/2006 datado de 27/09/2006, que trata de relatório de caracterização do pavimento existente e também de projeto de restauração do pavimento existente. Verifica-se que o ofício contém assinatura do Sr. Mauro A. Guerreiro, diretor administrativo da Concessionária Rodovia do Sol S/A;
- CT/DIR/PRES/084/2008 datado de 05/05/2008, que trata de relatório de caracterização do pavimento existente. Verifica-se que o ofício contém assinatura do Sr. Geraldo Caetano Dadalto, diretor de operações da Concessionária Rodovia do Sol S/A;
- CT/DIR/PRES/006/2011 datado de 14/01/2011, que trata de relatório de caracterização do pavimento existente. Verifica-se que o ofício contém assinatura do Sr. Geraldo Caetano Dadalto, diretor de operações da Concessionária Rodovia do Sol S/A;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- CT/DIR/PRES/144/2012 datado de 22/05/2012, que trata de relatório de caracterização do pavimento existente. Verifica-se que o ofício contém assinatura do Sr. Geraldo Caetano Dadalto, diretor de operações da Concessionária Rodovia do Sol S/A;
  Em que pese o não encaminhamento dos "relatórios de caracterização do pavimento existente, a equipe de auditoria teve acesso a dois destes documentos, datados de fevereiro de 2006 e abril de 2012 e encaminhados, respectivamente, pelo DER-ES e pela ARSI, em resposta aos ofícios encaminhados com solicitações de documentos.

  O conteúdo dos referidos "relatórios de caracterização do pavimento existente" já foram, portanto, objeto de análise pela equipe de auditoria no apêndice D.11 do Relatório de Auditoria (fls. 10.580-10.588, volume XLV), que trata dos investimentos previstos a título de conservação especial, tendo chegado as seguintes conclusões:

  Adotando a metodologia descrita na Seção B.9, Apêndice B, a partir das fls. 10.563 deste Processo TC 5591/2013, a Equipe de Auditoria, com o intuito de identificar com precisão **quais**, **onde** e **quando** eventuais intervenções possam ser creditadas à esta conta, bem como para subsidiar a avaliação do valor paradigma das obras e serviços realizados a título de conservação especial, solicitou às pessoas envolvidas os respectivos projetos de infraestrutura para "Conservação Especial" (incluindo plantas baixas, cortes, seções e detalhes) e memoriais demonstrativos dos custos unitários e globais avaliados, no caso, a ARSI (Ofício nº. 1/2013, em 15 de agosto de 2013), o DER/ES (Ofício nº. 2/2013, em 15 de agosto de 2013) e, em duas oportunidades, a própria Concessionária Rodovia do Sol S.A. (Ofício nº. 3/2013, em 15 de agosto de 2013, e Ofício nº. 8/2013, em 12 de setembro de 2013).

  Em resposta ao Ofício nº. 3/2013 da Equipe de Auditoria, a **Concessionária Rodovia do Sol S.A.** assim se manifestou:

  Quanto aos demais itens **não os possuímos** e alvitramos que os mesmos possam ser localizados nos elementos informativos aos quais nos reportamos linhas acima ou ainda junto aos órgãos jurisdicionados desse Tribunal de Contas (grifo nosso).

  Devemos registrar que, nesse expediente, a Concessionária encaminhou ao TCEES somente os seguintes documentos: i) o projeto *"as built"* relativo à duplicação e prolongamento da Rodovia do Sol; ii) a planilha dos custos relativos a esse projeto *"as built"*; iii) os projetos executivos de obras de arte especiais, do complexo da praça de pedágio na Praia do Sol, do posto geral de fiscalização e dos postos de serviço de atendimento aos usuários.

  Com relação ao Ofício nº. 8/2013 da Equipe de Auditoria, a Concessionária Rodovia do Sol S.A. se manifestou do seguinte modo:

  Documentos comprobatórios de realização de **serviços de recuperação e conservação**: Os documentos estão guardados em local fora da sede da empresa, estamos separando e preparando para entrega dos mesmos à este Tribunal.

  Ainda com relação ao Ofício nº. 8/2013 da Equipe de Auditoria, respondeu:

  Documentos comprobatórios de realização de **serviços de recuperação e conservação**: Estamos encaminhando os relatórios de **conserva e manutenção** referentes aos meses de Agosto e Setembro/2013.

  Por sua vez, dentre os cinco expedientes encaminhados, pelo DER/ES, ao TCEES a esse propósito, a Equipe de Auditoria não identificou nenhum documento que pudesse ser caracterizado como os então solicitados, quais sejam, **projetos de infraestrutura para conservação especial e memoriais demonstrativos dos custos unitários e globais avaliados**, exceto um, denominado "*Relatório de Caracterização do*

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Pavimento Existente", providenciado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., datado de fevereiro de 2006, porém, não havendo nele nenhum indicativo que denotasse os resultados expostos à definição de "Conservação Especial" (a explicitada no Edital e corroborada na proposta da Concessionária), qual seja, a indicação da necessidade de obras e serviços em decorrência do término da vida útil de parcelas componentes do sistema viário.

Nesse particular, valem as mesmas considerações apresentadas a seguir, produto da análise da Equipe de Auditoria referente às manifestações da ARSI nesse mesmo propósito.

A **ARSI**, por sua vez, num primeiro momento, garantiu que *"(...) esta agência não possui nenhum dos documentos solicitados (...)"*. Entretanto, na oportunidade de resposta ao Ofício nº. 7/2013 da Equipe de Auditoria, mencionou o acompanhamento e a fiscalização da execução de serviços de **recuperação do pavimento**, adstritos a um "*Relatório de Caracterização do Pavimento Existente*", providenciado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A., datado de abril de 2012, nos mesmos moldes daquele encaminhado pelo DER/ES, que talvez pudessem estar correlacionados à questão da "Conservação Especial".

Observe que, tal qual no relatório encaminhado pelo DER/ES, também não há nesse da Concessionária, nem nos elementos de acompanhamento e fiscalização da ARSI, nenhum indicativo que denotasse tais serviços à já citada definição de "Conservação Especial" (aquela explicitada no Edital e corroborada na proposta da Concessionária Rodovia do Sol S.A.).

Para tanto, relembra-se que o PER estabeleceu um rol de métodos, padrões e parâmetros. Todavia, à luz das informações ofertadas à Equipe de Auditoria, alguns não foram observados, como exemplo (para "*pavimento*"):

1. Condições de Conforto:

Os levantamentos de irregularidades **deverão** obedecer pelo menos aos procedimentos e às especificações das seguintes Normas Rodoviárias:
[...]
DNER 164/85 - Calibração e controle de sistemas medidores de irregularidades tipo Resposta (os trechos de calibração deverão ser aprovados pelo DER).
Entretanto, não há nenhum indicativo no relatório da Concessionária, nem nos elementos de acompanhamento e fiscalização da ARSI, da realização da referida calibração, assim como também não há registros da aprovação dos trechos a serem utilizados.

2. Condição Deflectométrica:

As deflexões recuperáveis **devem** ser determinadas em todas as faixas de tráfego, (...)
No caso de utilização do "FWD" deverá ser aplicada uma carga de 40 KN.
A definição dos limites dos subtrechos homogêneos **deverá** (...):
[...]
A extensão máxima admitida para os subtrechos homogêneos **será** de 1.500 m.
[...]
A condição a ser exigida para a Vida Remanescente ao final do 25º ano de operação do sistema Rodovia do Sol será:
VR > 6 anos
VR - DP > 3 anos
Onde:
VR - Vida Remanescente Média Global do pavimento ponderada pelas extensões dos subtrechos homogêneos.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

DP - Desvio Padrão.
Porém, também quanto a este ponto, não há nenhum indicativo no relatório da Concessionária, nem nos elementos de acompanhamento e fiscalização da ARSI, da utilização do "FWD" com carga aplicada de 40 KN (*quarenta kilonewtons*) e da extensão máxima de 1.500 m (*mil e quinhentos metros*) para os subtrechos homogêneos, assim como também não há registros sobre o cálculo da Vida Remanescente.

3. Condições de Segurança:

Deverão ser obedecidas as normas britânicas HD 15/87 e HD 36/87 do Departamento de Transportes de Londres.
[...]
Macrotextura: altura de areia (HS), medido através do ensaio de Mancha de Areia (...)
[...]
Coeficiente de Atrito: valor da resistência a derrapagem medido pelo Pêndulo Britânico (...)
Também aqui, não há nenhum indicativo no relatório da Concessionária, nem nos elementos de acompanhamento e fiscalização da ARSI, da realização dos referidos ensaios, assim como também não há referência às normas britânicas.

Reportando-se novamente ao já referido Quadro 2 observa-se que, em se tratando da disciplina "*pavimento*", dentre as quatro condições a serem monitoradas (superfície; conforto; deflectometria; segurança), esses relatórios encaminhados pelo DER/ES e pela ARSI, quando muito, talvez satisfizessem a contento quanto à condição "*superfície*", ainda assim em completo descompasso com a periodicidade anual estabelecida, ou seja, a produção de somente dois monitoramentos num mínimo de quatorze requeridos. Portanto, menos de 15% (*quinze por cento*).

Ademais, tendo-se sempre em vista a definição contratual de que *"conservação especial se constitui em obras e serviços de maior porte ou complexidade técnica necessárias de maneira geral em decorrência do término da vida útil"*, eventuais intervenções decorrentes de soluções inadequadas de engenharia, falhas de projetos, vícios construtivos e/ou desconformidades técnicas, definitivamente não podem ser computadas a esse rótulo, até porque a Equipe de Auditoria não encontrou nenhuma ressalva, nessa linha, em nenhum dos documentos editalícios. Da mesma forma, e tão importante quanto, quando o produto entregue não corresponde com fidelidade ao licitado, ofertado e contratado.

Nesse mister, no Apêndice Q deste Relatório de Auditoria, fls. 10.850 e seguintes, onde é apresentada a **Avaliação da qualidade das obras, os controles tecnológicos demonstram que, em se tratando do pavimento, todas as camadas apresentam problemas desta natureza**, por exemplo:[g.n.]

- **Capa asfáltica**: Em 95% (*noventa e cinco por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, a medida da "Espessura" apresentou valores inferiores à mínima requerida;

- **Base**: i) Em 85% (*oitenta e cinco por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Granulometria" apresentaram valores além dos limites máximos e mínimos estabelecidos em norma técnica; ii) Em 10% (*dez por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Índice de Suporte Califórnia" apresentaram valores inferiores ao mínimo estabelecido em norma técnica; iii) Em 20% (*vinte por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Grau de Compactação" apresentaram valores inferiores ao mínimo estabelecido em norma técnica;

- **Sub-base**: i) Em 50% (*cinquenta por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Índice de Suporte Califórnia" apresentaram valores inferiores ao mínimo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

estabelecido em norma técnica; ii) Em 55% (*cinquenta e cinco por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Grau de Compactação" apresentaram valores inferiores ao mínimo estabelecido em norma técnica;

- **Subleito**: i) Em 89,5% (*oitenta e nove por cento e cinco décimos por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Índice de Suporte Califórnia" apresentaram valores inferiores ao mínimo estabelecido em norma técnica; ii) Em 21% (*vinte e um por cento*) dos pontos prospectados pelo TCEES, os ensaios de "Grau de Compactação" apresentaram valores inferiores ao mínimo estabelecido em norma técnica.

Para se ter ideia da importância dos controles tecnológicos, o "Índice de Suporte Califórnia" é o ensaio através do qual se conhece a perda de resistência dos solos com a sua saturação. Ademais, o que foi licitado, ofertado, contratado, e, acima de tudo, o que vem sendo remunerado ao longo da execução contratual, deveria estar em perfeita conformidade com as normas técnicas.[g.n.]

Então, **em sede de auditoria, tem-se que o pavimento executado pela Concessionária nas obras rodoviárias comprovadamente apresenta problemas de ordem técnica de engenharia, desde a sua origem,** comprometendo-o sobretudo do ponto de vista contratual, inclusive prejudicando o seu recebimento por parte do Poder Concedente.[g.n.]

Nesse sentido, as ressalvas apresentadas pela equipe de auditoria quanto aos Relatórios de Caracterização do Pavimento Existente referentes a fevereiro de 2006 e abril de 2012 (sendo este último inclusive o que tem os resultados utilizados pela defendente para supostamente demonstrar a qualidade atual do pavimento) demonstram que os mesmos não atendem aos métodos, padrões e parâmetros estabelecidos no PER.

Reitere-se que tais observações, além de passar longe de demonstrar a realização dos devidos controles tecnológicos (menos ainda que os resultados fossem compatíveis com os parâmetros necessários) bem como da verificação dos parâmetros de desempenho estabelecidos no PER, corroboram as constatações do item 2.13 do Relatório de Auditoria que se refere à deficiência da atuação do Poder Concedente, pelo recebimento de serviços sem o cumprimento da condicionante de conformidade dos controles tecnológicos e dos métodos, padrões e parâmetros estabelecidos no PER.

[...]

Salienta-se inicialmente que nos permitimos abrir mão de discutir aquelas alegações que já foram abordadas imediatamente acima por constituírem também alegações apresentadas pela Concessionária, em especial, aquelas relativas ao último controle deflectométrico do pavimento realizado em 2012 (Relatório de caracterização do pavimento existente) e sobre a utilização somente de pontos críticos para realização dos ensaios (e em número reduzido – alegação que também não merece prosperar, haja vista tratar-se de amostra de auditoria e não de acompanhamento de execução, que deveria ter sido realizado pelo DER-ES ao tempo da obra).

De inovação, dentre os aspectos abordados pela defesa apresentada pelo DER, restam: a alegação de que os normas utilizadas pela equipe de auditoria não constam do rol de normas estabelecidas no PER; algumas argumentações que comprometeriam os resultados dos ensaios relacionadas aos materiais do sub-leito, da sub-base e da base.

Quanto à primeira alegação, vejamos a abordagem da equipe de auditoria:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Pesquisando-se nos documentos editalícios, como já referido, encontra-se na Cláusula LXV, item 19, do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, **como condição de aceitabilidade das obras, a necessidade de atendimento às normas técnicas do "DER/ES" ou da "ABNT"**. Apesar do insucesso da Equipe de Auditoria em identificar nestes documentos, de forma explícita, se o DER/ES dispunha de normas próprias, **pode-se deduzir, com razoabilidade, que essas seriam as do DNER**, em vista do que consta, **por exemplo**, no Anexo III – Programa de Exploração de Rodovias, Volume IV – Descrição das Funções de Operação, de Conservação, de Ampliação e de Recuperação.

Verifica-se que o PER não é exaustivo na indicação das normas técnicas de referência. Nesse sentido, as normas utilizadas pela equipe de fato são adequadas ao que está previsto no PER.

O DER-ES apresenta algumas argumentações que comprometeriam os resultados dos ensaios relacionadas aos materiais utilizados nas camadas de sub-leito, sub-base e base (componentes da estrutura do pavimento).

Com relação à camada de subleito, alega o DER-ES que:

O subleito é o material existente na camada final do aterro e dos cortes. Verificando a Tabela 119 (Resumo dos resultados de diversos ensaios para controle tecnológicos) apresentada no Relatório do TCEES, constata-se que a Equipe de Auditores trabalhou com ensaios do subleito compactados corn energia 100% do Proctor Normal, energia inferior à definida no Projeto Executivo, acarretando em outra densificação, grau de compactação e menor Índice de Suporte Califórnia.

Verifica-se inicialmente que o DER-ES **não trouxe** junto as alegações **a documentação que demonstre qual a energia definida pelo projeto executivo**. Alega que a eventual utilização de energia inferior nos ensaios realizados por ocasião da auditoria acarretariam em outra densificação, grau de compactação e menor Índice de Suporte Califórnia.

Não merece prosperar tal alegação. Na verdade, a eventual utilização de energia menor nos ensaios recentes acarretaria exatamente o oposto do que pretende alegar o DER-ES. Aferir o grau de compactação pelo Proctor Normal quando o projetado seria supostamente uma energia maior, é uma conta mais que conservadora. Não obstante tal assertiva, verifica-se que a energia de compactação indicada no projeto executivo para os materiais do sub-leito é de proctor normal.

Com relação à camada de sub-base, alega o DER-ES que:

A mesma situação se repete para sub-base. O Projeto Executivo definiu o ISC mínimo para camada de sub-base = 20% e definiu que deve ser determinado segundo DNER-ME 129/94. Nesta norma constam 3 (três) métodos de compactação com energias distintas e consequentemente deve ser utilizada aquele que resulta um ISC para sub-base = 20%.

A conclusão do Relatório do TCE ES descreve que com utilização da energia de compactação do Proctor Intermediário não resulta no ISC = 20%, mas não se pode concluir que foi esta energia utilizada durante a execução da obra.

A premissa da equipe de auditoria foi exatamente a sugerida pelo DER-ES, qual seja, o projeto executivo definiu ISC mínimo para a camada de sub-base de 20% (vinte por cento). Também na mesma esteira das alegações apresentadas, constata-se que os ensaios dos materiais de sub-base foram realizados observando a norma DNER-ES 301/97 – Pavimentação – sub-base estabilizada granulometricamente. Trata-se da

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

especificação de serviço (componente "ES" da nomenclatura da norma) que define, entre diversos outros e de acordo com o que se busca, o Método de Ensaio DNER-ME 129/94 – Solos – compactação utilizando amostras não trabalhadas. Portanto, a metodologia utilizada nos ensaios realizados ao tempo da auditoria observaram a metodologia sugerida pelo DER-ES.

Por fim, quanto à camada de sub-base, tanto a **energia especificada no projeto** quanto as **utilizadas nos ensaios realizados durante a auditoria** (executados pelo próprio DER-ES e encaminhados à equipe de auditoria através do Ofício Nº 0118/2014-DER-ES/DG, fls.13.589-14.043, volume LX-LXII) foi de **Proctor Intermediário**. Nesse sentido, **não há nenhum fundamento na alegação de que "não se pode concluir que foi esta energia utilizada durante a execução da obra"**.

Com relação à camada de base, alega o DER-ES que:

Já no que tange à granulometria da camada de base, e considerando que o material vem sofrendo ao longo de 16 (dezesseis) anos a energia de compactação, no caso Proctor Modificado, a maior energia especificada na DNER-ME 129/94, intemperismo e ação do tráfego, entendemos ser razoável que haja alteração desta granulometria, principalmente em função dos materiais pétreos encontrados no Estado do Espírito Santo, que possuem resultados de A desgastes Los Angeles mais elevados.

Outra situação que também altera a granulometria é o bombeamento de finos da camada em função do trincamento, até a execução do serviço de selagem.

Em tese, poderia fazer sentido à alegação apresentada em relação à granulometria do material da base, desde que atendida premissa que não se verifica no caso concreto em análise, qual seria: ter atingido toda a vida útil com a ocorrência de todo o tráfego estimado no projeto. Ainda assim, seria indispensável à apresentação dos ensaios realizados ao tempo da obra para confirmar a procedência das alegações. Como já dito, apesar de solicitada, **a documentação relativa aos ensaios tecnológicos realizados ao tempo da obra não foi apresentada**. Diante disso, trata-se de mera especulação atribuir a péssima condição de granulometria dos materiais componentes das camadas de base do pavimento (confirmada através dos ensaios realizados) à ação do tempo, tráfego ou intemperismo.

Além de todo o exposto, na presente situação, os resultados obtidos são muito ruins: em relação a granulometria, somente 3 (três) entre 20 (vinte) resultados enquadraram-se em uma das faixas estabelecidas pelo DNIT, sendo 2 (dois) deles na pior das faixas (D). Não obstante a impossibilidade de abordar a granulometria de forma isolada dos demais resultados obtidos que impõem a classificação dos materiais como de qualidade muito ruim para as finalidades utilizadas.

Alega o DER-ES "ser razoável que haja alteração desta granulometria, principalmente em função dos materiais pétreos encontrados no Estado do Espírito Santo, que possuem resultado de A desgastes Los Angeles mais elevados", sugestão totalmente desprovida de fundamentação, haja vista não ter apresentado nenhum estudo ou fundamentação técnica que atribuísse alguma credibilidade a afirmação.

A última alegação trata de suposta alteração da granulometria pelo bombeamento de finos em função do trincamento, até a execução do serviço de selagem. Entenda-se: **afirma o DER-ES que eventuais trincamentos ocorridos no pavimento demoram um tempo tal para serem corrigidos que possibilitam o bombeamento de finos e consequente alteração da granulometria, ou seja, comprometem a qualidade do pavimento**. O que por si só configura-se inadmissível.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> Também não demonstra tecnicamente a ligação entre esse suposto bombeamento de finos com o comprometimento da granulometria do material.

A única alegação trazida pela Concessionária e não discutida nos Apêndices Q.1, Q.2 e Q.3 desta Instrução é a que se refere à pesquisa de satisfação. Sobre esse ponto é imperativo destacar que a análise realizada no âmbito deste processo teve por parâmetros as normas e legislações aplicáveis ao tema (consubstanciadas pelo PER). Sob este aspecto, não se pode considerar como parâmetro de aferição da qualidade do pavimento o resultado de pesquisa de satisfação contratada pela Concessionária (fls. 14.744-14.827, volume LXVI). Abstendo-se de questionar a validade dos resultados ali sugeridos, poderiam derivar-se de outros pontos positivos decorrentes das intervenções realizadas na rodovia, que, de modo algum, guardam relação direta com a qualidade do pavimento propriamente dita (por exemplo: a realização de pista dupla no trecho da interseção com a Rodovia Darly Santos até o trevo de acesso à Setiba; a realização do contorno de Guarapari; etc.). O fato é que a Rodovia não atende aos parâmetros mínimos de qualidade exigidos pelo PER.

Muito importante reproduzir, com destaque, que **embora a entrega de obras que não atendam à qualidade contratada seja um evento causador de desequilíbrio do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 do DER/ES, nesta Instrução Técnica Conclusiva (especialmente, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro realizada nesta Instrução Técnica Conclusiva) ela não foi uma das ocorrências consideradas e tal montante não está contido na irregularidade descrita no item 3.17**. Portanto, a eventual realização dessas intervenções indispensáveis à adequação da rodovia aos parâmetros mínimos de qualidade exigidos no PER não alteram os valores paradigmas admitidos nesta Instrução Técnica Conclusiva. Isto porque os valores paradigmas foram obtidos pela equipe de auditoria tomando por base as obras efetivamente realizadas, como se dentro dos parâmetros exigidos estivessem, o que não se verificou.

Rememoramos que quando do exame do item 3.1 [...] Instrução Técnica Conclusiva, reconheceu-se que a ARSI não é responsável por fatos relacionados

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido obrigações e direitos em sub-rogação ao DER/ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea "d" da Cláusula XXIII do ajuste, **a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de <u>alteração do contrato e extinção da concessão</u>**.

Entretanto, o próprio Relatório reconhece que a pretensão punitiva deste TCEES em relação ao senhor Altamiro Thomaz encontra-se extinta em razão do advento do fenômeno prescricional.

Na mesma linha é o entendimento ora exarado, devendo ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação a possível penalidade que poderia ser imposta ao agente responsável pela anomalia aqui tratada [...]

Pelo exposto, a ITC 308/2015 (item 3.15) sugere que este Egrégio Tribunal de Contas:

a) **declare, [...] a prescrição da pretensão punitiva com relação ao senhor 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;

b) **Caso este E. Tribunal de Contas, acolhendo o propugnado nos itens 3.1; 3.2; 3.4 e 3.5 desta Instrução Técnica Conclusiva, determine à ARSI a anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998, [...] opina-se para que o Plenário desta Corte de Contas DETERMINE para que**: i) o **DER/ES,** no prazo de 180 (cento e oitenta) dias 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 1/98, 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 1/98**;**

c) Caso este E. Tribunal de Contas não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), [...] **DETERMINAR que a ARSI**, com o suporte do **DER/ES**, tome as medidas previstas 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 1/98, ressaltando que tais obras e serviços a serem exigidos da Concessionária não lhe conferem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que os parâmetros de qualidade foram contratadas originalmente e deveriam ter sido adimplidos pela empresa concessionária.

Justificativas apresentadas na 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 [...] sustentação oral, carreou os esclarecimentos que foram novamente analisados pela área técnica, conforme Manifestação Técnica, nos seguintes termos:

Análise da MT 516/2017:

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **a área técnica mantém, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.15 da ITC 308/2015**.

2.2.16 – Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio

Segue adiante a síntese do achado de auditoria registrado pela equipe de auditagem no item 2.17 do Relatório de Auditoria RA-E 10/2014 (fls. 10.302-10.888, vols. XLIV e XLV):

> **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**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

ser cobrada na praça de pedágio localizada na Praia do Sol (quando satisfeitas as condições previstas no Edital).

[...] tendo em conta [...] o modelo 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**.

[...] pode-se afirmar que, com base no narrado no achado de auditoria relatado na Seção 2.2 deste Capítulo 2, f. 10.358 e seguintes, **não existem estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento que reflitam as condições definidas pelo Edital** de Concorrência Pública [...] nº. 1/**1998**.[g.n.]

[...] naquele ponto deste Relatório de Auditoria, com as adequações necessárias para atualizá-lo às condições do Edital de Concorrência [...] 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, f. 2.229 a 2.242, 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. 10.676 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.

[...] 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.[g.n.]

É aqui relevante a informação, contida no Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira para Concessão da Rodovia do Sol (ES-060), às fls. 2.237 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*)**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

[...] 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. 10.676, 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. 2.237 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. 2.237 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. (*dezesseis 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, f. 10.686 [...] 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. 10.704, e seguinte, e às fls. 10.706, e seguinte.

[...] **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**.

[...] por um lado, conforme apresentado na Seção L.5 do Apêndice L deste Relatório de Auditoria, fls. 10.687 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 (*dezessete 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 dois centavos de real*)**, conforme Quadros 2A, 2C, 13 e 14, apresentados, respectivamente, na Tabela 58 (fls. 10.708 e seguinte), na Tabela 59 (fls. 10.710 e seguinte), na Tabela 60 (fls. 10.712 e seguinte) e na Tabela 61 (fls. 10.714 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. 10.688 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. 10.716 e seguinte), na Tabela 63 (fls. 10.718 e seguinte), na Tabela 64

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

(fls. 10.720 e seguinte) e na Tabela 65 (fls. 10.722 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. 10.689 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. 10.724 e seguinte), na Tabela 67 (fls. 10.726 e seguinte), na Tabela 68 (fls. 10.728 e seguinte) e na Tabela 69 (fls. 10.730 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**.

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. 2.229 a 2.345 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. 10.690 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.** [g.n.]

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. [...] elas foram elaboradas antes da licitação, antes de setembro de 1998, portanto, há mais de 15 (*quinze*) anos.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Logo, [...] 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 [...] TC 5591/2013, a pretensão punitiva [...] 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. [...] 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 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), [...] 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. [...] 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 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**.".

Argumentos apresentados na defesa escrita:

A **ARSI** aduziu suas razões através da manifestação de fls. 18.458-18.491 (vol. LXXXIII), entretanto, não se manifestou acerca do presente achado de auditoria em específico, restringindo-se, nesse ponto, a repetir as alegações, apresentadas no item 4.18, de que não é responsável pelos atos praticados no procedimento

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

licitatório, de que não seria sucessora legal do DER/ES e de que não possuiria atribuições para tomar providências em relação ao contrato em exame.

Por seu turno, a Rodosol apresentou suas razões às fls. 14.329-14.431 (vol. LXIV) em peça subscrita por advogados regularmente[153] constituídos, na qual foram tecidos os argumentos contrapostos ao relato da equipe de auditoria, transcritos nas f. 25.178-25.180 da ITC 308/2015, e sintetizados na análise deste item.

Análise da ITC 308/2015:

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

[...]

No que concerne à manifestação da **ARSI** (fls. 18.458-18.491, vol. LXXXIII), na qual, em síntese, nega qualquer responsabilidade acerca da anomalia ora em enfoque, bem como, alega que não teria "[...] prerrogativas de extinção do contrato [...]", ressaltamos, mais uma vez, que os mesmos argumentos foram examinados quando da análise do item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, ao qual fazemos remição para se evitar repetições desnecessárias.

De qualquer forma convém rememorar que na análise do item 3.1 desta Instrução Técnica Conclusiva, reconheceu-se que a ARSI não é responsável por fatos relacionados ao procedimento licitatório, entretanto, ponderou-se que, por ter assumido obrigações e direitos em sub-rogação ao DER-ES no Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, especialmente aqueles previstos na alínea

[153] Instrumento procuratório à fl. 14.291 (vol. LXIV).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

"d" da Cláusula XXIII do ajuste, a ARSI tornou-se titular da prerrogativa/direito de alteração do contrato e extinção da concessão.

Já a **Rodosol S.A**, apresentou esclarecimentos [...] sintetizados adiante:

a) Falta de fundamentos justificadores da manutenção dos resultados obtidos no Apêndice "L", uma vez que os cálculos teriam sido desenvolvidos com base em premissas equivocadas, dentre as quais elenca:

- metodologia errada utilizada pelo TCEES por se valer preços referenciais dos investimentos sem se atentar aos Benefícios e Despesas Indiretas, prejudicando a definição dos valores dos investimentos;

- errônea interpretação conferida pela Equipe de Auditoria à Instrução Normativa TC 15, de 23.06.09 por dois motivos: o art. 2º é taxativo quanto a incidência do BDI padrão de 35% sobre os preços das tabelas indicadas, e o § 1°, do item II, do art. 1º, define que o TCEES admite, para obras e serviços de engenharia, valores orçamentários superiores, em até 12%, aos preços referências verificados com base nas mencionadas tabelas;

- inadequação da metodologia utilizada pelo TCEES, o qual utiliza os valores apresentados na Proposta Comercial da licitante, a fim de rever o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE).

b) Tomando por base a revisão dos valores paradigmas das obras de ampliação e recuperação, consideradas as entradas e saídas de caixa do projeto da Rodosol, a TIR de 20% corresponderia ao valor Tarifa Básica de Pedágio da Terceira Ponte de R$ 0,98.

Passando-se [...] à análise percebe-se, de plano, que os argumentos apresentados pela Rodosol S.A se atêm, principalmente, aos valores do sobrepreço apurados a partir dos cálculos efetuados a título de Benefícios e Despesas Indiretas – BDI. A notificada baseia-se na premissa equivocada de que a equipe de auditoria não teria considerado em seus cálculos o BDI dos investimentos.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

De fato, a equipe de auditagem declara não ter considerado o BDI no quadro referente aos valores de investimentos, uma vez que constatam em outros quadros todos os itens formadores do BDI:

> Observe que tais preços referenciais não contemplam a taxa de benefícios e despesas indiretas – BDI, **uma vez que os componentes do BDI** (por exemplo, impostos, lucro, seguros, garantias, administração geral) **são discriminados em outros quadros do Anexo V**, do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, não no Quadro 5. [g.n.]

A localização dos percentuais de BDI é indiferente, pois não foram questionados os valores de investimentos isoladamente, mas o total de receitas e despesas (o fluxo de caixa como um todo), cuja análise do resultado culminou na conclusão de sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio e no qual foram considerados todos os custos, sejam eles diretos ou indiretos. Trata-se de um fluxo de caixa paradigma[154], que é comparado como um todo com a situação contratada.

Em outras palavras, ainda que a concessionária tenha considerado em seu quadro de investimentos o percentual de BDI, a comparação não se invalida, pois não está se comparando os valores de investimentos isoladamente.

Observa-se que, nos apêndices D e subitens (fls. 10.571 e seguintes, volume XLV), referentes aos valores de investimentos, são apontados somente os valores paradigmas obtidos, sem compará-los com valores adotados ou propostos, uma vez que tal correlação seria feita adiante com valores globais.

Ademais, a despeito do que afirma a notificada, a própria proposta apresentada possuía – como será demonstrado adiante – itens do BDI em outros quadros que não o de investimentos.

Apenas para esclarecer o equívoco na qual incorre os argumentos apresentados, seguem demonstrados os componentes do BDI nos quadros do fluxo de caixa paradigma, transcrevendo seus elementos:

---

[154] Definição decorrente de **Orçamento paradigma** que corresponde ao orçamento da obra analisada elaborado a partir de **preços paradigmas** (preço ou custo representativo de mercado, obtido a partir de fontes fidedignas, tomado como parâmetro para a análise de preços de um orçamento) e de quantitativos de serviços aferidos. In: ORIENTAÇÃO TÉCNICA OT - IBR 005/2012 APURAÇÃO DO SOBREPREÇO E SUPERFATURAMENTO EM OBRAS PÚBLICAS. Disponível em http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

São parcelas do BDI:

- Administração local;
- Administração Central;
- Despesas Financeiras;
- Seguros e Garantias;
- Tributos;
- Remuneração ou Lucro.

Em sua manifestação a Rodosol S.A alega:

> 2.3.1.1. A incidência de BDI sobre os preços unitários
> Observa-se que a metodologia adotada pelo TCEES, que utiliza os preços referenciais dos investimentos sem BDI, é totalmente inadequada para definição dos valores dos investimentos, contrariando inclusive a própria Instrução Normativa TC nº 15/2009.
> Inicialmente, deve-se esclarecer que os valores correspondentes aos benefícios e despesas diretas (sic) das obras previstas não estão discriminadas em "outros quadros do Anexo V", contrariamente ao alegado nas páginas 10.557 e 10.558 do Relatório de Auditoria 10/2014 do TCEES. Esta afirmação é facilmente comprovada através da análise dos demais quadros que compõem a proposta da Concessionária, em especial, o dimensionamento da mão de obra, onde não constam profissionais vinculados às execuções das obras. Assim, pressuposto da proposta da Concessionária é que os valores de investimentos incorporam as despesas de administração das obras, através do BDI.

A partir da análise do Quadro 6 (fl. 13.146, volume LVIII) da proposta comercial da empresa Servix é possível observar que, ao contrário do que foi afirmado na manifestação da Rodosol, havia previsão para despesa com profissionais vinculados à execução da obra nos demais quadros.

No Quadro 5 – Investimentos (fl. 13.141 – Vol. LVIII) é apresentado o Cronograma Financeiro dos Investimentos, que informa ano a ano, os valores dos investimentos nas obras. Fica evidenciado que o prazo para a conclusão das obras era de cinco anos, uma vez que todas as despesas (exceto os itens 1.8 Recuperação e modernização da Terceira Ponte e 1.9. Conservação Especial) se concentram nos cinco primeiros anos da concessão.

Já o Quadro 6 – Demonstrativo dos Custos de Administração e Operação – Mão de Obra (fl. 13.146– Vol. LVIII) apresenta no item Diretoria de Operações / Conservação, os seguintes profissionais, para **apenas nos cinco primeiros anos de concessão (comprovando que a previsão era a de que trabalhassem exclusivamente nas obras)**:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- Gerente do Setor de Engenharia (Projetos e Obras);
- Encarregado Geral;
- Encarregado Pavimentação;
- Encarregado Construção Civil;
- Topógrafo;
- Laboratorista;
- Auxiliar de topografia;
- Assistente Técnico;
- Motorista;
- Desenhista.

Dessa forma fica evidenciado que a alegação de que na proposta de preços não possuía o dimensionamento dos profissionais vinculados à execução das obras não deve prosperar.

Cabe ainda informar que os custos da mão de obra dos serventes, operadores de equipamentos, motoristas dos caminhões já são consideradas nas composições de custos dos serviços. A relação da mão de obra indicada no Quadro 6 faz parte da administração local, que faz parte da taxa de BDI.

A equipe de auditoria, com base na proposta de preços apresentada, considerou os itens referentes à Administração Local no Quadro 6 – Demonstrativo dos Custos de Administração e Operação – Mão de Obra (fl. 13.146, volume LVIII).

Quanto à Administração Central, esta corresponde à matriz e filiais onde se encontra a estrutura necessária para execução das atividades de direção da empresa, incluindo as áreas administrativa, financeira, contábil, de suprimento, recursos humanos etc. Conforme é demonstrado no quadro a seguir, são inúmeros e variados os gastos que definem a taxa de rateio da administração central:

Quadro 4 – Descrição dos gastos da administração central

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

ITEM	DESCRIÇÃO
Pessoal	Custo das equipes de escritório sede e filiais, incluindo pró-labore dos sócios, salários dos diretores, gerentes, secretárias, técnicos, estagiários, motoristas, contínuos etc.
	Um escritório central típico conta com os seguintes setores: diretoria, recursos humanos, contabilidade, financeiro, orçamento, compras, assessoria de imprensa, assessoria jurídica, CPD etc. Logicamente, para cada cargo deve ser considerado o salário (majorado dos respectivos encargos sociais e trabalhistas).
Instalações físicas	Aluguel e manutenção dos imóveis, tais como escritório central, terrenos, depósitos de material, pátios de equipamento etc., incluindo o custo de locação e os impostos cabíveis (IPTU).
Despesas correntes	Água, luz, telefone, internet, despesas postais, assinaturas de jornais e revistas, material de escritório e de limpeza etc.
Veículos e equipamentos	Veículos utilitários, fotocopiadoras, plotters, faxes, computadores, aparelhos de ar condicionado etc. (custo de locação ou de propriedade).
Serviços de terceiros	Consultoria para estudos de obras, assessoria contábil e jurídica, publicidade, serviços gráficos, manutenção de computadores, auditoria, treinamento de pessoal etc.
Outras despesas	Anuidades (CREA, Sindicatos etc.), aquisição de editais, seguros, viagens, brindes etc.

Ressalta-se, porém, que nos termos do item 203 do Edital, a vencedora da licitação deveria constituir uma empresa cujo objeto exclusivo era explorar a concessão.

> A adjudicatária deve constituir, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, prorrogável por mais 30 (trinta) dias, desde que por motivo justificado, contado após a convocação para a celebração do contrato de concessão, uma sociedade com sede no Estado do Espírito Santo, cujo objeto social deve restringir-se, exclusivamente, à exploração do SISTEMA, com duração suficiente para o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do contrato de concessão, e cujos estatutos e composição acionária deverão ser submetidos à aprovação do DER antes da assinatura do contrato.

Dessa forma, não há que se falar em matriz, filial ou rateio de despesas entre centros de custo, pois todas as despesas relacionadas com a administração central da nova obra estarão relacionadas com a concessão pública.

Já no Quadro 6 no subitem "II. Mão de obra indireta" (fl. 13.145-13.146, volume LVIII) estão relacionados os seguintes cargos:

> Presidência:
>
> Diretor Presidente, secretária, assessor da qualidade, assessor de meio ambiente, advogado (assessoria jurídica), auxiliar administrativo.
>
> Diretoria Administrativa e Financeira:
>
> Diretor administrativo financeiro, gerente administrativo financeiro, chefe de seção de RH e MHST, chefe de vigilância e transporte, chefe de seção de apoio administrativo, chefe de seção de contabilidade, auxiliar de escritório, assistente administrativo, chefe de seção de suprimentos, médico do trabalho, técnico de segurança, auxiliar de enfermagem, copeiro, auxiliar administrativo, motorista, secretária, office boy.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Diretoria de Operações e Conservação:

Diretor de operações e conservação, assessor de comunicação, assistente técnico, motorista e digitador.

No Quadro 7 (fl. 13.148, volume LVIII), estão relacionados os seguintes itens: Materiais de escritório, energia, água, telefone, fax, manutenção de veículos, combustível, locação de veículos, consultoria de qualidade, certificado ISO 9000, treinamento, auditoria externa, serviços de terceiros (limpeza, vigilância), aluguéis, viagens, IPTU.

Portanto, todos os itens relacionados no Quadro 1 acima ('Descrição dos gastos da administração central') estão apontados nos Quadros 6 e 7 da proposta comercial da empresa Servix. **Dessa forma, o item administração central que compõe a taxa de BDI está representado nesses itens da proposta da empresa vencedora**.

Ressalta-se que os valores referentes às despesas financeiras estavam previstos no Edital de Concessão 1/98 – Anexo I, Quadro 12, sob o título 'Valores Decorrentes dos Financiamentos'. Já os numerários a título de 'seguros e garantias' foram previstos no Edital de Concessão 1/98 – Anexo V, item 4.3.4:

> 4.3.4. SEGUROS E GARANTIAS
> Deverão ser especificados e quantificados, ano a ano, em memória à parte, os valores dos seguros obrigatórios deste edital, conforme definidos no Anexo II – Minuta do Contrato.
> Deverá ser detalhado o Programa de Seguros, indicando para cada modalidade as condições de contratação, tais como: Valor do Risco, Limite Máximo de Indenização, Franquia, Prêmio, etc., bem como justificando as modalidades em função da natureza dos riscos do empreendimento.
> Deverão também ser especificados, ano a ano, em memória à parte, os custos referentes à garantia e à caução de execução do CONTRATO, exigidas nas cláusulas XXV e XXVI do Anexo II – Minuta do Contrato.

Ademais, há previsão nos quadros deste mesmo Anexo V do Edital de Concessão 1/98 (Termo de Referência para a Elaboração da Proposta Comercial) para a inclusão dos seguros e garantias:

- Quadro 13 – Resultado Contábil do Empreendimento – Sem Financiamento, Item 3.2;
- Quadro 14 – Fluxo de Caixa do Empreendimento – Sem Financiamento, Item 2.3;
- Quadro 15 – Resultado Contábil do Empreendimento – Com Financiamento, Item 3.2;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

- Quadro 16 – Fluxo de Caixa do Empreendimento – Com Financiamento, Item 2.3.

Por sua vez, os tributos também possuíam expressa previsão no Edital de Concessão 1/98 – Anexo I, em seu item 4.3.7, abaixo transcrito:

> 4.3.7. FLUXO DE CAIXA DO EMPREENDIMENTO
> [...]
> b) Fluxo de Caixa do Empreendimento – Sem Financiamento
> [...]
> - Preencher o item 2.6 deste quadro, por transcrição dos valores totais, ano a ano, do item 2 – Tributos, constante no Quadro 13;
> - Preencher o item 2.7 deste quadro, por transcrição dos valores totais, ano a ano, do item 5 – Imposto sobre lucro, constante no Quadro 13;

Por último, quanto à remuneração ou lucro que faria jus a concessionária, é importante frisar que se tratava de concessão de serviço público precedida de obra pública, a despeito do Edital 1/98, dispor, preambularmente, tratar-se de simples concessão de serviço público.

Neste ponto, vale citar a Lei Estadual 5.720, em seu art. 2º, III, que define essa modalidade de concessão:

> 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** (grifamos).

O Edital de Concessão de Serviço Público 1/98, no item 10 da Seção VIII, reforça esse pensamento:

> Do objeto da Concorrência
> 10. Esta Concorrência tem por objeto a outorga da concessão da administração e exploração do "SISTEMA RODOVIA DO SOL", descrito no ANEXO I deste EDITAL, mediante a cobrança de pedágio aos usuários do "SISTEMA" e **a execução e prestação, pela concessionária, de obras e serviços inerentes, acessórios e complementares à concessão** (grifamos).

Ainda, os itens 15 e 16 da Seção XI do Edital trataram dos aspectos econômicos da Concessão, discorrendo da seguinte forma:

> Dos Aspectos Econômicos da Concessão
> 15. A concessão constitui, fundamentalmente, um empreendimento destinado a investidores que, além de possuírem capacidade econômico-financeira para financiar as obras e serviços que constituem os encargos da concessão, **tenham capacidade**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> **técnica para promover a execução das obras e serviços a serem concessionados** e capacidade administrativa e empresarial para gerenciar, com êxito, a exploração do "SISTEMA".
> 16. **Ressalte-se que as receitas necessárias para o cumprimento dos encargos da concessão e para a remuneração da concessionária advirão, basicamente da cobrança de pedágio** (grifamos).

Fica então evidenciado que a Concessionária era responsável pela execução das obras e serviços a serem concessionados, devendo ter capacidade técnica para isso e que os investimentos por ela suportados deveriam ser remunerados mediante exploração da concessão. Dessa forma, fica afastada a possibilidade de se incluir o percentual de lucro na taxa de BDI, uma vez que o investimento da concessionária seria remunerado pela tarifa do pedágio, essencialmente.

Diante do exposto, **resta caracterizado o sobrepreço apurado**, demonstrando que, a despeito da argumentação da notificada, **os cálculos realizados pela equipe de auditagem estão corretos e merecem ser mantidos integralmente**.

O sobrepreço constatado não pode ser renegado a segundo plano pelo Estado, já que é cediço que qualquer contratação pública deve se pautar em duas premissas: atendimento ao interesse público e equilíbrio econômico-financeiro da avença. O atendimento desses requisitos, acrescidos de outros, permite uma contratação hígida, com pleno cumprimento do seu propósito legal, permitindo a lucratividade necessária e razoável à empresa privada[155].

Cabe a administração pública sempre buscar a maior vantajosidade possível no momento da contratação, respeitando princípios caros do direito administrativo, sem vilipendiar o parceiro privado, já que o vínculo jurídico contratual somente se dá com o ajuste de vontade das partes, o que demonstra a necessidade do negócio ser financeiramente interessante ao agente privado. Soma-se a isso o fato dos contratos de concessão de serviço público serem contratos administrativos de delegação, na qual o Estado confere ao particular competências a serem exercidas em face de terceiros (usuários de serviços públicos), o que demonstra que deve

[155] Neste sentido, Marçal Justen Filho afirma: "Está na essência da concessão o direito de o concessionário explorar empresarialmente a atividade a ele delegada. Isso significa que a remuneração deverá abranger os custos correspondentes ao desembolso necessário à execução do objeto da concessão e uma margem de lucro razoável.". In: FILHO. Marçal Justen. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. Dialética: São Paulo. 2003, p. 180.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

zelar pela supremacia e pela indisponibilidade do interesse público como princípios proeminentes.

É importante frisar que a concessão de serviço público realizado pelo Estado reverte-se em verdadeira transferência de 'riscos' para os usuários, que não figuram como parte no contrato, ainda que sejam seus destinatários e sofram seus efeitos. Neste sentido, Marçal Justen Filho afirma:

> [...] evidencia-se que a concessão importa, antes de tudo, a transferência dos riscos do empreendimento para os próprios usuários. Antes de configurar-se risco para o concessionário, tal se verifica em relação ao conjunto de usuários.
>
> É que a prestação satisfatória dos serviços concedidos faz-se com fulcro nas tarifas cobradas. A supressão de tarifas acarreta a suspensão do serviço. O insucesso do concessionário retrata-se na ausência de serviço adequado.
>
> Com a implantação da concessão, elimina-se a captação de recursos externos ao serviço para sua manutenção. O custeio passa a ser obtido internamente, a partir da contribuição dos próprios usuários, segundo um critério de intensidade de utilização (ou de provocação da necessidade da realização da despesa).[156]

A contratação deve gerar um equilíbrio de interesses entre as partes, inclusive beneficiando os usuários, cujos interesses devem ser defendidos pela Administração Pública no cumprimento da legislação. Enquanto o Estado deve almejar a prestação dos serviços públicos, respeitando-se os princípios que definem serviço adequado, o parceiro privado visa, principalmente, um retorno lucrativo e seguro do investimento realizado.

Logo, para existir o equilíbrio no contrato de concessão, o mesmo deve contemplar todas as medidas necessárias para que o serviço público seja prestado pelo particular de forma adequada e com modicidade tarifária.

Eis o motivo do art. 6º, §1º da Lei de Concessões determinar que a adequação do serviço público, perpassa pela modicidade da tarifa, *in verbis*:

> Art. 6º 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.

[156] FILHO. Marçal Justen. 2003, p. 72.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e **modicidade das tarifas**.[g.n.]

Da leitura do dispositivo legal supramencionado é possível concluir pela vedação aos lucros exorbitantes do concessionário numa concessão pública. Agrava-se o fato das concessões rodoviárias consistirem em monopólio natural, isto é, aquele que possui um único fornecedor, sem haver rivalidades capazes de gerar maior eficiência. Ainda que não seja vedada, a condição monopolista não foi desejada pela própria Lei 8.987/95, nos termos do seu art. 7º, III:

> Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: [...]
>
> III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente.

Assim, cabe à administração a maior cautela possível a fim de garantir a essência do equilíbrio econômico-financeiro contratual, conferindo uma relação equivalente de recompensas e encargos ao contratado, permitindo-o que tenha uma justa remuneração.

Em uma licitação do tipo por 'menor tarifa', caso da Concessão Pública 1/98, cabe aos interessados no certame ofertar o valor de uma tarifa, segundo sua proposta comercial.

No caso em tela, a proposta comercial deveria conter custos, despesas e investimentos a serem realizados no empreendimento, informações que se mostram essenciais quando se trata de concessão pública precedida de obra, de modo que se poderia aferir a taxa interna de retorno da Licitante. Competiria à administração pública apurar, a partir da proposta comercial da licitante, se há compatibilidade dos valores propostos com o de mercado, sua exequibilidade e eventuais sobrepreços.

Porém, não o é no caso em concreto, pelas razões a seguir expostas.

A **Administração Pública não é proprietária dos interesses sociais e públicos que revestem um processo de concessão de serviço público. Logo, lhe**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

compete a adoção de todas as providências necessárias a resguardar o interesse público primário. Neste sentido, Marçal Justen Filho:

> Anota-se que a concessão não é apenas um meio de solução concreta de problemas imediatos exclusivos da Administração Pública. Trata-se de instrumento destinado a satisfazer interesses sociais, colocados ao cuidado do Estado, mas com atenta e relevante tutela aos interesses coletivos não estatais, inclusive os da iniciativa privada empresarial. Isso impõe submeter a própria outorga a um processo que reflita a ordem democrática e os valores fundamentais consagrados constitucionalmente.
>
> [...]
>
> O Estado não é proprietário dos interesses cuja composição se processa por meio da concessão. Tem o dever de respeitar a todos os interesses democraticamente, inclusive por ocasião da formulação do modelo da concessão[157].

O Estado não deve ser leniente com a proposta comercial apresentada, devendo analisar suas informações a fim de verificar sua exequibilidade e compatibilidade com o mercado. Igualmente consagrando este entendimento, passa-se às lições de Marçal Justen Filho:

> Em se tratando de concessão antecedida de execução de obra, aplica-se a disposição do art. 7º, § 2º, inc. II da Lei n° 8.666. Mas o fundamento da exigência é parcialmente diverso. Em uma licitação comum, ter-se-iam em vista também o controle sobre a formação de preços do particular, para evitar desembolso excessivo por parte da Administração. **No caso da concessão, à Administração nada desembolsará. Isso não elimina, porém, o dever de rejeitar propostas excessivas e desconformes com os preços de mercado. Anote-se que a elevação dos custos unitários acabará por retratar uma pré-estimativa de inflação ou uma ampliação disfarçada de lucro. Não é possível ignorar esse desvio, nem mesmo sob invocação da ausência de desembolso para o Estado. Isso corresponderia a confundir interesse secundário (de mero fato) da máquina estatal e interesse público**[158] g.n].

Ao discorrer sobre os requisitos de admissibilidade da proposta no processo licitatório de uma concessão pública, o autor ainda trouxe breve explanação sobre o dever do Estado em desclassificar licitante por incompatibilidade com os preços de mercado. Passa-se aos seus ensinamentos:

> A desclassificação também poderá fundar-se em que a proposta não é compatível com os preços de mercado. Assim, se passará quando verificar que a tarifa proposta é muito elevada ou que a oferta pela concessão é muito reduzida. Cotejando os preços ofertados e aqueles de mercado, a Administração conclui, em última análise, pela

[157] FILHO. Marçal Justen. 2003, p. 198.
[158] Ibidem. p. 213.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> incompatibilidade das propostas com o interesse público. Não se verificou oferta que traduzisse vantagem efetiva[159].

Complementou ainda, que mesmo na licitação de menor tarifa, caso do certame analisado nos presentes autos, caberia ao ofertante estipular um valor certo e preciso, condizente com a realidade do mercado e da tarifa proposta:

> A licitação de menor tarifa aproxima-se à figura da licitação de menor preço, disciplinada pela Lei n° 8.666. Em ambos os casos, impõe-se que a vantagem da proposta seja examinada segundo o ângulo econômico. (...)
>
> **O edital deverá definir todas as variáveis para elaboração das propostas. Ao particular caberá, além de preencher os requisitos técnicos de admissibilidade, ofertar um valor certo, preciso e incondicionado para a futura tarifa sem margem para inovações ou variações**[160] [g.n].

Porém, o que se percebe é uma divergência entre os valores da proposta comercial, que justificam e fundamentam a tarifa propugnada pela licitante vencedora, no valor de R$ 0,94 (noventa e quatro centavos de real), em face dos valores de mercado. Observou-se, no caso, sobrepreço nos componentes da proposta comercial que, por via reflexa, macularam, também, o valor da tarifa proposta pela concessionária. Desta forma, fácil perceber que ocorreu uma dupla falha, senão vejamos:

Primeiramente, por parte do DER/ES, que à época que não municiou suficientemente as licitantes com as informações necessárias para adequar suas propostas, já que não existiam estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento que refletiam as condições definidas pelo Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos 1/98.

Ademais, os elementos de projeto básico, nos termos do achado de auditoria apontado no item 2.2 do RA-E 10/2014, estavam incompletos sem caracterizar plenamente o objeto do contrato. Isto prejudica a elaboração da proposta, e dá margem a falhas, sobretudo no que tange à economicidade e ao equilíbrio, que tiveram reflexos na execução contratual.

[159] FILHO. Marçal Justen. 2003, p. 250.
[160] Ibidem. p. 252.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Também houve falha por parte da licitante à época, a Rodosol S.A por se valer das deficiências do procedimento licitatório cometidas pelo DER/ES para propor preços de investimentos e despesas que não espelhavam a realidade do mercado, acarretando enriquecimento sem causa a seu favor.

Restou, portanto, uma relação materialmente desequilibrada, onerando excessivamente os usuários, descumprindo o princípio do equilíbrio, norteador da fixação da tarifa, nos termos apregoados por Marçal Justen Filho, citando Bielsa:

> A fixação das tarifas deve seguir o princípio do equilíbrio. Deve ser suficiente para remunerar o concessionário por seus custos e investimentos e para assegura-lhe uma margem de lucro, sem onerar excessivamente aos usuários. Daí a lição de Bielsa, no sentido de que:
>
> É certo que o concessionário atua por conta e risco próprios, salvo pacto especial em contrário; e já nesse sentido a gestão patrimonial entra na órbita de seu direito. Mas como o **concessionário não pode converter a exploração do serviço em um negócio lucrativo sem limites, o que implicaria enriquecimento irregular à custa dos usuários como consequência de uma atividade própria do Estado**, este tem o dever de moderar a exploração, mediante a revisão de tarifas, que devem ser justas e razoáveis[161].

Resta demonstrado a obtenção de lucros exorbitantes pela concessionária ao onerar os usuários com tarifas desproporcionais à situação contratual, em clara violação ao art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95.

A equipe de auditoria relatou que **não foi possível identificar o autor das estimativas de preço que levaram ao sobrepreço no valor do limite máximo da tarifa básica de pedágio, de modo que não apontou quaisquer responsáveis para o presente achado**. Ainda ressaltou, que caso pudesse identificar os responsáveis, a pretensão punitiva já estaria prescrita, na forma do artigo 71 da Lei Complementar Estadual 621/2012.

Por fim, **sugere a ITC 308/2015, item 3.16, a manutenção do presente achado de auditoria, em face do sobrepreço apontado, por descumprimento ao princípio da modicidade tarifária esculpida no art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95 e por considerar-se que a equipe de auditoria apropriou, corretamente, os percentuais de BDI em seus cálculos para a obtenção de preços paradigmas.**

[161] Bielsa, 1947 apud FILHO. Marçal Justen. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. Dialética: São Paulo. 2003, p. 318.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Justificativas apresentadas na 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, carreou os argumentos relacionados sob os números 267-278 da petição, que foram analisados na MT 516/2017 (f. 26.300-26.301).

Análise da MT 516/2017:

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.

Assim sendo, tendo em vista a inexistência de qualquer elemento novo que pudesse levar à alteração do entendimento adotado, **a área técnica mantém, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 3.16 da ITC 308/2015**.

2.2.17 – Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol

Esse indicativo de irregularidade, foi apontado, inicialmente, no item 2.18 do **Relatório de Auditoria RA-E 10/2014** (fls. 10.498 – 10.509), diz respeito ao *"Desequilíbrio Econômico-Financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol"* e será analisado, em cotejo com os argumentos de defesa apresentados pelas partes, com o tópico 3.17 da **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** (fls. 25.194-25.248) e com o tópico 4.20 da **Manifestação Técnica MT** 516/2017 (fls. 26.302 - 26.323).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O item 3.17 da ITC 308/2015 buscou discutir o tema concernente à possibilidade, ou não, de se reequilibrar o Contrato 1/98 e as formas usualmente aceitas para o alcance deste reequilíbrio, caso possível. A equipe de auditoria que elaborou a RA-E 10/2014 constatou que ocorreram diversos eventos que causaram desequilíbrio no Contrato, denominados como "Ocorrências" (Apêndice O – RA-E 10/2014 - fls. 10.753-10.814) consideradas tanto a superavaliação dos investimentos e demais custos administrativos e operacionais contidos na Proposta Comercial (que, segundo a equipe de auditagem, viciaram a própria **formação da equação econômico-financeira**, conforme item 2.17 do RA-E 10/2014 e 3.16 da ITC 308/2015)[162], quanto os eventos que ocorreram ao longo do período da Concessão e que, individualmente, afetaram a equação contratual.

Foram as seguintes "Ocorrências" analisadas:

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;

[162] Os itens 2.17 (RA-E 10/2014) e 3.16 (ITC 308/2015) trataram da irregularidade *"Sobrepreço da Tarifa Básica de Pedágio"*.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

Ocorrência 17: Correlação entre estudos e auditorias realizadas.

Ocorrência 18: Cálculo do Impacto das ocorrências no fluxo de caixa da proposta.

Basicamente, as **ocorrências 1 a 16** quantificaram os impactos diretos no Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998. A **Ocorrência 17**, por sua vez, comparou as avaliações econômico-financeiras desenvolvidas pela Fundação Getúlio Vargas[163] e pela área técnica desta Corte no Relatório de Auditoria Extraordinária RA-E 3/2009 no bojo do processo TC 4574/2009[164] com a avaliação realizada neste Processo. Finalmente, a **Ocorrência 18** fez a medição dos 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.

Antes de adentrar, com mais ênfase, na análise dessa irregularidade vale explicitar alguns conceitos e relações importantes extraídos da Engenharia Econômica e da

[163] Esta metodologia 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. Ou seja, 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. Será melhor definida no decorrer da explanação desse item de irregularidade.

[164] Esse Processo visava verificar a legalidade da desobrigação conferida à RODOSOL de não recolher a outorga aos cofres do DER/ES, promovida pelo 2.º Aditivo do Contrato 1/98; a adequação do serviço prestado pela Rodosol e a atuação do DER/ES na fiscalização da concessão. **O Processo TC 4.574/09 não abrangeu o escopo da auditoria atual**, que trata da licitação, da execução de todo o período contratual e da possibilidade de se reequilibrá-lo ou não. Também, será melhor definida no decorrer da explanação desse item de irregularidade.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Administração Financeira, centrais na formulação desse trabalho de auditoria, e que foram expostos, com bastante completude, clareza e rigor científico, no Apêndice N, do RA-E 010/2014 (fls.10.751-10.814).

Um desses indicadores é o do Valor Presente Liquido ou VPL. É um indicador que visa saber quanto vale um determinado projeto. A matemática financeira ensina que não podemos simplesmente somar ou subtrair valores futuros que entrarão e sairão do caixa (fluxo de caixa) em um projeto de investimento. Isso ocorre porque devemos considerar o valor do dinheiro no tempo, ou seja, a taxa de juros.

No caso concreto, a concessão do Sistema Rodovia do Sol apresentou, na sua proposta comercial (Quadro 14), um **fluxo de caixa do tipo convencional**, isto é, inicialmente os fluxos de caixa são negativos (desembolsos/saídas de dinheiro) e depois os fluxos de caixa são positivos (receitas/entradas de dinheiro). Ou seja, o horizonte dos fluxos de caixa apresentou tão somente apenas uma variação de sinal, de negativo (até o período 3) para positivo (do período 4 em diante).

O VPL é, portanto, um método que consiste em **trazer para uma determinada data-focal (data zero) todos os fluxos de caixa (entradas e saídas de dinheiro), ao longo do tempo, produzido no âmbito de um projeto de investimento e somá-los ao valor do investimento inicial (saída de caixa)**, usando como taxa de desconto uma determinada taxa de juros**. Essa taxa de juros recebe um nome específico: *"custo do capital"* ou *"taxa mínima de atratividade - TMA" definida no âmbito da empresa***.

O método usual de análise de investimentos implica em calcular o somatório, no instante zero, do valor de cada fluxo de caixa (positivo e negativo) apresentado ao longo do horizonte de planejamento, descontados (ou descapitalizados) por uma taxa de juros. Tal cálculo resultará em um valor líquido no instante inicial chamado **"valor presente líquido" – VPL** que poderá ser negativo, positivo ou igual a zero.

A partir desse conceito, chega-se a outro importante indicador. Isto é, quando o VPL encontrado é igual a zero, a taxa de juros utilizada recebe o nome de **Taxa**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Interna de Retorno – TIR do projeto. Logo, **a TIR é a taxa de juros que iguala o desembolso inicial de um projeto de investimento ao valor presente dos fluxos líquidos de caixa (entradas menos saídas) desse projeto durante seu horizonte de planejamento**. Encontrar um Valor Presente Líquido igual zero significa que as receitas, os investimentos e os custos do Fluxo de Caixa deram o retorno que o empresário esperava.

Para fins de decisão sobre a viabilidade de um projeto, a TIR obtida deverá ser confrontada com a taxa que representa o **custo de capital da empresa** ou taxa mínima de atratividade do projeto - TMA. Em resumo, aplicando-se a TMA para os fluxos de caixa ao longo do tempo, se:

- VPL > 0 ➔ projeto viável para a empresa (a TMA é inferior à TIR do projeto, significando que o projeto é mais rentável ao empresário);
- VPL < 0 ➔ projeto inviável para a empresa (a TMA é superior à TIR do projeto, ou seja, o empresário não conseguiria o mínimo de rentabilidade que ele espera obter);
- VPL = 0 ➔ é indiferente ao empresário investir no projeto em análise ou em outro alternativo (a TMA é igual à TIR).

Como apontado no Apêndice N do RA- E 10/2014, em termos práticos, tendo em vista o Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, a licitante vencedora, ao elaborar o Quadro 14 de sua Proposta Comercial, encontrou uma TIR de 16,80% a.a. (dezesseis por cento e oitenta centésimos por cento ao ano). Como a empresa ofereceu tal Proposta, inclusive firmando contrato nela fundado, conclui-se, conceitualmente, que a **Taxa Mínima de Atratividade** do empresário[165] era igual ou menor do que essa TIR, ou seja, a rentabilidade conseguida na Concessão (representada pela TIR) lhe renderia, pelo menos, a sua TMA. Portanto, o empresário

[165] Somente o empresário pode dizer qual era sua TMA à época da licitação. Nela, ele embutirá seu risco que dependerá de seu perfil: amante ao risco, avesso ao risco ou indiferente ao risco. Essa informação teria apenas efeito didático no presente trabalho, não interferindo em nenhuma fundamentação ou conclusão da análise da concessão do Sistema Rodovia do Sol. Cabe ressaltar que se o quadro de sócios da empresa mudar durante a execução do contrato, o perfil da empresa como um todo frente ao risco pode ter mudado. Isso não impacta em nada a análise, pois os novos sócios devem assumir as condições iniciais.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

entrou no negócio porque tinha uma expectativa de que a Concessão lhe renderia o mínimo ou mais que o mínimo esperado.

Uma relevante relação conceitual presente na análise dessa irregularidade é entre a **TIR e o Equilíbrio Econômico-Financeiro.** No ato da concessão pública, exatamente na proposta comercial do licitante vencedor, a relação encargo-remuneração se constitui no fluxo de caixa do projeto, contemplando a receita do concessionário, formada basicamente pela tarifa paga pelo usuário do serviço, e os encargos compostos por custos de manutenção, administração, obras, ampliação, tributos etc.

No estabelecimento desta relação ou equivalência, o particular, como condição primária, avalia se o projeto é rentável econômica e financeiramente, uma vez que seu objetivo é o lucro. Para tanto, apresenta na proposta uma **TIR**, que corresponde à taxa de desconto que torna o valor presente do fluxo de caixa futuro do projeto igual a zero.

Dessa forma, para o concessionário, **a manutenção das condições efetivas da proposta**, ou seja, manter o equilíbrio econômico-financeiro, **passa pela manutenção dessa Taxa Interna de Retorno – TIR**.

Como defende a FGV,

> O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão está relacionado à manutenção de sua Taxa Interna de Retorno (TIR) ao longo da concessão. A TIR representa a rentabilidade média anual dos investimentos realizados, correspondendo à taxa de desconto que torna o valor presente do fluxo de caixa futuro do projeto igual zero. A TIR tem a vantagem de ser calculada apenas com os valores do fluxo de caixa líquido, sem depender de variáveis externas, o que a torna o principal parâmetro a observar quando das alterações contratuais a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro das condições inicialmente pactuadas, garantindo a rentabilidade inicialmente prevista[166].

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União – TCU já se manifestou sobre o **uso da TIR como referência para se manter em equilíbrio econômico-financeiro os contratos de concessão**. Na Decisão nº. 586/2001 – Plenário, o TCU determinou

[166] FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Avaliação econômico-financeira do contrato de concessão do Sistema RODOSOL**: Produto II – Relatório Técnico I. Rio de Janeiro, 2008. p. 14.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

expressamente que o então Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER promovesse diversas alterações nas minutas dos contratos relativos à segunda etapa de concessões federais, inclusive definindo que para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja utilizada, tão-somente, a TIR da proposta comercial da licitante vencedora, conforme o seguinte trecho:

> 8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, incisos II e IV, 5º, 43, inciso II, da Lei 8.443/92, DECIDE:
> 8.1 determinar ao DNER que:
> [...]
> 8.1.7. (...) promova as seguintes adequações na minuta de contrato, relativas à revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato:
> [...]
> 8.1.7.6. alterar o teor do item 13 da Cláusula XX do contrato, definindo-se que **para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato será utilizada, tão-somente, a taxa interna de retorno - TIR apresentada na proposta comercial da licitante vencedora**;[167] [grifo do autor]

Assim, seguindo as determinações do TCU, o Edital de Concessão nº. 005/2007 (referente ao Lote 01 – Rodovia BR-153/SP – trecho Divisa MG/SP – Divisa SP/PR) da segunda etapa de concessões federais, ao ser publicado em agosto de 2007, já estabelecia que o equilíbrio econômico-financeiro será mantido de modo a assegurar a TIR pactuada quando da assinatura do Contrato de Concessão, conforme trecho a seguir transcrito:

> Capítulo II
> Do Equilíbrio Econômico-Financeiro da Concessão
> [...]
> 5.39 O equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão é definido pelo fluxo de caixa descontado considerado, observando-se o disposto no Título V, Capítulo I, Seção I, que assegure a Concessionária a Taxa Interna de Retorno não alavancada pactuada quando da assinatura do Contrato de Concessão.
> 5.40 As receitas necessárias para o cumprimento dos encargos da Concessão e para remunerar a Concessionária advirão da cobrança de pedágio e de outras fontes de receitas, nos termos do Contrato de Concessão.
> 5.41 O equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão será mantido ao longo da sua vigência e considerado nos processos de reajuste e de revisão tarifária, de modo a assegurar a Taxa Interna de Retorno assumida no Leilão.

Cabe lembrar ainda que, no caso de concessão de rodovias, normalmente, a proposta financeira da concessionária vencedora apresenta **duas TIR's**: **uma TIR do projeto**, **relacionada ao fluxo de caixa do projeto sem financiamentos**, e **outra**

[167] TCU. Decisão nº. 581/2001 – Plenário. *apud* FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Avaliação econômico-financeira do contrato de concessão do Sistema RODOSOL**: Produto II – Relatório Técnico I. Rio de Janeiro, 2008. p. 14-15.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

TIR do acionista, **relacionada ao fluxo de caixa do acionista**, **que leva em consideração os financiamentos** obtidos para a execução dos investimentos previstos. O principal elemento a ser considerado no cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão é a **TIR do projeto**. Segundo a FGV, somente

> Em situações excepcionais – nas quais a natureza do evento e o momento em que ele ocorre podem afetar as condições de financiamento do projeto – o cálculo do desequilíbrio deverá levar em conta a TIR do acionista e, conseqüentemente, conduzirá ao cálculo de uma nova TIR do projeto, a ser considerada, daí em diante, na apuração de eventuais novos desequilíbrios econômico-financeiros.[168]

No presente caso, a análise dos eventos causadores de desequilíbrio econômico-financeiro indicou que, pelas suas características e momento em que se concretizou, o equilíbrio do Contrato de Concessão deve ser buscado a partir da manutenção da **TIR do projeto** declarada na Proposta Comercial da Concessionária, ou seja, da TIR de 16,80% (dezesseis por cento e oitenta centésimos por cento).

Como forma de melhor entender o efeito das ocorrências, listadas anteriormente, no equilíbrio econômico-financeiro, a Figura 1, extraída do Apêndice N do RA-E 10/2014, evidencia que as entradas de caixa (receitas, basicamente do pedágio) devem ser superiores às saídas (investimentos e custos), possibilitando um saldo de caixa que caracterizará a rentabilidade do projeto, expressa mediante uma Taxa Interna de Retorno - TIR.

[168] FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Avaliação econômico-financeira do contrato de concessão do Sistema RODOSOL**: Produto II – Relatório Técnico I. Rio de Janeiro, 2008. p. 16.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Figura 1 – Variáveis do equilíbrio econômico-financeiro

Quando se altera uma das variáveis representadas na Figura 1, por exemplo, reduzindo a *"Saída"*, mediante a retirada de obras e serviços de engenharia inicialmente previstas, mantida a *"Entrada"*, há o aumento no *"Saldo"* e, por conseguinte, da rentabilidade, elevando a TIR inicialmente contratada. Assim, o reequilíbrio econômico-financeiro, nesse caso hipotético, buscaria retornar à TIR original, restaurando a *"Saída"* ou reduzindo a *"Entrada"* (o que envolveria reduzir a receita e, por implicação, reduzir a tarifa do pedágio).

Em caminho oposto, quando a *"Entrada"* é reduzida, mediante alguma ocorrência não prevista inicialmente (por exemplo, não homologação de reajustes, isenção a veículos, majoração de alíquotas de tributos etc.), a implicação imediata é a queda da rentabilidade e redução da TIR contratada, *ceteris paribus*[169]. Para o reequilíbrio econômico-financeiro, nesse caso hipotético, pode-se restaurar a receita, o que implica elevação no valor da tarifa de pedágio. Outro caminho é reduzir a *"Saída"*, suprimindo, por exemplo, alguns investimentos.

[169] Expressão do latim que pode ser traduzida por "todo o mais é constante" ou "mantidas inalteradas todas as outras coisas". Em Economia, essa expressão é usada como condição na análise do efeito da alteração de um fator sobre outro, mantidas as demais variáveis sem alteração.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Evidentemente, a realidade da execução contratual é bem mais complexa que esse exercício didático. Assim, em todo momento, acontecem fatos que alteram as três variáveis da Figura 1 (Entrada, Saída e Saldo, onde Entrada menos Saída é igual a Saldo). Como o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente contratado pressupõe a manutenção da rentabilidade, expressa na TIR de projeto calculada na Proposta Comercial apresentada (16,80%, conforme Quadro 14, incluído no Anexo IV do RA-E 10/2014), os cálculos de reequilíbrio buscam identificar as ocorrências que tenham afetado as variáveis *"Entrada"* e *"Saída"*, de forma que evidenciem o efeito final na variável *"Saldo"*. Caso a rentabilidade (TIR) sofra alguma alteração, é necessário retorná-la à condição inicial e, para tanto, é feito um exercício em caminho inverso, buscando-se alterar as variáveis *"Entrada"* e/ou *"Saída"*. A busca constante pela manutenção do equilíbrio é um processo dinâmico.

Figura 2 – Fluxograma do reequilíbrio econômico-financeiro

Uma vez identificadas e quantificadas as ocorrências, como foi realizado no Apêndice O do RA-E 10/2014 (fls. 10.753), a Equipe de Auditoria mediu seus efeitos econômicos e financeiros sobre o empreendimento, ao longo do horizonte de planejamento (25 anos, no caso da Concessão do Sistema Rodovia do Sol), de forma a obter o impacto no fluxo de caixa do projeto.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Para tanto, foram introduzidos 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 substituirá o Quadro 14 da Proposta Comercial.

A partir daí, descontou os saldos anuais do fluxo de caixa, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), para obter o Valor Presente Líquido – VPL de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%).

Obter um VPL diferente de zero, significa que o Contrato está desequilibrado, do ponto de vista econômico-financeiro. Um VPL positivo significa que, em razão das ocorrências causadoras de desequilíbrio contratual, a Concessionária está auferindo ganhos acima dos inicialmente previstos, em prejuízo dos usuários do Sistema Rodosol, que arcam com a tarifa. Caso seja negativo, a Concessionária está sendo desfavorecida com as ocorrências. Em ambos os casos, a TIR do empreendimento é diferente da TIR de projeto (expressa na Proposta Comercial), ensejando o reequilíbrio contratual.

Então, tal como mostrado no Apêndice N do RA-E 010/2014, para realizar a avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol, foi adotada a seguinte sistemática. Inicialmente foram indicadas as Ocorrências causadoras de desequilíbrio econômico-financeiro contratual, com quantificação de seu impacto direto no Contrato. Entretanto, vale ressaltar que algumas Ocorrências influenciam e são influenciadas por outras Ocorrências, pois as variações na receita, nos custos ou nos investimentos têm outros efeitos no fluxo de caixa, tais como: pagamentos de tributos incidentes sobre as receitas, outras despesas incidentes sobre receitas, depreciação e receitas financeiras, imposto sobre a renda e contribuição social.

Dado essa abordagem conceitual inicial, retomo a análise do item de irregularidade apontado pela área técnica.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Fazendo uso da metodologia apresentada no Apêndice N do RA-E 10/2014 (seção N.5 – "*Metodologia de cálculo do impacto das ocorrências no empreendimento"* - fls. 10.745 e seguintes), foram introduzidos os novos valores de receita, custos e investimentos nos 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 substituiu 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 - RA-E 10/2014), 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, totalizaram 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**.

Com o impacto das ocorrências, a equação econômico-financeira do empreendimento apontou 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).

De outro modo, ao se descontar os saldos anuais do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, **utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%)**, obtém-se o Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 – "zero" (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) igual a **R$ 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, capitalizado até outubro 2014[170], equivale a R$ 798.797.863,66** (setecentos

[170] 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

e noventa e oito milhões, setecentos e noventa e sete mil, oitocentos e sessenta e três reais e sessenta e três centavos), **com data-base em outubro de 2013**.

O Valor Presente Líquido – VPL de Caixa no Período 0 (ano 1998; descontado à TIR de 16,80%) **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, aufere ganhos exorbitantes, superiores aos que justamente lhe caberiam. A área técnica constatou que 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**.

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%) no mesmo valor supramencionado. No entanto, 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.**

De outro modo, 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 três centavos), com

atualização monetária do valor de 1998 para 2013 segue a sistemática deste relatório de se utilizar o índice paramétrico de reajuste, previsto no contrato.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.**

Um outro exercício hipotético ajuda a entender o tamanho do desequilíbrio contratual registrado até o dia 31 de dezembro de 2012. **Suponha um hipotético fluxo de caixa do empreendimento** 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"**.

Nessa absurda situação hipotética apresentada, **os saldos de caixa anuais** do empreendimento, sem financiamento (não alavancado), **ao longo do período de concessão, totalizariam 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.**

Mesmo nessa 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 apontou 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).

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,

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 reais e setenta e seis centavos), com data-base em outubro de 1998. Esse valor, capitalizado 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.**

Instada a se manifestar, a ARSI afirmou que adotou a mesma metodologia definida no estudo da FGV, citado no Relatório de Auditoria, metodologia esta que também teria sido utilizada por esta Corte de Contas no **Processo TC 4.574/09** e que não encontrou o "exorbitante" desequilíbrio apontado pela Equipe de Auditoria. Teceu ainda considerações sobre as propostas de encaminhamento sugeridas pela equipe de auditoria, concluindo que não se oporá ao cumprimento de um possível reequilíbrio contratual.

No entanto, o processo em epígrafe visava apenas e tão somente a verificação da **legalidade da desobrigação conferida à RODOSOL de não recolher a outorga aos cofres do DER/ES**; **a adequação do serviço prestado pela Rodosol** e **a atuação do DER/ES na fiscalização da concessão**. Não abrangeu o escopo da auditoria atual, que trata da licitação, da execução de todo o período contratual e da possibilidade de se reequilibrá-lo ou não.

Quanto à metodologia da FGV, foi verificado 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. Ou seja, partiu-se da proposta vencedora, mantendo todos os valores nela apresentados, que representam a equação econômico-financeira (TIR, receitas, custos e investimentos); foram inseridos os eventos ocorridos após a celebração do contrato e verificou se estes eventos causaram algum desequilíbrio, reduzindo ou aumentando a TIR contratada. Sendo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

constatada alteração na TIR, o equilíbrio deve ser reestabelecido, normalmente variando a tarifa do pedágio.

Esta metodologia encontra respaldo teórico mas o que difere uma metodologia da outra é basicamente a análise relativa à engenharia. **A FGV fez 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).

Por sua vez, 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.

Em resumo, 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.

Para que não se diga que o TCEES inovou ao proceder tão minuciosa auditoria, informamos que o mesmo procedimento foi realizado pelo TCU, conforme Decisão 1.502/2002-Plenário, Processo TCU 006.319/2000-6, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues (ITC 308/2015 – fls.25.227-25.230). Nesse sentido, concluiu-se que as análises da FGV e das Cortes de Contas (TCU e TCEES) não são conflitantes, apenas divergem quanto à profundidade do escopo.

Ultrapassada esta questão, surgiu outra relevante. **Verificado o sobrepreço na estimativa da Administração Pública e também na proposta vencedora (conforme demonstrado no item 3.16 da ITC): é tecnicamente correto alterar os valores que deram origem à equação econômico-financeira e calcular o reequilíbrio a partir desses novos valores inseridos?** Existem correntes

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

doutrinárias[171] que entendem que sim e outras que não entendem ser possível alterar os valores que deram origem à equação econômico-financeira e calcular o reequilíbrio a partir desses novos valores inseridos. Essa última corrente, vale lembrar, tem como pressuposto que a formação desta deu-se de acordo com parâmetros corretos, de forma que o contrato assinado representaria o perfeito equilíbrio entre os interesses público e privado

A defesa da Rodosol baseia-se na doutrina mais conservadora e 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.

A seguinte matriz de risco foi apresentada pela Concessionária e, segundo ela, seria a matriz de risco do Contrato 1/98:

MATRIZ DE RISCO DA CONCESSÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL

EVENTOS	ESTADO	CONCESSIONÁRIA
ATOS OU FATOS ANTERIORES A TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE	ESTADO	
DESAPROPRIAÇÃO	**ESTADO – valor maior que a verba indenizatória prevista**	**CONCESSIONÁRIA – até o valor da verba indenizatória prevista**
RESCISÃO CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS	ESTADO – valor maior que a verba indenizatória prevista	CONCESSIONÁRIA – até o valor da verba indenizatória prevista
RISCOS DE QUANTITATIVO DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS E OBRAS	**ESTADO: acréscimos e supressões de obras ou serviços/força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou de interferências imprevistas**	**CONCESSIONÁRIA: Os quantitativos a serem utilizados para operação, obras e serviços de engenharia, conforme**

[171] Nesse sentido, ver Marçal Justen Filho e Hely Lopes Meirelles, respectivamente em: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2001, p. 197
VITAL, André Luiz Francisco da Silva. O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 9-42, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDIprintcntd.aspx?pdiCntd=75917>. Acesso em: 10 out. 2014.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

		previstos na proposta original
	ESTADO: Alteração unilateral do contrato que altere os encargos da CONCESSIONÁRIA	**CONCESSIONÁRIA: Máximo de 50 hs com nível de serviço inferior ao "D"- execução de obras de expansão de capacidade (exceto Terceira Ponte)**
RISCO DE CRONOGRAMA		CONCESSIONÁRIA: deve encaminhar a execução mensal das obras e serviços
FAIXA DE DOMINIO	Convênios e autorizações por entidades prestadoras de serviços permanecem em vigor e não implicam qualquer ônus para a concessionária	
RISCO DE OPERAÇÃO & MANUTENÇÃO		**CONCESSIONÁRIA: controle por resultados, para os serviços de operação, conservação e manutenção, com ênfase na observância das especificações, parâmetros e padrões de qualidade estabelecidos no PER e nas normas técnicas aplicáveis.**
RISCO DE FINANCIAMENTO		CONCESSIONÁRIA é responsável por captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários àexecução da concessão.
IMPOSTOS E TRIBUTOS	ESTADO, ressalvados os impostos sobre a renda	CONCESSIONÁRIA – IMPOSTOS SOBRE A RENDA
RISCO DE RECEITA/TRÁFEGO		CONCESSIONÁRIA, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras vias. Ressalvados os casos de determinação da suspensão da cobrança de pedágio ou redução do valor da tarifa. **Os veículos que transitarem pela respectiva praça devem ser contados para calculo da receita que deixará de ser arrecadada.**
		A CONCESSIONÁRIA poderá: bloquear, remover e reformular acessos, bem como evitar a fuga ao pagamento do pedágio/implantar novas praças de pedágio
RISCO AMBIENTAL	ESTADO – tomar as providências necessárias à obtenção de licenças prévias	CONCESSIONÁRIA – obter as demais licenças e autorizações

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

RECEITAS ACESSÓRIAS	Serão admitidas fontes acessórias de receitas, implicando a revisão do contrato	

Da matriz apresentada pela defesa, foi discutida apenas os eventos **"desapropriação", "risco de operação & manutenção" e "risco do quantitativo dos serviços e obras"** (ocorrências: 1- investimentos; 5 - isenção de pedágio para ônibus do sistema Transcol; 15 - avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa; e 16 - avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive custos de mão de obra). A defesa concordou com as demais ocorrências apresentadas pela Equipe de Auditoria (2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14).

Restou, então, verificar o disposto no Contrato 1/98 acerca dessas ocorrências, quanto à alocação do risco, concordando com a tese da defesa da Rodosol de que **os itens cujo risco for integralmente suportado pela concessionária não podem ser alvo de reequilíbrio,** devendo ser mantidos os valores da proposta original.

Vejamos as cláusulas contratuais que tratam do risco:

a) 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.]

A responsabilidade é integral ao concessionário, ressaltando a existência de exceções quanto a essa regra.

b) 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.]

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

c) Cláusula XX- Da Revisão da Tarifa Básica

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> [...]
>
> 3. **Qualquer alteração nos encargos** da CONCESSIONÁRIA **importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO**.
>
> 4. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:
>
> [...]
>
> b) **sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL, para mais ou para menos**, conforme o caso;[g.n.]

A Cláusula XX, 4, "b", diz que será feito o reequilíbrio contratual sempre que houver acréscimo ou supressão dos encargos constantes no PER. **Tal cláusula refere-se basicamente aos investimentos**, de forma que sempre que for necessário alterar algum investimento, para mais ou para menos, haverá reequilíbrio. Observando a matriz de risco apresentada pela Rodosol, percebe-se que a empresa interpreta essa cláusula como se fosse relativa a investimentos adicionais, exigidos pelo Poder Concedente, não previstos no PER original ou suprimidos deste a pedido da Autoridade Pública.

Note-se que, na interpretação da concessionária, essa cláusula só existe porque apenas a Administração Pública poderia aumentar ou suprimir obras, faculdade esta que não seria estendida à empresa.

Um exemplo seria o Estado exigir a construção de uma passarela para pedestres não prevista no PER. Neste caso, seria um investimento novo, com risco para o contratante, cabendo reequilíbrio do contrato porque geraria um acréscimo nos custos da empresa não previsto no ajuste inicial.

Segundo a matriz de risco da Rodosol, os demais investimentos previstos no PER seriam de risco integral da empresa, de forma que não caberia nenhuma análise sobre o custo destes, pois, se mais caros que os inicialmente previstos, gerariam ônus a ser suportado pela empresa e, se mais baratos, serviriam como bônus pela eficiência do setor privado. Analisando apenas essa cláusula contratual, poderíamos entender que a interpretação da empresa seria bastante razoável.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

No entanto, há outra cláusula contratual que transfere o risco de todos os investimentos ao Poder Concedente, contrariando a tese apresentada pela defesa de que o risco desse tipo de investimento era da concessionária:

d) 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.]

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

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

A empresa deveria respeitar as obras previstas no PER, mas lhe foi facultado solicitar eventual alteração. Se fosse risco integral da empresa, ao pedir a alteração, sendo esta aprovada, não haveria que se falar em custo. Eventual acréscimo no custo seria risco da concessionária, mesmo porque teria sido ela mesma quem teria requisitado

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

O contrato ainda apresenta outra cláusula que reforça o fato de que o investimento não era risco integral da empresa.

e) Cláusula LXV - Da Fiscalização da Concessão

> [...]
>
> 5. A fiscalização da execução do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO SISTEMA RODOVIA DO SOL compreenderá, especialmente:
>
> [...]
>
> b) o **controle por medição da execução dos serviços de ampliação e recuperação** do SISTEMA RODOVIA DO SOL, **com ênfase na observância dos quantitativos**, especificações, parâmetros [...] estabelecidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, nos PROJETOS BÁSICOS e nas normas técnicas aplicáveis. [g.n.]

Portanto, fica claro que a fiscalização das obras de ampliação e de recuperação da rodovia seria feita **por medição**, observando os quantitativos e especificações estabelecidos no PER e nos projetos básicos. **Isso significa dizer que a Administração Pública deveria aferir se o quantitativo das obras efetuadas conferia com o previsto no PER, nos projetos básicos e na proposta comercial**, de forma que apenas as obras calçadas pelas respectivas medições fariam jus à remuneração.

Mesmo que concordássemos com a tese de que os investimentos iniciais previstos no PER seriam risco integral da concessionária, existe determinação do TCU (Decisão TCU 1502/2002-Plenário e Acórdão TCU 346/2012 – Plenário) para que toda a alteração desses investimentos previstos no PER seja avaliada (e entre no fluxo de caixa) pelo preço constante nas tabelas referenciais de obras de engenharia.

No presente caso, inúmeros investimentos constantes no PER foram alterados, de forma que o que a Equipe Técnica fez, verificando o custo destes frente aos preços das tabelas referenciais de engenharia, e inserindo, no fluxo de caixa, os novos

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

valores, encontra amparo na Corte de Contas Federal, não se configurando em nenhuma prática inovadora e não reconhecida.

A fim de ilustrar as disparidades entre as obras inicialmente contratadas com as efetivamente realizadas, a ITC 308/2015 elencou, às fls. 25.239 - 25.241, de forma não exaustiva, algumas alterações/inexecuções importantes, por trecho das obras de ampliação e recuperação, constantes no quadro de investimentos:

a) Duplicação ES-060 – Trecho Rodovia Darly Santos – Setiba: este trecho **representava 20,64**% do valor total das obras de ampliação e recuperação. À exceção dos trechos urbanos, a concepção da duplicação foi pelo bordo da pista, como um prolongamento lateral do acostamento, de forma oposta ao previsto, duplicação pelo eixo, ou seja, construção independente de mais duas pistas paralelas às existentes. Além disso, verifica-se alteração significativa no viaduto de acesso à Setiba. Outra modificação relevante refere-se à adequação do traçado para aproveitamento do viaduto no entroncamento com a Rodovia Darly Santos (o desenho original para a duplicação da rodovia previa que a concessionária construísse um viaduto no local, mas o Poder Público acabou construindo o viaduto, o que beneficiou a empresa);

b) Duplicação ES-060 – Trecho Graçaí – Meaípe: este trecho **representava 2,24%** do valor total das obras de ampliação e recuperação. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

c) Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Praia de Graçaí (terraplanagem e pav. 1ª pista): este trecho **representava 19,87%** do valor total das obras de ampliação e recuperação. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

d) Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Praia de Graçaí (pav. 2ª pista): este trecho **representava 8,47%** do valor total das obras de ampliação e recuperação. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

e) Interligação Av. Carlos Lindemberg – Terceira Ponte: este trecho **representava 4,12%** do valor total das obras de ampliação e recuperação. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção neste trecho;

f) Conservação especial: este item **representava 25,84%** do valor total das obras de ampliação e recuperação. Não foi realizada absolutamente nenhuma intervenção desta natureza;

g) Contorno de Guarapari - Trecho Setiba – Rod. Jones Santos Neves - Rodovia Duplicada: Trecho incluído pelo novo traçado (posterior à assinatura do contrato) proposto para o contorno de Guarapari. **Novo traçado indica trecho totalmente distinto do previsto;**

h) Contorno de Guarapari - Trecho Rod. Jones Santos Neves – Meaípe - Rodovia Duplicada: Trecho incluído pelo novo traçado (posterior à assinatura do contrato) proposto para o contorno de Guarapari. Novo traçado indica trecho totalmente distinto do previsto.

Assim, **fica evidenciado que houve alteração nos investimentos inicialmente previstos e mesmo se acatada a tese de que estes seriam risco integral da concessionária, tais investimentos devem ser avaliados pelo preço constante nas tabelas referenciais de obras de engenharia** e não pelos valores propostos, demonstrando que a equipe de auditoria agiu acertadamente. Antes de discutir outro item da matriz de risco apresentada pela Rodosol, importa esclarecer outro equívoco da defesa. A Rodosol afirma que a metodologia adotada pela equipe de auditoria para avaliação do desequilíbrio econômico-financeiro seria inadequada, por supostamente ter substituído dados de projeto por dados extraídos de balancetes contábeis e demonstrativos que retratam a realidade ocorrida.

Contudo, quanto aos valores dos investimentos, em nenhum momento a equipe de auditagem introduziu dados contábeis ou outros que demonstrassem a realidade ocorrida, tendo avaliado as obras realizadas não pelo seu custo efetivo, mas de acordo com os preços referenciais das tabelas de engenharia (DER/ES, EMOP e Labor-ITUFES, p. ex.).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Com relação ao custo da Conservação Especial, não é aceitável acatar pagamentos a esse título, uma vez que a finalidade desse investimento é a execução de obras de maior porte para a preservação do empreendimento original. **Conforme discutido no item 3.15 da ITC, as obras realizadas pela Rodosol nunca atingiram as especificações, parâmetros e padrões de qualidade estabelecidos no PER** e nas normas técnicas aplicáveis, que são exatamente os pontos de controle por resultados a serem observados pela Fiscalização, conforme estipulado em Contrato e argumentado na manifestação da Concessionária.

Se as obras tivessem sido executadas nos parâmetros definidos no PER, seria plausível remunerar, via conserva especial, a concessionária para manter a obra naquele padrão de qualidade. **Mas se a obra sequer foi entregue na qualidade prevista, como é possível efetuar pagamentos relativos à conservação especial por algo que não atendia aos parâmetros previamente definidos?**

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

Vejamos o disposto no Contrato 1/98:

> **Cláusula XX**
>
> Da Revisão da Tarifa Básica
>
> [...]
>
> 3. **Qualquer alteração nos encargos** da CONCESSIONÁRIA **importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO**.
>
> 4. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:
>
> [...]
>
> d) **sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação** de bens imóveis, [...] **desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado**; [g.n.]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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

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

Quanto à sistemática das desapropriações, o "Doc. 22" juntado pela defesa informa que os proprietários dos terrenos a serem desapropriados agiam de duas formas: ou assinavam um acordo e recebiam o dinheiro ou a questão ia para a Justiça, sendo que 80% do valor fixado pela Administração podia ser sacado pelo proprietário.

Juntou também uma planilha, denominada "desembolsos de desapropriação" que considera que até 2016 terão sido desembolsados os R$6.705.632,00 previstos no fluxo de caixa. No entanto, não traz nenhuma prova do que afirma. Não junta nenhum documento diferente daqueles juntados no curso do trabalho de auditoria realizada. Alegações sem provas não podem ser consideradas. Como foi demonstrado que não havia risco para a concessionária, esta só faz jus aos valores efetivamente gastos.

Como constatou-se que, dos quase sete milhões de reais alocados no fluxo de caixa para desapropriações, **apenas R$195.587,81** (cento e noventa e cinco mil, quinhentos e oitenta e sete mil reais e oitenta e um centavos)[172] foram gastos, mesmo passados cerca de 15 anos do início da concessão (lembrando que desapropriações são esperadas no período inicial do contrato, quando são realizadas as obras de ampliação da pista), **cabe razão à Equipe Técnica quando alterou os valores da desapropriação, pois apenas cumpriu o previsto no próprio Contrato 1/98.**

A **Ocorrência 5**, que trata das perdas decorrentes da isenção do pedágio dos ônibus do Sistema Transcol, foi criticada pela Rodosol, que apresentou valores que ela

172 Em valores nominais, com data-base em outubro de 1998.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

entende como corretos. No entanto, **não assiste razão à concessionária**, conforme discutido no Apêndice O da ITC, Ocorrência 5.

Quanto às Ocorrências 15 (avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa) **e 16** (avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive custos de mão de obra**), assiste razão à Rodosol**, uma vez que o Contrato 1/98 não traz nenhuma exceção, quanto a esses dois itens, relativa à regra geral de risco integral da concessionária, conforme disposto na Cláusula XII.

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

Tendo sido discutida a questão da metodologia do reequilíbrio econômico-financeiro, cabe informar que as demais questões levantadas pela Rodosol foram:

a) incidência de BDI sobre os preços unitários;

inexecução das obras de ampliação e melhorias;

b) inexecução das obras de recuperação e modernização da Terceira Ponte;

c) posto geral de fiscalização;

d) investimentos adicionais.

Com relação ao BDI, não assiste razão à Rodosol, conforme demonstrado no Apêndice B.2 e Apêndices D.1, D.3, D.4, D.6, D.8 e D.14.

Já as **inexecuções de obras** foram analisadas nos Apêndices D.2, D.5, D.7 e D.9, tendo a concessionária concordado com o apontado no Relatório de Auditoria quanto a não realização dos serviços, conforme formalizado através do 2º Termo de Aditamento que excluiu esses serviços do escopo do Contrato 1/98.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

O **Posto de Fiscalização** já foi abordado no item 3.11 da ITC, mas, no presente achado, a Rodosol adota outro enfoque, discutindo a opção da Equipe de não considerar o BDI da obra e alegando, também, que os investimentos (incluindo o posto de fiscalização), seriam risco integral da concessionária, não cabendo avaliá-los pelo custo.

A questão do BDI do posto de fiscalização foi debatida no Apêndice D.14, não prosperando as alegações da empresa.

Conforme discutido anteriormente, **não procede a alegação de que os investimentos seriam risco integral da concessionária**. Também importa esclarecer, mais uma vez, que a Equipe não avaliou nenhuma obra pelo efetivo custo incorrido pela concessionária, tendo seguido procedimento reconhecido, utilizado e determinado pelo TCU (cf. Decisão 1.502/2002-Plenário), qual seja, avaliação dos novos investimentos utilizando os valores de referência constantes das tabelas de obras/serviços de engenharia e não aqueles indicados na proposta da concessionária.

Por fim, quanto à alegação de que os **investimentos adicionais** (fl. 14.872, volume LXVI) supostamente não foram considerados pela equipe de auditoria verifica-se o que segue:

- Investimentos denominados “Passagem em Desnível para Acesso à Região de Terra Vermelha”, “Passagem em Desnível para Acesso à Região de Interlagos”, “Ponte sobre a Avenida Carioca”, “Modificação do Acesso ao Bairro Santa Paula”, e “Execução de Marginais na Região de Ponta da Fruta”: aparentemente a afirmativa de que tais investimentos teriam sido desconsiderados denota falta de entendimento quanto à metodologia adotada pela equipe de auditoria por ocasião da avaliação dos investimentos. Primeiramente, porque a avaliação foi feita tomando por base o projeto executivo desenvolvido pela própria Concessionária, que contemplava, por óbvio todas as intervenções de fato realizadas. Portanto, todos os serviços realizados, desde que contemplados pela amostragem realizada, foram considerados e valorados. Depois, porque as duas passagens de nível

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

supostamente não consideradas encontram-se expressamente valoradas, conforme se observa nas tabelas 17, 18 e 19 (fls. 10.601-10.603, volume XLV) do Relatório de Auditoria;

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

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

Após o contraditório e a ampla defesa, a planilha final do desequilíbrio do Contrato 1/98 consta no Apêndice P da ITC 308/2015 (Quadro 14).

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

Ao se descontar os saldos anuais do fluxo de caixa após o impacto das ocorrências, utilizando como taxa de desconto a TIR projetada na Proposta Comercial (16,80%), obtém-se o Valor Presente Líquido de Caixa no Período 0 – "zero" (ano 1998;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

descontado à TIR de 16,80%) igual a R$ 17.383.274,75 (dezessete milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e setenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), com data-base em outubro de 1998.

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

Após a realização do contraditório e da ampla defesa, a diferença caiu de R$ 22.637.724,97 para R$ 17.383.274,75, com data-base em outubro de 1998. Utilizando-se o mesmo procedimento do RA-E 10/2014, capitalizando essa diferença pela TIR do contrato (16,80%) e atualizando monetariamente pela variação do índice paramétrico contratualmente previsto, encontramos o valor de R$ 613.388.613,57 em 2014.

É importante deixar claro que o valor foi calculado apenas para fins de ilustração da situação. Isso porque não reflete a situação atual do contrato, mas apenas aquela analisada pela equipe de auditoria em outubro de 2013 levando em conta os argumentos da defesa. Os impactantes eventos ocorridos até a data de finalização da 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.

Diante do exposto neste item 3.17, a ITC 308/2015 propôs:

> a) Caso este E. Tribunal de Contas, acolhendo o propugnado nos itens 3.1; 3.2; 3.4 e 3.5 desta Instrução Técnica Conclusiva, determine à ARSI a anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 e, considerando que os esclarecimentos apresentados não elidiram os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção, não descaracterizando o irremediável e profundo desequilíbrio contratual encontrado, 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 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

artigo 208 do RITCEES e diante da competência que lhe é conferida constitucionalmente (art. 71, inciso X da Constituição Estadual), bem como, pelo art. 1º, inciso XVI, da Lei Complementar 621/2012, **opina-se para que o Plenário desta Corte de Contas assine prazo para que**:

a.1) 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 calcular o montante do débito que detém a Concessionária, e nela considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, as Ocorrências, identificadas no Apêndice O desta ITC, cujos fundamentos não tenham sido elididos pelos esclarecimentos.

b) Caso este E. Tribunal de Contas não determine que a ARSI tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98 (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, sugere-se que **assine prazo 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 desta ITC.

A Manifestação Técnica MT 516/2017 analisou as teses de defesa trazidas na oportunidade da sustentação oral pela Concessionária Rodovia do Sol S.A. Precisamente nos parágrafos “279” ao “288” (fls. 25.923-26.004 - vol. CXVII) em nada diferem dos argumentos tecidos nos parágrafos “311” ao “320” da defesa escrita (fls. 14.329-14.431 - vol. LXIV).

As demais teses, elencadas nos parágrafos “289” ao “305”, evidenciaram que **a principal divergência entre a ITC 308/2015 e a documentação apresentada pela Rodosol** foi a respeito ao **risco dos investimentos** previstos no plano de negócio da licitação.

Em um primeiro momento, a concessionária afirmou que um julgado do TCU (Decisão 1.502/2002-Plenário), apresentado pela ITC, não se aplicava ao presente caso. Sustentou que o TCU naquele julgado analisou uma concessão cujo critério

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 metodologia de análise adotada pelos órgãos responsáveis pelo Controle Externo e amplamente aceita, cuja amplitude da análise de concessões pelos Tribunais de Contas, por meio 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.

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 Ribeiro[173].

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 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

[173] RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs:** melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Percebe-se que a redação não afirma taxativamente que os riscos dos investimentos cabem à concessionária, pois o contrato pode excepcionar quaisquer riscos.

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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". 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 CONCESSIONARIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente á [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,

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 1/98[174] 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 pairem dúvidas eis o teor da Cláusula XIII:

> 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.**

[174] Fls. 13.316-13.402, vol. LIX.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 aqui 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**.

2.3 – Análise do Laudo Econômico apresentado pela Concessionária

Nesse item tratarei d**o laudo de perícia econômica**, trazido pela Concessionária, contrapondo os cálculos do desequilíbrio econômico financeiro apresentados pela ITC 308/2015 e analisados pela área técnica por meio da Manifestação Técnica 516/2017, às fls. 26.323-26.356 destes autos.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Inicialmente, conforme Tabela 34 do "Laudo Econômico" (fls. 26.050 – Vol. CXVII) dos peritos judiciais , foram ali constatados 5 (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 área técnica, por meio da ITC 308/2015, **apontou apenas um cenário**, com desequilíbrio favorável à Concessionária no valor de R$ 613.388.613,57.

A análise perpassou inicialmente, pelos fatores ensejadores das diferenças apuradas do montante, para fins de reequilíbrio contratual, de forma resumida (através de cinco tópicos, *"a"* ao *"e"*), feito isso, detalhou cada evento ensejador de alterações no equilíbrio econômico-financeiro.

Abaixo seguem, de forma resumida, os fatores determinantes das diferenças apontadas entre o laudo pericial e a ITC 308/2015 apontados na MT 516/2017 (fls. 26.324-26.331):

> **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.
>
> 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.
>
> [...]
>
> Resumindo: <u>qualquer perícia estritamente econômica</u> (como foi o caso da realizada pela FGV e é o caso da atual juntada pela Rodosol) <u>parte de pressupostos diferentes daqueles utilizados pelo TCEES</u>.
>
> Além disso, perícia econômico-financeira não inclui uma análise de engenharia, que verifica se as obras previstas foram realizadas da maneira contratualmente pactuada.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 (...)

[...]

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.

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 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 x $1{,}168024^{16}$ x 2,94 = 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 x $1{,}168024^{17}$ x 3,26 = R$3.198.572,79

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

> 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.
>
> [...]

Uma vez feito esses esclarecimentos, a MT 516/2017 esmiuçou **cada ponto divergente dos trabalhos** levando em consideração cada evento considerado capaz de ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão 1/98. Apresento, abaixo, os principais trechos:

2.3.1 Atraso na homologação de reajustes (5.1.1 da MT 516/2017-fls.26.331-26.334).

> 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, (...)
>
> [...]
>
> 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), (...)
>
> [...]
>
> 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), (...)
>
> [...]
>
> 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**.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.3.2 Redução da tarifa da Terceira Ponte (5.1.2 da MT 516/2017- fls.26.334-26.336).

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, (...)

[...]

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:

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**.

2.3.3 Suspensão da cobrança de tarifa na Terceira Ponte (5.1.3 da MT 516/2017- fls.26.336-26.334).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

2.3.4 Isenção do pagamento de tarifa dos veículos do Sistema Transcol (5.1.4 da MT 516/2017- fls.26.337-26.338).

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, (...)

[...]

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.

O TCEES utilizou informação da Ceturb conforme fls. 10.771-10.776, vol. XLVI:

[...]

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**.

2.3.5 Ganhos e perdas no arredondamento de tarifas (5.1.5 da MT 516/2017- fls.26.338-26.339).

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).

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 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**.

2.3.6 Ganhos da Concessionária com receitas acessórias (5.1.6 da MT 516/2017- fls.26.339-26.341)

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 2006 a 2011, os valores constantes nos balancetes da própria Rodosol. A perícia, no entanto, não apresenta os

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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**.

2.3.7 Alteração de alíquota de ISS (5.1.7 da MT 516/2017 - fls.26.341)

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 evidenciação 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**.

2.3.8 Alteração de alíquota do COFINS (5.1.8 da MT 516/2017 - fls.26.342)

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 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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

(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**.

2.3.9 Alteração de alíquota do PIS (5.1.9 da MT 516/2017- fls.26.342-26.344)

Entre dezembro de 2002 e julho de 2004, a alíquota do PIS foi majorada em 1%, gerando desequilíbrio no fluxo de caixa do empreendimento.

[...]

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 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.

[...]

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**.

2.3.10 Alteração de alíquota e prazo da CPMF (5.1.10 da MT 516/2017- fls.26.344-26.345)

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 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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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 – ANTT[175].

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 tarifaria no contrato. **Logo, deve ser mantida a conclusão da ITC 308/2015 quanto ao presente ponto**.

2.3.11 Eliminação da outorga variável e inclusão da TRV (5.1.11 da MT 516/2017- fls.26.345-26.346)

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 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.

[175] Conforme resposta dada pela ANTT constante na Súmula do relatório de Audiência Pública n° 033/2006. Disponível em: http://appweb2.antt.gov.br/acpublicas/apublica2006_33/sumuladorelatorio_ap033.pdf. Consultado em 04 de abril de 2017.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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**.

2.3.12 Repasse à Polícia Rodoviária (5.1.12 da MT 516/2017- fls.26.346-26.347)

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 (...)

[...]

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**.

2.3.13 Eventos de investimentos (5.1.13 da MT 516/2017- fls. 26.347-26.350)

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 [...]

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

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:

TRIBUNAL DE CONTAS		PERICIA	
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)

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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**.

2.3.14 Desapropriações (5.1.14 da MT 516/2017- fls.26.350-26.351)

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 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**.

2.3.15 Eventos de infraestrutura (5.1.15 da MT 516/2017- fls.26.351)

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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**.

2.3.16 Outros investimentos – não previstos contratualmente: projeto ampliado (5.1.16 da MT 516/2017- fls. 26.352)

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 Concessionaria. 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**.

2.3.17 Outros investimentos – não previstos contratualmente (5.1.17 da MT 516/2017- fls. 26.352-26.353)

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.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

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.

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 (5.1.18 da MT 516/2017- fls. 26.353-26.356)

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

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

de premissas, conforme exaustivamente 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. [g.n.]

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**.

[...]

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.

Assim sendo, por todo o acima exposto e reiterando a análise contida no tópico intitulado "*Análise acerca do Laudo Econômico apresentado pela Rodosol em contraponto aos cálculos apresentados no tópico 3.17 da ITC 308/2015*", **mantenho, em sua totalidade, o opinamento manifestado no item 5.1 da Manifestação Técnica 516/2017.**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Desta forma, **ratifico parcialmente** o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas para **tomar como razão de decidir a fundamentação exarada** na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 308/2015** (fls. 24.628 a 25.757) e na **Manifestação Técnica MT 516/2017** (fls. 26.078 a 26.360) e ainda no **Parecer 4.365/2015** (fls. 25.768 a 25.829) e **Parecer 2.057/2017** (fls. 26.364 a 26.371), ambos do Ministério Público de Contas, da lavra do Excelentíssimo Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva.

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando** o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do procurador de contas Luis Henrique Anastácio da Silva**,** VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator:

1 PRELIMINARMENTE:

1.1 reconhecer a PRESCRIÇÃO, com fundamento no art. 71 *caput* e § 1º, da LC 621/2012, e arts. 373, caput e § 1º, bem como, 375, caput da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), conforme exposto nos itens, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4 (2.2.4.1, 2.2.4.2, 2.2.4.3, 2.2.4.4, 2.2.4.5, 2.2.4.6), 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.11 e 2.2.15 do Voto, correspondentes aos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.11, 3.15 da ITC 308/2015, **da pretensão punitiva desta Corte de Contas em face dos senhores**:

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1.1.1 Jorge Hélio Leal, no que pertine às irregularidades analisadas nos itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.2.4 (2.2.4.1, 2.2.4.2, 2.2.4.3, 2.2.4.4, 2.2.4.5, 2.2.4.6), 2.2.5, 2.2.6, 2.2.7, 2.2.11 do Voto, correspondentes aos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7 e 3.11 da ITC 308/2015;

1.1.2 Adiomar Malbar da Silva, Sérgio Luiz Coelho de Lima, Paulo Augusto Jabour de Rezende, Rogério Vasques Benezath e Edivaldo Correa de Assis, no que pertine à irregularidade analisada no item 2.2.3 do Voto, correspondente ao item 3.3 da ITC 308/2015;

1.1.3 Altamiro Thomaz, no que pertine às irregularidades analisadas nos itens 2.2.7 e 2.2.15 do Voto, correspondentes aos itens 3.7 e 3.15 da ITC 308/2015;

1.1.4 Jadir Vianna Santos, no que pertine à irregularidade analisada no item 2.2.8 do Voto, correspondente ao item 3.8 da ITC 308/2015;

1.1.5 Silvio Roberto Ramos e Lúcia Vilarinho, no que pertine à irregularidade analisada no item 2.2.11 do Voto, correspondente ao item 3.11 da ITC 308/2015;

1.1.6 Jorge Alexandre da Silva e Marialva Lyra da Silva, no que pertine à irregularidade analisada no item 2.2.6 do Voto, correspondente ao item 3.6 da ITC 308/2015;

1.2 extinguir o processo, **em razão do reconhecimento da PRESCRIÇÃO da pretensão punitiva deste TCEES,** em relação aos gestores identificados no item 1.1 supra, na forma dos arts. 71, caput e §

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1º[176], da LC 621/2012, e arts. 373, caput e § 1º[177], bem como, 375, *caput*[178], da Resolução TC 261/2013;

1.3 NÃO acolher as questões prévias – preliminares de "suspensão impositiva" do presente processo em razão de ação judicial em curso, violação dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, decadência e coisa julgada administrativa, suscitadas pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, nos termos da análise realizada nos itens 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 e 2.1.5 do Voto, correspondentes aos itens 2.1 e 2.2 da ITC 308/2015 e itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 da MTD 516/2017;

2. reconhecer a **PROCEDÊNCIA** da presente representação, com base no inciso II[179], do artigo 95 c/c artigo 99, §2º[180] da LC 621/2012, tendo em vista a manutenção das seguintes irregularidades:

2.1 Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico (item 2.2 da RA-E 10/14, item 3.1 da ITC 308/2015 e 2.2.1 do Voto) - **base legal:** infringência ao art. 18, inciso XV da Lei 8.987/95;

2.2 Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado (item 2.3 da RA-E 10/14, item 3.2 da ITC 308/2015 e

---

[176] Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.
§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

[177] Art. 373. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal nos feitos a seu cargo.
§ 1º A prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal.

[178] 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.

[179] Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá:
II - pela procedência, quando constatada ilegalidade ou irregularidade, com a incidência das medidas cabíveis e a aplicação das sanções previstas em lei.
[180] Art. 99. *omissis*
§2º. Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.2.2 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93;

2.3 Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno (item 2.4 da RA-E 10/14, item 3.3 da ITC 308/2015 e 2.2.3 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93;

2.4 Restrição ilegal do caráter competitivo do certame (item 2.5 da RA-E 10/14 e item 3.4 da ITC 308/2015 e 2.2.4 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93;

2.4.1 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas (item 2.5.1 da RA-E 10/14, item 3.4.1 da ITC 308/2015 e 2.2.4.1 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 14 da Lei 8.987/95;

2.4.2 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória (Referência: item 2.5.2 da RA-E 10/14, item 3.4.2 da ITC 308/2015 e 2.2.4.2 do Voto) - **base legal:** infringência aos artigo 30, III, da Lei 8.666/93 e art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988;

2.4.3 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame (item 2.5.3 da RA-E 10/1, item 3.4.3 da ITC 308/2015 e 2.2.4.3 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 21, § 2º e § 4º da Lei 8.666/93;

2.4.4 Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação (item 2.5.4 da RA-E 10/14, item 3.4.4 da ITC 308/2015 e 2.2.4.4 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 31, § 3º da Lei 8.666/93;

2.4.5 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação (item 2.5.5 da RA-E 10/14, item 3.4.5 da ITC 308/2015

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

e 2.2.4.5 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 31, III, da Lei 8.666/93;

2.4.6 Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo (item 2.5.6 da RA-E 10/14, item 3.4.6 da ITC 308/2015 e 2.2.4.6 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 31, § 2º da Lei 8.666/93;

2.5 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte (item 2.6 da RA-E 10/14, item 3.5 da ITC 308/2015 e 2.2.5 do Voto) - **base legal:** infringência ao art. 23, III, da Lei 8.987/95;

2.6 Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro (item 2.8 da RA-E 10/14, item 3.7 da ITC 308/2015 e 2.2.7 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 9º, caput e §§ 2º ao 4º, da Lei 8.987/95;

2.7 Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais (item 2.9 da RA-E 10/14, item 3.8 da ITC 308/2015 e 2.2.8 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 19, III do Decreto 99.274/90 c/c art. 8º, III da Resolução CONAMA 237/97;

2.8 Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização (item 2.10 da RA-E 10/14, item 3.9 da ITC 308/2015 e 2.2.9 do Voto) - **base legal:** infringência à Cláusula LXXVI do Contrato de Concessão de Serviço Público 01/98;

2.9 Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária (item 2.11 da RA-E 10/14, item 3.10 da ITC 308/2015 e 2.2.10 do Voto) - **base legal:** infringência à Cláusula LXXVIII do Contrato de Concessão de Serviço Público 01/98 e ao princípio da modicidade tarifária, esculpido no artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/95;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

2.10 Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro (Referência: item 2.12 da RA-E 10/14, item 3.11 da ITC 308/2015 e 2.2.11 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 9º, § 4º, da Lei 8.987/95;

2.11 Fiscalização deficiente do Poder Concedente (Referência: item 2.13 da RA-E 10/14, item 3.12 da ITC 308/2015 e 2.2.12 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 29, incisos I e VI, da Lei 8.987/95;

2.12 Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados (item 2.14 da RA-E 10/14, item 3.13 da ITC 308/2015 e 2.2.13 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 40, XI da Lei 8.666/93;

2.13 Obras executadas com qualidade inferior à contratada (item 2.16 da RA-E 10/14, item 3.15 da ITC 308/2015 e 2.2.15 do Voto) - **base legal:** infringência ao item 5 e 19 da Cláusula LXV do Contrato de Concessão de Serviço Público 01/98;

2.14 Sobrepreço da tarifa básica de Pedágio (item 2.17 da RA-E 10/14, item 3.16 da ITC 308/2015 e 2.2.16 do Voto) - **base legal:** infringência ao princípio da modicidade tarifária, esculpido no artigo 6º, § 1º, da Lei 8.987/95;

2.15 Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol (item 2.18 da RA-E 10/14, item 3.17 da ITC 308/2015 e 2.2.17 do Voto) - **base legal:** infringência ao artigo 65, II, d, §§ 5º e 6º da Lei 8.666/93 c/c artigo 9º da Lei 8.987/95;

3 assinar prazo de até 60 (sessenta) dias para que **a ARSP** (Agência de Regulação de Serviços Públicos, oriunda da fusão das antigas ARSI - Agência Reguladora de Saneamento Básico e Infraestrutura Viária do Espírito Santo e ASPE - Agência de Serviços Públicos de Energia do Estado do Espírito Santo, nos termos da Lei Complementar nº 827 de 1º de julho 2016) **tome as medidas necessárias à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos**

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), em face das irregularidades apontadas nos itens 2.2.1, 2.2.2, 2.2.4 e 2.2.5 do Voto, correspondentes aos itens 3.1, 3.2, 3.4 e 3.5 da ITC 308/2015, tendo em vista a competência atribuída a este Tribunal pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual 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;

4 realizar as seguintes determinações, tendo em vista a competência atribuída ao Tribunal de Contas pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 114, inciso III, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do RITCEES e diante da competência conferida constitucionalmente (art. 71, inciso X da Constituição Estadual), bem como art. 1º, inciso XVI, da Lei Complementar 621/2012:

4.1 em face da irregularidade constatada no **item 2.2.8**[181] **do Voto,** correspondente ao **item 3.8 da ITC** 308/2015, **determinar**:

4.1.1 ao **IEMA** que apure, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, se as outras condicionantes ambientais, além daquelas descritas nas alíneas "A.1"; "B.1"; "B.3" e "C.1" da Licença de Operação 198/2006, não foram efetivamente cumpridas e, **em conjunto com a ARSP**, calcule os efeitos financeiros incidentes sobre o Contrato de Concessão do Sistema Rodovia do Sol;

4.1.2 à **ARSP** que promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/98, cotejando os efeitos financeiros decorrentes da inobservância das condicionantes ambientais pela Concessionária Rodovia do Sol S.A como evento causador de desequilíbrio do contrato, objetivando a apuração de eventual débito ou crédito que detenha

[181] Item 2.2.8 - Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

a Concessionária para fins de possível indenização ou compensação derivada da anulação da concessão do Sistema Rodovia do Sol;

4.2 em face da irregularidade tratada **no item 2.2.9**[182] **do Voto,** correspondente ao **item 3.9 da ITC** 308/2015, **determinar** que a **ARSP** promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998, utilizando a metodologia adotada pelo RA-E 10/2013 e corroborada pela ITC 308/2015, 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 Ente Fiscalizador, entre 1999 e 2010, a título de Verba para Custeio da Fiscalização, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 6, fls. 10.454 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;

4.3 em face da irregularidade tratada **no item 2.2.10**[183] **do Voto,** correspondente ao item **3.10 da ITC 308/2015**, **determinar** que a **ARSP** promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998, utilizando a metodologia adotada pelo RA-E 10/2013 e corroborada pela ITC 308/2015, 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

[182] Item 2.2.9 - Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização.
[183] Item 2.2.10 – Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

efetivamente repassado à Polícia Rodoviária Estadual, entre 1999 e 2012, a título de Verba para Aparelhamento, apresentados, distribuídos e calculados na Tabela 7, fls. 10.459 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;

4.4 em face da irregularidade tratada **no item 2.2.11**[184] **do Voto,** correspondente **ao item 3.11 da ITC 308/2015**, **determinar** que a **ARSP** promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998, utilizando a metodologia adotada pelo RA-E 10/2013 e corroborada pela ITC 308/2015, 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;

4.5 em face da irregularidade tratada **no item 2.2.15**[185] **do Voto,** correspondente ao **item 3.15 da ITC 308/2015, determinar**:

> **4.5.1** ao **DER/ES que,** no prazo de até 180 dias, **em conjunto com a ARSP**, 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 1/1998, do DER/ES;

[184] Item 2.2.11 – Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro.
[185] Item 2.2.15 - Obras executadas com qualidade inferior à contratada.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

4.5.2 que a **ARSP** promova avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos 1/1998, utilizando a metodologia adotada pelo RA-E 10/2013 e corroborada pela ITC 308/2015, 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 1/1998**;**

4.6. em face da irregularidade tratada no **item 2.2.17**[186] **do Voto,** correspondente ao **item 3.17 da ITC 308/2015, determinar** que a **ARSP** 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 calcular o montante do débito que detém a Concessionária, e nela considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, as Ocorrências, identificadas no Apêndice O da ITC 308/2015, cujos fundamentos não tenham sido elididos pelos esclarecimentos;

4.7. o não atendimento às determinações deste Tribunal constantes do item 4 acarretará:

4.7.1 aplicação de multa aos respectivos responsáveis no valor de R$ 10.000,00 (reais mil reais), com fundamento nos artigos 135, inciso IV , da LC 621/2012, e 208 , § 2º c/c § 1º, inciso III e 389, inciso IV, estes últimos do RITCEES;

[186] Item 2.2.17 - Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

4.7.2 aplicação de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) aos respectivos responsáveis, além da multa prevista no item 4.7.1, com fundamento nos artigos 135, § 2º da LC 621/2012 e art. 391 do RITCEES;

5 não considerar a ARSP, no cálculo de avaliação econômico-financeira, para efeitos de anulação do contrato, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato, **o valor dos tíquetes que estavam em poder dos usuários da Terceira Ponte no momento da transferência da operação do Sistema, e 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 1/1998**, nos termos da análise perpetuada no **item 2.2.7 do Voto,** correspondente ao **item 3.7 da ITC 308/2015**;

6 determinar ao Diretor Geral da **ARSP**, com fundamento no inciso III[187], do artigo 57 da LC 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), que apresente no prazo de 90 dias, um plano de ação com duração máxima de 180 dias, que contenha as ações a serem realizadas para o efetivo cumprimento das deliberações deste Tribunal de Contas, no que se refere à avaliação econômico-financeira ou ao reequilíbrio econômico-financeiro e às demais propostas constantes dos itens 4.1.2; 4.2; 4.3; 4.4; 4.5, 4.6 e 5 correspondentes aos itens 5.2.2.3.1-"b"; 5.2.2.3.2; 5.2.2.3.3; 5.2.2.3.4; 5.2.2.3.5-"b"; 5.2.2.3.6; e 5.2.4 da ITC 308/2015;

7 aplicar multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) ao senhor Eduardo Antônio Mannato Gimenes, no que se refere à irregularidade constante no item 2.2.11 do Voto, correspondente ao item 3.11 da ITC 308/2015, e em relação aos senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo, manter as irregularidades reconhecidas nos itens 2.2.11 e 2.2.12 do

[187] Art. 57. Na fase de instrução, havendo indícios de irregularidade, cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator:
[...]
III - determinar a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF

Voto e 3.11 e 3.12 da ITC 308/2015, entretanto, deixar de aplicar multa, com base na fundamentação dos respectivos itens;

8 determinar ao Governo do Estado do Espírito Santo, com fundamento no art. 114, II, da LC 621/12 c/c art. 206, § 2.º, do RITCEES, para que, nas futuras concessões de serviço público, motive a escolha do índice de reajuste dos contratos e observe o disposto no art. 40, XI, da Lei 8.666/93, adotando o índice que retrate a variação efetiva do custo da tarifa;

9 promover o monitoramento do cumprimento **do Plano de Ação** a ser apresentado, nos termos do art. 194 e 195 da Resolução TCEES 261/13 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo);

10 aplicar de multa no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) à RODOSOL, **em razão do reiterado descumprimento de determinação desta Corte de Contas** para o envio de documentação, em especial da ausência de entrega da documentação relativa aos ensaios tecnológicos realizados ao tempo da obra, apesar de solicitada por esta Corte (fls. 26.239), nos termos do art.135, VI da Lei Complementar nº 621/20121 e art. 389, VI da Resolução nº 621/2013 (Regimento Interno);

11 suprimir a desrespeitosa palavra "abjeta", destacada no tópico 6 da Manifestação Técnica 516/2017 e constante no documento de fls. 25.920-25.921 (Vol. CXVII) apresentado pela Concessionária Rodovia do Sol S.A, com fundamento no art. 90, I, do RITCEES (aprovado pela Res. TC 261/2013);

12 cientificar os representantes do teor da decisão final a ser proferida, em conformidade com o disposto no §7º[188], do art. 307, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES).

[188] § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

Documento assinado digitalmente. Conferência em http://www.tce.es.gov.br/ Identificador: 76CFB-6B667-974BF