

RESUMO

PROCESSO TC:	5591/2013
JURISDICIONADO:	AGÊNCIA DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – ARSP¹
ASSUNTO:	REPRESENTAÇÃO
REPRESENTANTES:	ESTADO DO ESPÍRITO SANTO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO – ARSI MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

Trata-se de REPRESENTAÇÃO 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 n.º 001/1998 do DER/ES, referente ao Sistema Rodovia do

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 n.º 827 de 1º de julho 2016.

Sol que engloba a Ponte Deputado Darcy Castelo de Mendonça (3ª Ponte) e a Rodovia ES-060.

Após todo o trâmite processual, com produção do **Relatório de Auditoria Especial n.º 00010/2014-5**, oitiva dos responsáveis e interessados, os autos foram submetidos à análise do **Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC**, que, por meio da **Instrução Técnica Conclusiva n.º 00308/2015-4**, propôs o afastamento de 02 Achados de Auditoria, dentre os 17 tópicos elencados no Relatório Técnico, a saber:

- Expedição ilegal de licença ambiental prévia (item 3.6 da ITC);

- Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras enumeradas no Termo de Vistoria (item 3.14 da ITC).

Concluiu, por conseguinte, pela manutenção dos seguintes indícios de irregularidade:

1. Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico (item 3.1 da ITC);

2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado (item 3.2 da ITC);

3. Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno (item 3.3 da ITC);

4. Restrição ilegal do caráter competitivo do certame (item 3.4 da ITC);
 - 4.1. Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas (item 3.4.1 da ITC);

 - 4.2. Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória (item 3.4.2 da ITC);

 - 4.3. Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame (item 3.4.3 da ITC);

 - 4.4. Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação (item 3.4.4 da ITC);

- 4.5. Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação (item 3.4.5 da ITC);
- 4.6. Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo (item 3.4.6 da ITC);
5. Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte (item 3.5 da ITC);
6. Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro (item 3.7 da ITC);
7. Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais (item 3.8 da ITC);
8. Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização (item 3.9 da ITC);
9. Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária (item 3.10 da ITC);
10. Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro (item 3.11 da ITC);
11. Fiscalização deficiente do Poder Concedente (item 3.12 da ITC);
12. Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados (item 3.13 da ITC);
13. Obras executadas com qualidade inferior à contratada (item 3.15 da ITC);
14. Sobrepreço da tarifa básica de Pedágio (item 3.16 da ITC);
15. Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol (item 3.17 desta ITC);

Como proposta de encaminhamento, opinou pela concessão de 30 (trinta) dias para que a ARSI (hoje, ARSP) proceda à anulação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos n.º 001/1998, determinando, subsidiariamente, caso isso não seja realizado pelo Diretor-Geral da ARSP, que a sustação seja feita pela Assembleia Legislativa.

Além disso, sugeri que seja determinado à ARSP que promova a avaliação econômico-financeira do Contrato de Concessão de Serviços Públicos, apurando o efeito dos eventos que tenham ocorrido até a efetiva extinção do mesmo, com o objetivo de quantificar eventual débito ou crédito que detenha a Concessionária, e nela considere, como eventos causadores de desequilíbrio do contrato:

- (a) Inobservância das condicionantes ambientais (item 3.8 da ITC);
- (b) 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 do Processo 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 (item 3.9 da ITC)
- (c) 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 do Processo 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 (item 3.10 da ITC);
- (d) 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 *online* com o Governo do Estado (item 3.11 da ITC);
- (e) 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 n.º 01/1998 (item 3.15 da ITC);
- (f) Ocorrências, listadas no Apêndice O da ITC, cujos fundamentos não tenham sido elididos pelos esclarecimentos.

Subsidiariamente, caso o colegiado entenda por não determinar que a ARSP promova a anulação do contrato, que seja determinado que a mesma promova

o reequilíbrio econômico-financeiro do mesmo, considerando os eventos supracitados como causadores de desequilíbrio do contrato.

Além disso, nesse caso, sugeriu **(i)** que seja determinado ao IEMA que, *no prazo de 180 dias, tome as providências necessárias para o efetivo cumprimento, pela Concessionária Rodovia do Sol S/A, de todas as condicionantes ambientais previstas*; e **(ii)** e à ARSP que:

- (a) Institua todos os serviços previstos no PER que lhe cabem (especialmente quanto aos bancos de dados interligados com o Detran, com a Sefaz e com a Rodosol);
- (b) Determine à Concessionária Rodovia do Sol S.A que instale todos os equipamentos previstos no PER;
- (c) Caso 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

Opinou, por fim, entre outros, pela aplicação de multa individual ao senhor Eduardo Mannato Gimenes, pela prática da irregularidade identificada no item 3.11 (*alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro*) da ITC, e aos senhores José Eduardo Pereira, Maria Paula de Souza Martins e Luiz Paulo de Figueiredo, em razão das irregularidades identificadas nos itens 3.11 (*alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro*) e 3.12 (*fiscalização deficiente do Poder Concedente*) da ITC.

O **Ministério Público de Contas**, por sua vez, por meio do **Parecer da PJC n.º 04365/2015-1**, de lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu com as proposições técnicas, sugerindo, ainda, a expedição de tutela cautelar para determinar ao Diretor Geral da ARSI a suspensão imediata do Contrato de Concessão n.º 001/1998, abarcando todo o Sistema Rodovia do Sol e, no caso de a determinação não ser cumprida pelo jurisdicionado, oficia pela comunicação do fato à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, para que a mesma,

no exercício de suas prerrogativas, possa fazê-lo, sem prejuízo das sanções aos gestores que derem causa ao não cumprimento da ordem.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I – DAS PRELIMINARES

Acerca das Questões Preliminares apresentadas pela concessionária, acompanho a posição da área técnica pela rejeição.

Quanto à **Decadência**, tratada no tópico **I.1** do Voto, observo que, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, o prazo decadencial, nos casos em que se debata a revisão de contrato administrativo, inicia-se a partir do termo final do pacto.

Tal entendimento é embasado no fato de o contrato entabulado entre a concessionária e a Administração Pública ser um contrato de efeitos contínuos e, assim sendo, eventual vício na sua origem acaba se renovando durante o período de sua vigência. Nesse aspecto, portanto, não há como considerar a ocorrência de decadência, já que sequer se iniciou o curso de seu prazo.

É válido destacar, ainda, que a análise e eventual revisão do ato por este Tribunal representa um desdobramento da competência constitucional desta Corte, não podendo ser confundida com o exercício da autotutela pela Administração Pública contratante.

Em relação à **Coisa Julgada Administrativa**, abordada no tópico **I.2** do Voto, constato que a análise das questões de auditoria (QA) propostas no Relatório de Auditoria n.º 10/2014 evidencia que o escopo do atual processo se diferencia do

Processo TC 4574/2009, sendo mais ampla e muito mais aprofundada a análise do contrato de concessão e, até mesmo, do procedimento licitatório.

Nesse sentido, fica claro que as auditorias encampam aspectos diferentes do contrato e da licitação, não havendo que se falar em violação da coisa julgada administrativa no caso de conclusão diversa da alcançada no Acórdão TC 035/2010.

Além disso, é imperioso destacar precedente do Tribunal de Contas da União, que sedimenta que *“julgamentos pretéritos não fazem coisa julgada administrativa em relação a irregularidades não identificadas, por quaisquer motivos, na auditoria apreciada e posteriormente verificadas em novas fiscalizações”*.

Observo, portanto, que, não havendo correspondência entre as partes e a *causa de pedir* – compreendida, nestes autos, como extensão e peculiaridades do objeto auditado –, há de se concluir pela incongruência entre os processos e, assim sendo, não há como ser reconhecida a violação à coisa julgada administrativa pela análise e apreciação realizada neste processo.

II – DO MÉRITO

Inicialmente, acompanho a proposta técnica para reconhecer a **prescrição** da pretensão punitiva desta Corte quanto aos responsáveis cujas citações ocorreram há mais de 05 anos da data dos fatos.

Quanto ao mérito, também acompanho a área técnica pela extinção sem resolução de mérito quanto ao tópico **II.6**, relativo à **“Expedição ilegal de licença ambiental prévia”**, bem como pelo afastamento do Achado de Auditoria tratado no tópico **II.14** do Voto, referente à **“Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras numeradas no Termo de Vistoria”**, mas acrescento **Determinações** dirigidas ao Poder Concedente.

Dirirjo da área técnica, para **afastar** os Achados de Auditoria tratados nos tópicos **II.2**, **II.13** e **II.16** do Voto, a saber:

II.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado

II.13. Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados

II.16. Sobrepreço da tarifa básica de Pedágio

Acerca do **pagamento de 11,5 milhões de reais à empresa ORL** (tópico **II.2** do Voto), observo que a obrigação questionada referia-se à dívida do Estado pela construção da Terceira Ponte, e, nesse aspecto, guardava pertinência com parte do objeto licitado.

Além disso, sua exigência pelo Edital não comprometeu o princípio da modicidade tarifária, pois, respeitando a própria lógica das concessões públicas, era admissível que as despesas de construção da Terceira Ponte fossem incluídas no cálculo da tarifa de pedágio, sendo suportadas pelos usuários diretos da obra.

Nesse sentido, a nova redação do art. 42, § 6º, da Lei n. 8.987/1995 reforçou a possibilidade de uma nova concessão assumir a indenização por créditos remanescentes de investimentos do contrato anterior.

Quanto ao **índice de reajuste previsto no contrato** (tópico **II.13** do Voto), entendo não ser possível impor sua readequação retroativa ou imediata, sob pena de impactar no equilíbrio econômico-financeiro da concessão, gerando a necessidade de sua recomposição. Apesar de afastar o Achado de Auditoria, acrescento uma **Determinação**, a ser observada na hipótese de um novo certame.

Em relação ao tópico **II.16** do Voto, relativo ao “**Sobrepreço da tarifa básica de Pedágio**”, observo que a Tarifa Básica de Pedágio (TBP) é o preço cobrado dos veículos de passeio (categoria 1) na travessia da Terceira Ponte. Foi escolhida como o critério de julgamento das propostas comerciais, no Edital n. 1/1998. Desse modo, venceria a licitação quem apresentasse a menor TBP, limitada ao preço máximo de R\$ 0,95, que correspondia ao pedágio já cobrado à época. A Proposta Comercial vencedora cotou a TBP em R\$ 0,94, respeitando o teto definido.

É necessário compreender que a modicidade tarifária, no presente caso, pode ser presumida, a partir da constatação de que a proposta vencedora representava valor abaixo daquele indicado como máximo aceitável no certame e, portanto, atendia às regras impostas à licitação.

Não se mostra plausível demandar dos licitantes que não observem as regras impostas no próprio edital da licitação, quando a norma legal estabelece como um dos princípios básicos dos procedimentos licitatórios a *vinculação ao instrumento convocatório*, nos termos do artigo 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93.

Portanto, não seria exigível dos licitantes que identificassem, como proposto pelo corpo técnico, que o valor máximo permitido para a TBP não representaria a modicidade tarifária, se observados os preços referenciais de mercado, já que tal obrigação é do gestor público, a ser apurada na fase interna do certame.

Entendo que não haveria como revisar a proposta vencedora da concessão, já que o marco inicial da concessão representa um ponto de equilíbrio da relação.

Nesse mesmo sentido, observo que o único critério para aferir qual licitante se sagraria vencedor do certame era a menor Tarifa Básica de Pedágio, ou seja, em momento algum, o edital indicou que a Taxa Interna de Retorno ou qualquer outro item que compusesse a proposta apresentada seria considerado para o fim de apurar o vencedor.

Não me parece adequado, adotando como parâmetros de custo os valores referenciais utilizados pelo corpo técnico, redimensionar a proposta da licitante vencedora, adotando, ainda, como padrão de TIR, percentuais presentes no Estudo de Viabilidade de 1997, que sequer foram considerados pela Administração Pública quando da edição do edital em análise. Destaco que, de acordo com a fundamentação técnica, a TIR apresentada pela licitante vencedora (16,80%) sequer alcançaria o mínimo praticado pelo mercado (18,00%), de acordo com o Estudo de Viabilidade de 1997, o que poderia evidenciar a inexecutabilidade da proposta.

Assim sendo, também não me parece presumível considerar que uma empresa licitante teria algum interesse ou vantagem em supervalorizar índices de sua composição de custos, uma vez que isso, em tese, implicaria em uma Tarifa Básica de Pedágio com maior valor agregado, o que poderia colocar em risco a vitória na licitação.

Além disso, considerando que o único critério de avaliação das propostas era o valor da TBP, há de se concluir que o resultado da licitação teria sido o mesmo, caso a licitante tivesse adotado os valores referenciais indicados pelo corpo técnico para composição de seus custos, bem como uma taxa interna de retorno maior, de forma a alcançar os mesmos R\$ 0,94 (noventa e quatro centavos), observando que não havia no edital qualquer vedação à utilização de TIR maior que 20,00%, indicado pelo corpo técnico como máximo praticado pelo mercado, segundo o Estudo de Viabilidade de 1997.

Partindo desse pressuposto, entendo que a análise de eventuais prejuízos e da constatação de desequilíbrio na relação contratual deva ser realizada a partir da ocorrência de eventos posteriores e da edição de aditivos ao contrato original, devendo ser observada a existência (ou não) de embasamento legal e material para a sua edição.

Isso posto, deixo de acompanhar a área técnica no que diz respeito à identificação de sobrepreço na tarifa básica originária do pedágio. No entanto, determino à ARSP que apure, em procedimento próprio:

- A existência de eventos de desequilíbrio na relação contratual a partir da edição de aditivos ao contrato original, devendo ser observada a existência (ou não) de embasamento legal e material para a sua edição e, por consequência, para a revisão da tarifa de pedágio.

Determino, ainda, na possibilidade de haver futuro procedimento licitatório, que o edital, embasado em estudos prévios, pormenorize os critérios de aferição da aceitabilidade das propostas apresentadas, em especial no que tange à taxa interna de retorno e os valores previstos para os encargos da concessão.

Acompanho a área técnica pela **manutenção** dos demais Achados de Auditoria, sobre os quais passo a discorrer, resumidamente.

Quanto aos tópicos **II.7**, **II.8**, **II.9** e **II.10**, acompanho integralmente a análise técnica, acrescentando **Determinações**:

- II.7.** Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro
- II.8.** Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais
- II.9.** Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização
- II.10.** Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária

Em relação aos Achados tratados nos tópicos **II.1**, **II.4** e **II.5** do Voto, a análise conclusiva sugeriu a **nulidade** do certame:

II.1. Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico

II.4. Restrição ilegal do caráter competitivo do certame

II.5. Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte

Apesar de acompanhar a área técnica na **manutenção** desses Achados de Auditoria, divirjo da proposta técnica de determinação de nulidade, conforme abordado no **tópico III** do Voto.

Observo que a licitação e o contrato administrativo datam de mais de 20 (vinte) anos, tendo, durante grande parte desse período, produzido efeitos sem qualquer questionamento por parte da Administração Pública ou de terceiros.

Além disso, há de se considerar que a anulação do certame e/ou do contrato, implica em repassar à Administração Pública Estadual a obrigação de gerir o objeto da licitação (trechos rodoviários, recursos e estrutura necessária para atender às demandas que surjam), impondo a necessidade de organização de recursos físicos e humanos capazes de atender à complexidade de tal obrigação.

Em casos como o presente, a doutrina e a jurisprudência pátria sugerem que a Administração, no exercício da autotutela, ou o julgador, no exercício do controle externo, sopesse se o interesse público se sobrepõe na anulação do ato administrativo viciado ou na convalidação do mesmo.

No mesmo sentido, vale colacionar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual a Corte consignou que *é de se ter em mente que os vícios encontrados nos atos administrativos, ao contrário dos vícios dos atos privados, podem afetar interesses de terceiros, podendo ocorrer que, diante do caso concreto, a manutenção do ato irregular seja menos prejudicial ao interesse público do que sua anulação, desde que não haja dolo e dele não resulte prejuízo ao erário.*

Ainda nessa linha, manifestou-se o Tribunal de Contas da União no sentido de reconhecer que a legalidade e a segurança jurídica são princípios equivalentes no âmbito do Direito Administrativo, razão pela qual *não poderia a Administração permanecer indefinidamente engessada diante da rigidez da norma, em detrimento do interesse público e da estabilidade das relações jurídicas, a ponto de negar validade aos atos praticados por seus agentes, quando revestidos da presunção de legitimidade e legalidade e após produzidos jurídicos efeitos em favor dos seus destinatários.*

Feitos tais destaques, em observância ao interesse público e à estabilidade das relações jurídicas – reiterando que o contrato ora em análise já se encontra em vigência há mais de 20 (vinte) anos –, dirijo do posicionamento técnico e entendo pelo afastamento da imposição de anulação do Contrato de Concessão n.º 001/1998.

Acerca dos tópicos **II.11** e **II.12** do Voto, referentes, respectivamente à **“Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro”** e à **“Fiscalização deficiente do Poder Concedente”**, observo que todos os gestores adotaram providências para o reequilíbrio contratual, razão pela qual afasto a proposta técnica para a imputação de multa por omissão aos responsáveis citados.

Em relação ao Achado de Auditoria abordado no tópico **II.15 – Obras executadas com qualidade inferior à contratada**, cabem algumas considerações.

Quanto ao Pavimento, a equipe técnica verificou que **espessura do revestimento** foi executada com 5 cm, número considerado inferior ao exigido pelas normas técnicas e pela literatura especializada, correspondente a 10 cm, para o trecho Rodovia Darly Santos / Setiba, e a 7,5 cm, para o Contorno de Guarapari.

Observo que o Edital não fixou a espessura do revestimento, limitando-se a indicar uma referência para a elaboração das propostas comerciais. A espessura adequada deveria ser estipulada no projeto final de engenharia, ou seja, no projeto executivo da licitante vencedora.

A divergência entre a espessura mínima executada e a apurada pela área técnica mostra-se de difícil solução, pois o Edital deixou de fixar o padrão adequado e a concessionária não demonstrou o cálculo do revestimento, incluindo todos os fatores nele computados, como o volume de tráfego e as características do tráfego na rodovia, fatores que deveriam ser evidenciados no projeto executivo da licitante vencedora.

Constata-se, pois, que não existem dados que reflitam, com precisão, as condições de tráfego na rodovia, no momento da licitação. As informações da concessionária e do DER são deficientes, enquanto que o dimensionamento feito pela área técnica, embora criterioso e detalhista, busca aproximar-se da realidade à época, não se podendo afirmar que a traduza.

Diante da deficiência de dados retroativos ao certame, entendo ser imprescindível apurar as características atuais do tráfego na Rodovia do Sol, considerando as peculiaridades de cada percurso e incluindo a estimativa de crescimento até o final da concessão. O procedimento é justificável, já que o PER atribuiu, à concessionária, a obrigação de estipular, corretamente, a espessura do revestimento, por meio do projeto executivo.

A medida permitirá aferir, com a maior precisão possível, os fatores determinantes ao cálculo do número N, bem como a espessura mínima adequada a cada segmento da concessão.

A propósito, para que o trabalho seja eficaz, a aferição deverá abranger os diferentes percursos da rodovia, conforme as necessidades e particularidades de cada um, não se restringindo, apenas, aos trechos Darly Santos / Setiba e Contorno de Guarapari.

Por sua vez, os **Controles Tecnológicos** do pavimento constituem critérios de qualidade, referentes às condições de Superfície, Conforto, Deflectometria / Vida Remanescente e Segurança.

A equipe técnica relatou a prospecção em 20 pontos da rodovia, ressaltando que, em razão da pequena quantidade de ensaios e do escasso tempo de trabalho, objetivou-se, apenas, instruir a auditoria. Constatou que todas as camadas do pavimento (subleito, sub-base, base e revestimento) apresentaram problemas quanto aos controles de qualidade previstos no PER e nas normas técnicas.

Mostra-se, portanto, imprescindível determinar que o Poder Concedente, por meio de seus órgãos, realize os ensaios recomendados nas normas técnicas e verifique se o padrão de qualidade das camadas do pavimento foi cumprido, conforme exigido no PER e nas normas correspondentes.

O descumprimento dos controles tecnológicos somente constituirá um fator de desequilíbrio contratual se, por qualquer motivo, como a extinção do contrato, recusa ou omissão da concessionária, não for possível adequar as obras à qualidade exigida. Nesse caso, caberá à ARSP apurar o valor do Investimento economizado, obtido pela diferença entre o padrão contratado, constante do PER e das normas técnicas, e o executado, incluindo o montante como um fator de desequilíbrio contratual.

Quanto ao tópico **II.17**, relativo ao “**Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol**”, acompanho a área técnica para manter os eventos de desequilíbrio contratual identificados, sem prejuízo aos fatos posteriores a 31 de dezembro de 2012.

Observo, ainda, que a relação de equilíbrio econômico-financeiro deve ser preservada durante toda a execução contratual, ou seja, a equivalência entre os encargos assumidos e a remuneração auferida pela concessionária não pode ser alterada no decorrer das concessões públicas.

A superveniência de alterações nas condições inicialmente contratadas poderá ou não afetar a equação econômico-financeira da concessão, considerando que a distribuição contratual dos riscos deve ser respeitada e que o equilíbrio econômico-financeiro não pode ser prejudicado.

Por essa razão, faz-se necessário apresentar a Teoria das Áleas, responsável por identificar as áleas (ou riscos) que o particular assume ao contratar com a Administração Pública.

Destacam-se as *áleas ordinárias*, que são aquelas caracterizadas por eventos previsíveis e gerenciáveis, corriqueiros de qualquer atividade empresarial e atinentes a um projeto específico. Como possuem tais características, são de responsabilidade exclusiva do concessionário, não cabendo qualquer discussão acerca de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro quando constatada a sua ocorrência.

Já as *áleas extraordinárias* são aquelas caracterizadas por ocorrências imprevisíveis e inevitáveis, que impactam de forma significativa no equilíbrio da relação das partes, tornando-se impositiva a sua recomposição.

As *áleas extraordinárias* são subdivididas em *áleas econômicas* e *áleas administrativas*.

As *áleas econômicas* são os eventos econômicos que podem causar impacto no equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse sentido, é imperioso que o edital e o contrato pormenorizem quais os eventos econômicos correm por conta do concessionário, de forma a alertar que sua eventual ocorrência não importará na promoção de recomposição de equilíbrio.

Já as *áleas administrativas* caracterizam-se pelo poder da Administração Pública de, por ato unilateral, impactar direta ou indiretamente na concessão, gerando efeitos que culminem em desequilíbrio na equação econômico-financeira.

No caso concreto, a execução do Contrato 01/98 foi afetada por eventos inseridos tanto na álea ordinária, quanto na extraordinária, que repercutiram ou não sobre o equilíbrio da concessão, segundo a matriz de risco contratada.

Nos termos do Edital 01/98 e do Contrato 01/98, o equilíbrio econômico-financeiro da concessão consiste na manutenção da Taxa Interna de Retorno (TIR) contratada e na preservação do Valor Presente Líquido (VPL) igual a zero, ainda que as condições inicialmente contratadas sejam modificadas.

Segundo o Fluxo de Caixa calculado na Instrução Técnica Conclusiva, a situação de equilíbrio contratual (VPL igual a zero) somente seria alcançada com uma taxa interna de retorno de 24,59%, superior à TIR contratada (16,80%).

Por outro lado, a aplicação da TIR contratual (16,80%) sobre o Fluxo de Caixa calculado na Conclusiva geraria o Valor Presente Líquido (VPL) de R\$ 17.383.274,75 (dezessete milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e setenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), na data-base de outubro de 1998, que, capitalizado até 2014 e atualizado até outubro de 2013, alcançaria R\$ 613.388.613,57 (seiscentos e treze milhões, trezentos e oitenta e oito mil, seiscentos e treze reais e cinquenta e sete centavos), na data-base de outubro de 2013.

Diante desses resultados, a área técnica concluiu que o Contrato 01/98 estaria desequilibrado, beneficiando a concessionária.

O cálculo efetuado pela equipe técnica, que resultou em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da concessionária no valor de R\$ 17.383.274,75, na data-base de outubro de 1998, foi baseado em algumas premissas que considero equivocadas.

Em primeiro lugar, a questão da avaliação dos investimentos, já que entendo que os mesmos não poderiam ter seus valores reavaliados pela equipe do Tribunal pois, de acordo com a matriz de risco inerente ao Contrato 01/98, estão

inseridos como risco da concessionária, só devendo ser reavaliados aqueles acrescentados por meio de aditivos.

Como a equipe técnica não computou tais itens como risco, procedeu à reavaliação de alguns investimentos por preços referenciais de engenharia, obtendo valores inferiores àqueles constantes da Proposta Comercial, utilizando tais valores paradigmas no cálculo da avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Além disso, a exatidão dos valores de algumas obras e serviços depende de apuração pelo Poder Concedente e poderá alterar significativamente o Valor Presente Líquido da concessão, como se verá no subitem **II.17.1** (Investimentos), a exemplo das Desapropriações e da Conservação Especial.

A propósito, o Investimento de Conservação Especial foi computado como zero pela equipe de auditoria, sendo que o valor apontado pela concessionária (cerca de R\$ 40 milhões) representa mais de 53% da diferença de R\$ 76 milhões entre os cálculos da Rodosol e da área técnica quanto ao total de Investimentos, conforme demonstrado na Tabela de folha 260.

Por outro lado, não considero adequada a forma de capitalização e atualização do Valor Presente Líquido de R\$ 17.383.274,75, que, segundo cálculo da área técnica, resultou em R\$ 613.388.613,57, na data-base de outubro de 2013.

Segundo consta da Instrução Técnica Conclusiva, o Valor Presente Líquido (VPL) de outubro de 1998 foi capitalizado multiplicando-se o mesmo pela TIR contratual (16,80%) elevada à potência 16 e, em seguida, atualizado pelo índice de reajuste contratual do período de 1998 a 2013.

De plano, observa-se que o índice de atualização extraído desse cálculo é cerca de 3.429%, muito superior a quaisquer índices inflacionários medidos no período. A título de ilustração, no intervalo de agosto de 1998 a agosto de 2013, a Taxa SELIC acumulada somou 773%, enquanto que o CDI e a Poupança (na

regra de correção antiga) totalizaram, respectivamente, 762% e 240%, conforme dados do Banco Central.

O índice encontrado (3.429%) decorreu, em grande parte, da capitalização do Valor Presente Líquido (VPL) pela TIR do Contrato, elevada à potência 16, o que não encontra respaldo na melhor técnica financeira. A TIR pode ser utilizada comparativamente a outros índices para fins de análise do custo de oportunidade do negócio, mas não para efeito de correção financeira.

Além disso, a capitalização e a atualização monetária incidiram sobre o VPL de outubro de 1998 de modo concomitante e sobre períodos diferentes, sendo a primeira até 2014 e a correção monetária até outubro de 2013.

Portanto, concluo que o montante de R\$ 17.383.274,75, na data-base de outubro de 1998, e o montante de R\$ 613.388.613,57, na data-base de outubro de 2013, não expressam o Valor Presente Líquido (VPL) do Contrato 01/98 e não podem ser utilizados para avaliar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Isto posto, ressalto que a relevância da análise técnica quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão situa-se, especialmente, na identificação dos fatores que afetaram a relação contratual.

É necessário reforçar, também, que a presente Auditoria limitou-se aos fatos ocorridos até 31 de dezembro de 2012, sem considerar eventos posteriores que possam ter interferido na equação contratual, motivo pelo qual a matéria não foi esgotada.

A definição dos parâmetros mostra-se mais importante, inclusive, que o valor propriamente dito, já que esse poderá sofrer alterações, por exemplo, em razão da comprovação dos Investimentos com Conservação Especial, Desapropriação e Posto de Fiscalização (subitem **II.17.1** – Avaliação dos Investimentos).

Nesse contexto, ao invés de indicar os valores que devem integrar a equação contratual, o Voto pretende definir os eventos de desequilíbrio a serem considerados e os correspondentes critérios de aferição.

Quanto aos eventos de desequilíbrio contratual, ou seja, fatos supervenientes que alteraram as condições iniciais contratadas, é preciso registrar que, no Relatório de Auditoria, foram constatadas dezesseis Ocorrências até 31 de dezembro de 2012:

- II.17.1.** Avaliação dos Investimentos;
- II.17.2.** Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
- II.17.3.** Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte;
- II.17.4.** Atraso na homologação do reajuste tarifário;
- II.17.5.** Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol;
- II.17.6.** Suspensão da cobrança da outorga;
- II.17.7.** Recebimento de receitas alternativas;
- II.17.8.** Mudanças na legislação da COFINS;
- II.17.9.** Mudanças na legislação do PIS;
- II.17.10.** Mudanças na legislação da CPMF;
- II.17.11.** Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização;
- II.17.12.** Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público e Infraestrutura Viária – TRV;
- II.17.13.** Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;
- II.17.14.** Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009;
- II.17.15.** Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa;
- II.17.16.** Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra.

Destaco que as Ocorrências 15 (Avaliação dos custos de mão de obra operacional e administrativa) e 16 (Avaliação dos custos operacionais e administrativos, exclusive mão de obra) foram excluídas do rol de eventos de desequilíbrio da concessão, de acordo com a Instrução Técnica Conclusiva, posição que acompanho.

A área técnica manteve as demais Ocorrências, entendimento que também acompanho, conforme detalhado no Voto.

Cabem algumas considerações acerca da **Ocorrência 1 – Avaliação dos Investimentos**, tratada no tópico **II.17.1** do Voto.

Acerca da **Ocorrência 1**, deve-se partir da premissa de que o risco dos investimentos foi contratualmente atribuído à concessionária.

Uma consequência natural do risco dos investimentos é que, mantidas as condições contratuais, os valores das obras e serviços constantes da proposta comercial vencedora devem ser preservados ao longo da concessão, independentemente do gasto efetivo na execução do objeto contratado.

Por outro lado, a superveniência de eventos situados na álea extraordinária do contrato, alheios ao risco atribuído à concessionária, modificam as condições iniciais contratadas e repercutem sobre o equilíbrio econômico-financeiro, exigindo sua recomposição, tal como estabelecem as cláusulas contratuais XII e XX.

Nos presentes autos, constam informações de que os valores de alguns dos investimentos constantes do Contrato 01/98 foram alterados pelo 1º e 2º Termos Aditivos, assinados em 2002 e 2005, respectivamente. Os aditamentos contratuais resultaram na exclusão de algumas obras previstas na proposta comercial, na inclusão de novas obras e no aumento de valor de alguns investimentos originais.

Na documentação encartada, tais alterações não foram detalhadas, por exemplo, com informações sobre os itens e os quantitativos modificados em cada investimento e a natureza dessas modificações (se situadas na álea ordinária ou extraordinária), dados imprescindíveis para concluir se os valores incrementados no 1º e 2º Termos Aditivos não se inseriram no risco da concessionária.

De qualquer forma, a regular execução das obras e serviços contratados deverá ser atestada pela ARSP e eventuais inexecuções totais ou parciais deverão ser consideradas para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato 01/98.

Sob tais aspectos e considerando que a presente análise se limita à documentação dos autos e não abrange eventos posteriores a 2012, concluo que, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato 01/98, os investimentos não alterados ao longo da concessão devem ser computados pelos valores cotados na proposta comercial, observada sua regular execução, ou seja, respeitando os padrões exigidos no Programa de Exploração de Rodovias (PER).

Seguem elencados os **Investimentos que não sofreram alterações em relação ao Contrato**, devendo ser computados pelo valor da Proposta Comercial, desde que regularmente executados:

1. Obras de ampliação e recuperação:

1.3. Duplicação da ponte do rio Jucu

1.4. Implantação do Complexo da Praça do Pedágio na Rod. do Sol

3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração:

3.1. Sistema de Arrecadação

3.2. Posto Geral de Fiscalização

3.3. Sistema de Pesagem Móvel

3.4. Sistema de Controle de Velocidade

3.6. Sistema de Monitoração e Controle do Tráfego

3.7. Centro de Controle Operacional / Sistema de Telecomunicação

3.8. Equipamentos de Veículos da Administração

Entretanto, eventuais inexecuções devem ser consideradas no equilíbrio contratual, conforme analisado nos tópicos **II.11** (Alteração nas exigências de

operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro) e **II.12** (Fiscalização deficiente do Poder Concedente) deste Voto.

Acerca do **Posto Geral de Fiscalização**, é preciso destacar que a obra de construção não sofreu alterações contratuais, devendo ser computada pelo valor constante da Proposta Comercial, para fins de avaliação econômico-financeira, desde que regularmente executada. Por sua vez, quanto à execução dos serviços operacionais e à aquisição de equipamentos e sistemas vinculados ao Posto Geral, questionadas pela área técnica, cabe ao Poder Concedente verificar sua efetiva realização, conforme exigido no contrato. Havendo obras e serviços não realizados, seu valor deverá ser apurado na proporção de sua participação no preço cotado na Proposta Comercial e considerado no equilíbrio contratual.

Quanto aos **Investimentos excluídos pelo 1º ou 2º Termos Aditivos**, entendo caber uma determinação à ARSP para que seus valores sejam retirados da avaliação econômico-financeira da concessão, conforme previstos na Proposta Comercial, a saber:

1. Obras de ampliação e recuperação:

- 1.2. Duplicação ES-060 / Graçaí a Meaípe
- 1.5. Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí (1ª etapa)
- 1.6. Contorno de Guarapari / Setiba a Praia de Graçaí (2ª etapa)
- 1.7. Interligação Av. Carlos Lindemberg a 3ª Ponte

A seu tempo, os **Investimentos incluídos por aditivos contratuais**, relacionados a seguir, devem ser avaliados pelos preços referenciais de engenharia, considerando, ainda, sua regular execução:

1. Obras de ampliação e recuperação:

1.5.R. Contorno de Guarapari / trecho Setiba a Rodovia Jones dos Santos Neves

1.6.R. Contorno de Guarapari / trecho Rodovia Jones dos Santos Neves a Meaípe

Quanto aos **Investimentos alterados por aditivos contratuais**, nesse momento, não é possível verificar quais valores devem integrar a equação econômico-financeira do contrato.

Primeiramente, é necessário que o Poder Concedente analise os itens e os quantitativos modificados em cada obra ou serviço, bem como a natureza dessas modificações, atestando se as alterações extrapolaram o risco da concessionária e se devem ser objeto de recomposição.

Se não tiverem sofrido alterações em comparação com o PER ou se as modificações estiverem incluídas no risco da concessionária, tais Investimentos deverão ser considerados pelo valor da Proposta Comercial, desde que regularmente executados.

Com base nos precedentes do TCU, entendo que o Poder Concedente deverá elaborar e justificar o método de avaliação das alterações contratuais, considerando os preços referenciais de engenharia.

A adoção de preços referenciais para as alterações dos investimentos visa a garantir que os valores dos investimentos incluídos ou aumentados observem as condições praticadas no mercado. Além disso, não interfere no risco da concessionária, pois esse se encontra estritamente limitado à proposta comercial.

Observo que os seguintes Investimentos foram alterados em relação à Proposta Comercial:

1. Obras de ampliação e recuperação:

1.1. Duplicação ES-060 / trecho Rod. Darly Santos a Setiba

1.8. Recuperação e modernização da 3ª Ponte

1.9. Conservação Especial

2. Desapropriações

3. Infraestrutura para serviços de operação, conservação e administração:

3.5. Sistema de Atendimento ao Usuário

Cabem, ainda, algumas considerações sobre os Investimentos previstos na concessão.

Quanto à **Recuperação e Modernização da Terceira Ponte**, entendo que, diante da falta de comprovação do acréscimo de serviços ou quantitativos de recuperação e modernização da Terceira Ponte, capaz de justificar o aumento do gasto pelo 2º Aditivo, acompanho a área técnica, no sentido de que deverá ser mantido o valor cotado na Proposta Comercial, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, desde que regularmente executado.

No que se refere à **Conservação Especial**, observo que o Programa de Exploração de Rodovias (PER) a definiu como o conjunto de obras e serviços de maior porte ou complexidade técnica, incluindo recuperações e adequações a novas tecnologias, que, devido ao término da vida útil dos componentes do sistema viário, mostra-se necessário à preservação do investimento inicial.

O setor técnico ressaltou que a análise dos projetos de engenharia era indispensável à verificação da natureza, dos quantitativos, do momento e dos locais da eventual execução do Investimento, sendo fundamental, inclusive, para diferenciá-lo da Conservação de Rotina, classificada como Custo. Diante da não

apresentação dos projetos, não foi possível verificar se as obras e serviços foram realizados, razão pela qual a área técnica considerou o Investimento como zero no equilíbrio contratual.

Entendo que a posição do corpo técnico, exposta na instrução conclusiva, reflete a realidade evidenciada no momento em que se realizou a auditoria, com base na documentação presente nos autos.

No entanto, não há como concluir, de forma cabal, que, durante todo o período do contrato, não foram realizados quaisquer investimentos relativos à Conservação Especial no trecho da concessão.

Da mesma forma, a ausência nos autos dos documentos que identifiquem a realização de fiscalização e monitoramento regulares, por parte do Poder Concedente, dificulta a aferição das condições da concessão durante todo o período, em especial o atendimento às condições previstas no PER, e, assim sendo, do êxito de eventuais investimentos pertinentes à conserva especial.

Há de ser destacado, ainda, que, em princípio, também não há qualquer justificativa para o aumento do valor atinente à conservação especial, materializado no 2º Aditamento Contratual – de R\$ 35.693.568,80 para R\$ 40.801.000,00 –, uma vez que o suscitado aditamento não foi acompanhado de fundamentação técnica que ilustrasse a acréscimo de investimentos que deveriam ser realizados, de forma a compensar a majoração.

Portanto, por entender que os subsídios encontrados nos autos são insuficientes para atestar de forma conclusiva pela realização (ou não) dos investimentos pertinentes à conservação especial, bem como a sua extensão, concluo por determinar à ARSP que apure tais informações, em procedimento próprio.

Em relação às **Desapropriações** (item 2), a área técnica computou apenas os gastos cuja documentação atendia aos parâmetros de comprovação considerados na auditoria.

Há de se destacar que, a despeito de não ter sido apresentada a documentação comprobatória por parte da concessionária do montante que afirma ter despendido, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, foram encontrados processos nos quais houve a comprovação de pagamento, por parte da Rodosol, de valores que ultrapassam os R\$ 195.587,81, identificados pelo corpo técnico.

Apenas a título ilustrativo, nos autos do Processo n.º 0034647-91.2002.8.08.0021, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos e Meio Ambiente de Guarapari/ES, a concessionária, em acordo firmado com a parte contrária, comprometeu-se ao pagamento de R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais), além de R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), devidos a título de honorários advocatícios.

Em sentença datada de 03/06/2019, o processo foi extinto, *em razão do depósito integral do crédito acordado na fase de execução*, sendo possível constatar, por consequência, o efetivo dispêndio do valor supracitado por parte da concessionária.

No mesmo sentido, nos autos do Processo n.º 0032685-33.2002.8.08.0021, em trâmite perante a mesma Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos e Meio Ambiente de Guarapari/ES, houve a condenação da concessionária ao pagamento de R\$ 807.934,05 (oitocentos e sete mil, novecentos e trinta e quatro reais e cinco centavos) pela área desapropriada, o que, conforme sentença datada de 12/12/2017, já foi integralmente realizado.

Dessa forma, considerando não ser possível precisar, com os dados constantes destes autos, o valor despendido pela concessionária com as indenizações decorrentes dos processos de desapropriação, mas entendendo restar aparente que o valor é maior que os R\$ 217.759,06 identificados pelo corpo técnico, dirirjo

parcialmente da área técnica e apresento a proposta de Determinação à ARSP para que os dados sejam apurados.

DISPOSITIVO DO VOTO

Pelo exposto, com fundamento nos artigos 71, *caput*, 95, inciso II, e 99, § 2º, da Lei Complementar n. 621/2012, nos artigos 194 e 329, §§ 3º e 7º, da Resolução TC n. 261/2013 e nos artigos 3º, 4º, incisos IV e V, e 8º da Resolução TC n. 278/2014, divergindo, em parte, da área técnica e do Ministério Público de Contas, voto por:

1. NÃO ACOLHER as Preliminares de:

I.1. Decadência

I.2. Coisa Julgada Administrativa

2. Reconhecer a PRESCRIÇÃO da pretensão punitiva desta Corte, extinguindo o processo, em relação aos seguintes responsáveis:

- JORGE HÉLIO LEAL – tópicos **II.1**, **II.3**, **II.4**, **II.5**, **II.6**, **II.7**, **II.11** e **II.14** deste Voto
- ADIOMAR MALBAR DA SILVA – tópico **II.3** deste Voto
- SÉRGIO LUIZ COELHO DE LIMA – tópico **II.3** deste Voto
- PAULO AUGUSTO JABOUR DE REZENDE – tópico **II.3** deste Voto
- ROGÉRIO VASQUES BENEZATH – tópico **II.3** deste Voto
- EDIVALDO CORREA DE ASSIS – tópico **II.3** deste Voto
- MARIALVA LYRA DA SILVA – tópico **II.6** deste Voto
- JORGE ALEXANDRE DA SILVA – tópico **II.6** deste Voto
- ALTAMIRO THOMAZ – tópicos **II.7** e **II.15** deste Voto
- JADIR VIANA DOS SANTOS – tópico **II.8** deste Voto
- SÍLVIO RAMOS – tópico **II.11** deste Voto
- LÚCIA VILARINHO – tópico **II.11** deste Voto

3. Julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a Representação;

4. MANTER os seguintes Achados de Auditoria:

II.1. Abertura de procedimento licitatório com elementos insuficientes de Projeto Básico (item 3.1 da Conclusiva)

II.3. Inexistência de aprovação do edital pela assessoria jurídica ou pelo controle interno (item 3.3 da Conclusiva)

II.4. Restrição ilegal do caráter competitivo do certame (item 3.4 da Conclusiva)

II.4.1. Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas (item 3.4.1 da Conclusiva)

II.4.2. Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória (item 3.4.2 da Conclusiva)

II.4.3. Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame (item 3.4.3 da Conclusiva)

II.4.4. Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação (item 3.4.4 da Conclusiva)

II.4.5. Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação (item 3.4.5 da Conclusiva)

II.4.6. Exigência de garantia de manutenção de proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo (item 3.4.6 da Conclusiva)

II.5. Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte (item 3.5 da Conclusiva)

II.7. Acréscimo irregular de verba rescisória para fins de reequilíbrio econômico-financeiro (item 3.7 da Conclusiva)

II.8. Expedição de licença de operação sem o cumprimento de todas as condicionantes ambientais (item 3.8 da Conclusiva)

II.9. Repasse a menor da Verba para Custeio da Fiscalização (item 3.9 da Conclusiva)

II.10. Repasse a menor da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária (item 3.10 da Conclusiva)

II.11. Alteração nas exigências de operação/administração sem correspondente equilíbrio-econômico financeiro (item 3.11 da Conclusiva)

II.12. Fiscalização deficiente do Poder Concedente (item 3.12 da Conclusiva)

II.15. Obras executadas com qualidade inferior à contratada (item 3.15 da Conclusiva)

II.17. Desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão do Sistema Rodovia do Sol (item 3.17 da Conclusiva)

5. AFASTAR os seguintes Achados de Auditoria:

II.2. Inclusão, como obrigação da concessionária, do pagamento de dívida do Estado (item 3.2 da Conclusiva)

II.13. Índice de reajuste inadequado ao perfil dos serviços prestados (item 3.13 da Conclusiva)

II.14. Não comprovação de cumprimento das pendências nas obras numeradas no Termo de Vistoria (item 3.14 da Conclusiva)

II.16. Sobrepreço da tarifa básica de Pedágio (item 3.16 da Conclusiva)

6. EXTINGUIR o processo sem resolução de mérito, em relação ao seguinte Achado de Auditoria:

II.6. Expedição ilegal de licença ambiental prévia

7. DEIXAR de aplicar multa aos seguintes responsáveis:

- EDUARDO ANTÔNIO MANNATO GIMENES – tópico **II.11** do presente Voto
- JOSÉ EDUARDO PEREIRA – tópicos **II.11** e **II.12** do presente Voto
- MARIA PAULA DE SOUZA MARTINS – tópicos **II.11** e **II.12** do presente Voto
- LUIZ PAULO DE FIGUEIREDO – tópicos **II.11** e **II.12** do presente Voto

8. DETERMINAR, ao Poder Concedente, por meio de seus órgãos e no limite das atribuições de cada um, em especial, da Agência de Regulação do Serviço Público (ARSP), que, no **prazo de 180 (cento e oitenta) dias**, elabore um **Plano de Ação para a fiscalização** do Contrato n. 1/1998, que deverá contemplar:

8.1. em atenção ao tópico **II.8** deste Voto, a verificação do cumprimento das condicionantes ambientais exigidas para o Contrato 1/1998

8.2. em atenção ao tópico **II.11** deste Voto:

8.2.1. a verificação da execução de todos os Investimentos e Serviços previstos no PER, quanto ao Posto de Fiscalização, instalação de equipamentos de Apoio e Infraestrutura à Fiscalização de veículos e de condutores, Postos de Pesagem e comunicação *on line* com o Banco de Dados da concessionária, verificando as inexecuções.

8.2.2. a implementação dos serviços e investimentos, sob sua competência (como a comunicação *on line* com o Banco de Dados), ainda não realizados, cuja execução seja necessária e possível, ou a exigência do cumprimento pela concessionária, se for o caso.

8.3. em atenção ao tópico **II.12** deste Voto:

8.3.1. a análise da adequação do sistema de arrecadação às premissas do PER;

8.3.2. o controle do intervalo de tempo para a cobrança da tarifa;

8.3.3. o controle do intervalo de tempo entre a chegada à praça de pedágio e à cabine de cobrança;

8.3.4. a verificação da confiabilidade do sistema de contagem de fluxo e arrecadação;

8.3.5. o controle da fluidez do tráfego em todos os trechos concedidos, com resultados conclusivos sobre a quantidade de hora/ano em cada nível, por segmento homogêneo.

8.4. em atenção ao tópico **II.14** deste Voto, toda a documentação relacionada ao Edital e Contrato de concessão seja conservada e organizada, observando a ordem cronológica, a fim de garantir maior controle e transparência.

8.5. em atenção ao tópico **II.15** deste Voto:

8.5.1. quanto ao dimensionamento do pavimento, a apuração das características atuais do tráfego na Rodovia do Sol, considerando as peculiaridades de cada percurso e incluindo a estimativa de crescimento até o final da concessão, buscando aferir, com a maior precisão possível, os fatores determinantes ao cálculo do número N, bem como a espessura mínima adequada a cada segmento da concessão.

8.5.2. quanto aos controles tecnológicos do pavimento, a realização dos ensaios recomendados nas normas técnicas, verificando se o padrão de qualidade das camadas do pavimento foi cumprido, conforme exigido no PER e nas normas correspondentes.

8.6. em atenção ao tópico **II.17.1** deste Voto:

8.6.1. quanto aos Investimentos modificados por aditivos contratuais, a demonstração e a justificativa das modificações introduzidas em relação à Proposta Comercial e ao Programa de Exploração de Rodovias (PER), inclusive quanto aos quantitativos

8.6.2. quanto à Conservação Especial:

8.6.2.1. a apuração da existência de projetos e investimentos devidamente comprovados e realizados a título de conservação especial durante o período de vigência da concessão;

8.6.2.2. a verificação da existência de acréscimo nos quantitativos dos investimentos que deveriam ser realizados a título de conserva especial, que justificassem o acréscimo dos valores, como materializado no 2º Aditamento Contratual;

8.6.2.3. a apuração da efetiva condição dos itens contemplados pela conservação especial durante o período da concessão, de forma a aferir se os mesmos se encontraram de acordo com as condições estabelecidas no contrato e no PER durante todo o período;

8.6.2.4. munida das informações acima elencadas, a verificação da extensão dos investimentos pertinentes à conserva especial, concluindo pelo atendimento, ainda que parcial, das obrigações contratuais por parte da concessionária, no que diz respeito à esta rubrica.

8.6.3. quanto às Desapropriações:

8.6.3.1. a demonstração das justificativas para o acréscimo do Investimento de Desapropriação pelo 2º Termo Aditivo;

8.6.3.2. a verificação das desapropriações efetivamente realizadas, bem como daquelas pendentes de decisão judicial;

8.6.4. quanto ao Posto Geral de Fiscalização, a verificação da efetiva execução dos serviços operacionais vinculados ao Posto, inclusive quanto à aquisição de equipamentos e de sistemas, conforme exigido no PER

9. DETERMINAR, ao Poder Concedente, por meio de seus órgãos e no limite das atribuições de cada um, em especial, da Agência de Regulação do Serviço Público (ARSP), que, no **prazo de 180 (cento e oitenta) dias**, elabore um **Plano de Ação para a análise do equilíbrio econômico-financeiro** da concessão, no qual deverá:

9.1. em atenção ao tópico **II.7** deste Voto, desconsiderar, como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro, o valor dos tíquetes em poder dos usuários no momento da transferência da concessão ou qualquer demanda da concessionária a título de acréscimo da Verba Rescisória prevista na cláusula 232 do Edital, se não houver prova suficiente da perda de receita ou do prejuízo suportado.

9.2. em atenção ao tópico **II.8** deste Voto, considerar, como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro, o valor das condicionantes ambientais pendentes, que, por qualquer motivo, não puderem ser cumpridas.

9.3. em atenção ao tópico **II.9** deste Voto, considerar, como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro, a diferença entre a Verba para Custeio da Fiscalização devida, sem a incidência do redutor de 24,24%, e a Verba efetivamente repassada.

9.4. em atenção ao tópico **II.10** deste Voto, considerar, como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro, a diferença entre a Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária devida, sem a incidência do redutor de 24,24%, e a Verba efetivamente repassada, referente ao período de 1999 a 2012, bem como o montante a ser apurado pela ARSP a partir de 2013.

9.5. em atenção ao tópico **II.11** deste Voto, considerar, como evento causador de desequilíbrio econômico-financeiro, o valor dos Investimentos e Serviços previstos no PER, não executados ou que, por qualquer motivo, não puderem ser cumpridos, quanto ao Posto de

Fiscalização, à instalação de equipamentos de Apoio e Infraestrutura à Fiscalização de veículos e de condutores e aos Postos de Pesagem.

9.6. em atenção ao tópico **II.16** deste Voto, verificar a existência de eventos de desequilíbrio na relação contratual a partir da edição de aditivos ao contrato original, devendo ser observada a existência (ou não) de embasamento legal e material para a sua edição e, por consequência, para a revisão da tarifa de pedágio;

9.7. em atenção ao tópico **II.17** deste Voto, considerar, como eventos causadores de desequilíbrio econômico-financeiro, as Ocorrências abaixo elencadas, respeitados os parâmetros de aferição tratados na Instrução Técnica Conclusiva e seus Apêndices, bem como nos subitens **II.17.1** a **II.17.14** do presente Voto, sem prejuízo aos fatos posteriores a 31 de dezembro de 2012:

II.17.1. Avaliação dos Investimentos;

II.17.2. Aplicação de redutor na tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

II.17.3. Congelamento da tarifa de pedágio da Terceira Ponte;

II.17.4. Atraso na homologação do reajuste tarifário;

II.17.5. Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol;

II.17.6. Suspensão da cobrança da outorga;

II.17.7. Recebimento de receitas alternativas;

II.17.8. Mudanças na legislação da COFINS;

II.17.9. Mudanças na legislação do PIS;

II.17.10. Mudanças na legislação da CPMF;

II.17.11. Repasses e exclusão da Verba para Custeio da Fiscalização;

II.17.12. Criação da Taxa de Regulação e de Fiscalização do Serviço Público e Infraestrutura Viária – TRV;

II.17.13. Repasses da Verba para Aparelhamento da Polícia Rodoviária;

II.17.14. Não concessão do reajuste tarifário em 2008 e 2009.

9.8. em atenção ao tópico **II.17.1** deste Voto:

9.8.1. considerar os Investimentos não modificados por aditivos contratuais pelo valor ofertado na Proposta Comercial, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato 01/98, desde que regularmente executados.

9.8.2. retirar da avaliação econômico-financeira da concessão os Investimentos excluídos por aditivos contratuais, conforme os valores previstos na Proposta Comercial.

9.8.3. considerar os Investimentos incluídos por aditivos contratuais pelos preços referenciais de engenharia, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato 01/98, desde que regularmente executados.

9.8.4. quanto aos Investimentos modificados por aditivos contratuais:

9.8.4.1. demonstrar que as alterações não estavam inseridas no risco da concessionária

9.8.4.2. elaborar metodologia de avaliação, considerando os preços referenciais de engenharia

9.8.4.3. considerar, pelo valor da Proposta Comercial, os Investimentos alterados por aditivos que não tiverem sofrido modificações em comparação com o PER ou cujas alterações estiverem incluídas no risco da concessionária, desde que regularmente executados.

9.8.5. considerar eventuais inexecuções totais ou parciais dos Investimentos para fins de avaliação do equilíbrio econômico-

financeiro do Contrato 01/98, após verificar a execução das obras e serviços contratados.

9.8.6. quanto às Desapropriações, adotar, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, os seguintes critérios:

9.8.6.1. existência de Laudo de Avaliação e de Parecer favorável do DER;

9.8.6.2. existência de Recibo de Pagamento ou de Escritura Pública;

9.8.6.3. exclusão de despesas não previstas, expressamente, na cláusula contratual LXXVII, como as indenizações por danos a terrenos lindeiros.

9.8.7. quanto ao Investimento do Posto Geral de Fiscalização:

9.8.7.1. considerar o preço do Investimento conforme cotado na Proposta Comercial, para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão

9.8.7.2. quantificar as obras e serviços não realizados, vinculados ao Posto Geral de Fiscalização, na proporção de sua participação no preço cotado na Proposta Comercial, considerando-os no equilíbrio contratual

9.9. em atenção ao tópico **II.17.5** deste Voto, apurar a Isenção do pedágio para os ônibus do Sistema Transcol, segundo os critérios definidos pela área técnica, em especial:

9.9.1. a aplicação do redutor de 24,24% sobre a tarifa de pedágio da Terceira Ponte.

9.9.2. a apuração do volume real de tráfego com exatidão, por categoria tarifária, baseando-se em documentos fidedignos, como os Relatórios da Unidade Lógica e Operacional de Pista (ULOP).

10. DETERMINAR que, se houver futuros aditamentos contratuais, o Poder Concedente, por meio de seus órgãos e no limite das atribuições de cada um, em especial, da Agência de Regulação do Serviço Público (ARSP), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), deverá garantir que sejam precedidos dos estudos, projetos, memórias de cálculo e demais justificativas sobre as modificações contratuais.

11. DETERMINAR que, se houver nova licitação envolvendo o objeto concedido, o Poder Concedente, por meio de seus órgãos e no limite das atribuições de cada um, em especial, da Agência de Regulação do Serviço Público (ARSP), da Secretaria de Estado de Controle e Transparência (SECONT) e da Procuradoria Geral do Estado (PGE), deverá garantir que:

11.1. em atenção ao tópico **II.1** deste Voto, o novo certame seja precedido dos estudos de viabilidade, de memórias de cálculo e justificativas para os quantitativos, bem como da estimativa dos preços unitários dos materiais e dos serviços, devendo o Edital conter o projeto básico suficientemente detalhado, com a finalidade de fundamentar a escolha do critério de julgamento (no caso, a menor tarifa de pedágio) e de permitir a análise da exequibilidade e da aceitabilidade das propostas pela Comissão de Licitação.

11.2. em atenção ao tópico **II.3** deste Voto, o procedimento legal da licitação seja respeitado, com a documentação de todos os atos processuais, em especial, com a submissão prévia das Minutas do Edital e do Contrato ao exame e à aprovação da PGE, cujo parecer prévio e conclusivo pela aprovação será condição insuperável para que o certame prossiga.

11.3. em atenção ao tópico **II.4.1** deste Voto, sejam fixados os critérios objetivos para a análise da proposta licitatória de Metodologia de Execução, bem como a justificativa de sua escolha, abstendo-se de utilizar expressões subjetivas para a pontuação, como “satisfatório” e “insatisfatório”.

11.4. em atenção ao tópico **II.4.2** deste Voto:

11.4.1. não sejam incluídas condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais, que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como a visita técnica conjunta.

11.4.2. sejam justificadas as exigências da Fase de Habilitação, previamente à publicação do Edital, em especial, quanto às condições de qualificação técnica e econômico-financeira, como a Visita Técnica Obrigatória.

11.5. em atenção ao tópico **II.4.3** deste Voto:

11.5.1. sejam cumpridos os prazos legais para a publicação do Edital, assegurando-se a efetiva transparência do certame para os interessados e a sociedade, com a cautela de interpretar e aplicar as normas e procedimentos licitatórios em favor da maior publicidade.

11.5.2. seja observada a necessidade de republicação do Edital e de reabertura do prazo, quando houver alteração que repercuta sobre a formulação das propostas, com a cautela de interpretar e aplicar as normas e procedimentos licitatórios em favor da maior publicidade.

11.6. em atenção ao tópico **II.4.4** deste Voto:

11.6.1. não sejam incluídas condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais, que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como os valores abusivos de patrimônio líquido.

11.6.2. sejam justificadas as exigências da Fase de Habilitação, previamente à publicação do Edital, em especial, quanto às condições de qualificação técnica e econômico-financeira, como o Patrimônio Líquido Mínimo.

11.6.3. sejam demonstrados os critérios da fixação do Patrimônio Líquido Mínimo, incluindo a base de cálculo e os percentuais incidentes, com a devida justificativa de sua escolha.

11.7. em atenção ao tópico **II.4.5** deste Voto:

11.7.1. não sejam incluídas condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais, que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como os valores abusivos de garantia da proposta.

11.7.2. sejam justificadas as exigências da Fase de Habilitação, previamente à publicação do edital, em especial, quanto às condições de qualificação técnica e econômico-financeira, como a Garantia da Proposta.

11.7.3. sejam demonstrados os critérios da fixação da Garantia da Proposta, incluindo a base de cálculo e os percentuais incidentes, com a devida justificativa de sua escolha.

11.8. em atenção ao tópico **II.4.6** deste Voto, não sejam incluídas condições excessivas, desnecessárias, inadequadas, não usuais, ilegais,

que restrinjam, indevidamente, o caráter competitivo da licitação, como a exigência simultânea de patrimônio líquido e de garantia da proposta.

11.9. em atenção ao tópico **II.5** deste Voto, sejam fixados, no Edital, os critérios objetivos de aferição do serviço quanto à fluidez do tráfego para todo o trecho concedido.

11.10. em atenção ao tópico **II.6** deste Voto, o certame seja precedido da avaliação do impacto ambiental, na forma do art. 12, inciso VII, da Lei n. 8.666/1993, e da expedição da correspondente licença ambiental, observando-se, ainda, os requisitos e prazos exigidos nas normas vigentes.

11.11. em atenção ao tópico **II.13** deste Voto, a escolha do índice de reajuste contratual seja previamente justificada e atenda ao art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993.

11.12. em atenção ao tópico **II.16** deste Voto, o futuro edital, embasado em estudos prévios, pormenorize os critérios de aferição da aceitabilidade das propostas apresentadas, em especial no que tange à taxa interna de retorno e os valores previstos para os encargos da concessão.

12. AFASTAR, em atenção ao tópico **III** deste Voto, a proposta técnica de anulação do Contrato de Concessão n.º 001/1998.

13. DAR CIÊNCIA aos Representantes e ao Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Vitória.